

DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO  
PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES DE  
APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA  
COMETIDOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS

*CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL  
PROSECUTION AGREEMENT IN THE CRIMES  
OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY  
FUNDS PERPETRATED BY CITY MAYORS*

# DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA COMETIDOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS<sup>1</sup>

*CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT  
IN THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY FUNDS  
PERPETRATED BY CITY MAYORS*

*Francisco Hélio Magalhães Gonçalves<sup>2</sup>  
Lucas Carvalho Rosado de Oliveira Camurça<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo tecer considerações teóricas e práticas acerca da celebração do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal e introduzido através da Lei Federal nº 13.964/2019, em favor de prefeitos municipais, nas hipóteses em que cometem o crime previsto no art. 168-A do Código Penal Brasileiro (apropriação indébita previdenciária).

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal; Prefeitos municipais; Apropriação indébita previdenciária.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo exsurgiu de reflexões despertadas pela ocorrência, infelizmente comum em diversos municípios brasileiros, do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, cometido por Prefeitos em prejuízo

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 07/10/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Técnico Ministerial do Ministério Público do Ceará, Assessor Jurídico I lotado na Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (Unifor).E-mail: heliomg20@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0308859561821086>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8468-2701>

<sup>3</sup> Técnico Ministerial do Ministério Público do Ceará, Assessor Jurídico I lotado na Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (Unifor).E-mail: lucas.camurca@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3227387764525984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9011-7207>

direto aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores municipais das respectivas Administrações.

O dispositivo supracitado informa constituir ilícito penal o ato de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

O objetivo deste artigo, confeccionado mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, é traçar um panorama favorável à atuação do Ministério Público na prevenção e repressão aos atos que sejam compatíveis com as tenazes do supracitado art. 168-A do Código Penal brasileiro, cometidos por Prefeitos Municipais.

No segundo tópico, são abordadas considerações gerais sobre o tema. No terceiro, são trazidas questões específicas, como as da ausência de repasse de contribuições patronais, do parcelamento das contribuições para a seguridade social recolhidas de servidores públicos e não repassadas ao RPPS tempestivamente e da constituição do crédito tributário. No quarto, são tecidos comentários acerca do instituto do Acordo de Não Persecução Penal. No quinto, é feito o cotejamento entre a possibilidade de assinatura do ANPP e os crimes previstos no art. 168— do Código Penal. No sexto ponto, tem-se a conclusão.

## **2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Conforme já explanado, o Código Penal Brasileiro elenca em seu art. 168-A e incisos, introduzidos através das alterações promovidas pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, diversas condutas danosas ao sistema previdenciário, as quais, uma vez praticadas, dão ensejo à atuação do *jus puniendi* estatal, posto que caracterizadoras do crime de apropriação indébita previdenciária.

Ante a evolução do sistema previdenciário em vigor no Brasil, a matéria passou a encontrar guarida na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujo art. 95, alíneas *d*, *e* e *f*, assim dispunham:

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;
- e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos;
- f) deixar de pagar salário-família, salário-maternidade, auxílio nata-

lidade ou outro benefício devido a segurado, quando as respectivas quotas e valores já tiverem sido reembolsados à empresa.

Com o advento da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, referido dispositivo fora expressamente revogado, passando o tema a ser tratado mediante a inserção do art. 168-A e respectivos parágrafos e incisos no Código Penal Brasileiro, consubstanciando-se o crime em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, implicando em sanção de reclusão, de dois (02) a cinco (05) anos, além de multa.

A jurisprudência pátria, tratando das inovações trazidas pela inserção do aludido dispositivo no Código Penal, é assentada no entendimento de que a dicção da lei afastou a exigência do dolo específico para caracterização do tipo penal, tornando despiciendo o chamado *animus rem sibi habendi*, ou seja, o especial fim de agir para prejudicar ou fraudar o regime previdenciário, senão veja-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE.

1. Para a configuração de apropriação indébita de contribuição previdenciária, não há necessidade da comprovação do dolo de se apropriar dos valores destinados à previdência social.

2. Sentença condenatória, proferida há mais de cinco anos, pode ser considerada como mau antecedente.

3. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1083417/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013).

Impende acentuar que certa doutrina tem considerado equivocada a inserção dos aludidos tipos penais no Título II do Código Penal, que abrange os crimes contra o patrimônio, como se os delitos em questão se resumissem a meras modalidades de apropriação indébita. Isso porque o empregador/gestor municipal não recebe para si as importâncias arrecadadas a título de contribuição previdenciária: por não dispor livremente do numerário, a materialidade do delito não se perfaz com a apropriação, pelo empregador/gestor, dos valores, mas pela mera omissão em não recolher o mon-

tante aos cofres do regime previdenciário.<sup>4</sup>

Ademais, em oposição à natureza eminentemente privada que permeia os bens jurídicos tutelados pelos crimes contra o patrimônio inseridos no Título II do Código Penal, a apropriação indébita previdenciária, ante a indubitável natureza jurídica tributária de que se revestem as contribuições que custeiam a seguridade social<sup>5</sup>, constitui verdadeiro delito patrimonial de caráter público, razão pela qual o tipo penal previsto no art. 168-A guarda insofismável natureza de crime contra a ordem tributária.

Tal tem sido o tratamento dispensado pela lei ao delito em liça, transplantando à seara das contribuições sociais normatização análoga à já existente em relação às outras modalidades tributárias, extinguindo a punibilidade do delito quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, consoante dicção do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

Referido dispositivo, segundo o STJ, teria o condão de possibilitar a extinção da punibilidade, inclusive, nos casos em que a quitação dos débitos e acessórios ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme o aresto a seguir:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário

4 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 361). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 349.

5 PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições**: teoria geral, contribuições em espécie. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.21.

redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. 2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado. 3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

(STJ, HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017).

Ante a aplicação conferida pelo STJ, o supracitado dispositivo legal não estipula distinção, aplicando-se a débitos referentes a todas as modalidades de contribuições sociais, inclusive as de natureza previdenciária, o que, pela lógica, parece-nos suplantam as regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 168-A do Código Penal, segundo as quais a punibilidade se extingue pela quitação dos débitos caso esta ocorra tão somente antes do início da ação fiscal.

Em relação às hipóteses em que o agente opta pela assinatura de acordo de parcelamento dos débitos, a disciplina é trazida pelo caput do art. 9º da já mencionada lei 10.684, de 30 de maio de 2003, cujo texto prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. O STF tem aplicado o aludido dispositivo nas situações acima mencionadas:

Ementa: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas aos empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontestável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da lei nº

10.684/03. Norma geral e mais benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

(STF, HC 85643/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, DJ 01-09-2006 PP-00021 EMENT VOL-02245-04 PP-00887 RTJ VOL-00201-02 PP-00616).

Ainda na disciplina do instituto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, ao crime de apropriação indébita previdenciária, não se aplica o princípio da insignificância, dado o elevado grau de reprovabilidade da conduta típica, cuja prática põe em risco a existência do próprio sistema previdenciário, senão veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DO DÉBITO. IRRELEVÂNCIA. CONDUTA ALTAMENTE REPROVÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ambas as Turmas que compõem o Supremo Tribunal Federal entendem ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, tendo em vista a elevada reprovabilidade dessas condutas, que atentam contra bem jurídico de caráter supraindividual e contribuem para agravar o quadro deficitário da Previdência Social.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior concluiu que não é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, independentemente do valor do ilícito, pois esses tipos penais protegem a própria subsistência da Previdência Social, de modo que é elevado o grau de reprovabilidade da conduta do agente que atenta contra este bem jurídico supraindividual.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1783334/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEX-

O Superior Tribunal de Justiça, de outra banda, tem aplicado o Princípio da Insignificância naqueles casos em que a importância das contribuições previdenciárias não repassadas seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), descontados os juros e as multas:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária quando, na ocasião do delito, o valor do débito com a Previdência Social não ultrapassar o montante de R\$ 10.000, descontados os juros e as multas. Precedentes. Ressalva do relator.

2. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1419836 RS 2013/0387344-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 13/06/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2017).

Tecidas estas considerações acerca da apropriação indébita, passemos agora às particularidades do crime em questão nos casos em que os Prefeitos Municipais deixam de repassar, aos regimes próprios de Previdência dos municípios, os valores relativos às contribuições patronais, bem ainda, aquelas descontadas na folha de pagamento dos servidores públicos das edilidades.

### **3 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA (RPPS) DOS MUNICÍPIOS**

Em que pese o extensivo tratamento que o tema da apropriação indébita previdenciária tem recebido, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, na seara do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), especialmente quando tem, na qualidade de agentes, os empregadores da iniciativa privada, faz-se necessária também a abordagem da prática do delito em questão na seara do regime previdenciário próprio dos servidores públicos (RPPS), onde tem recebido, por parte especialmente da jurisprudência, tratamento diferenciado.

Afigura-se plenamente possível afirmar que Prefeitos Municipais possam figurar como agentes do delito de apropriação indébita previdenciária, tanto se o crime for

cometido contra o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), naqueles municípios desprovidos de regime previdenciário próprio, caso em que sua apuração e repressão competirá à Justiça Federal (art. 109, I, CF e Súmula 208-STJ<sup>6</sup>), bem ainda se praticado em prejuízo do RPPS, hipótese abarcada pela competência residual da Justiça Estadual.

O Prefeito Municipal, frise-se, é o gestor público por excelência no âmbito municipal e o principal responsável por sua governança, incumbindo a si gerir e fiscalizar a execução administrativa, além do trabalho desenvolvido por seus secretários, já que estes representam sua *longa manu* na circunscrição territorial do município, razão pela qual têm o dever de zelar pela correta destinação dos recursos arrecadados a título de contribuição previdenciária dos servidores públicos da edilidade, sob pena de, pela omissão, concorrer pela prática do delito sob enfoque, bastando aquela para caracterizar a prática, conforme já explanado.

No entanto, infelizmente, nossos tribunais não tem entendido desta forma. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Quinta Turma, na linha do entendimento proferido em acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação Criminal nº 249/BA (processo nº 0000249-56.2009.4.01.3302), posicionou-se no sentido de que os Prefeitos Municipais somente respondem por apropriação indébita previdenciária nos casos em que a verba arrecadada a título de contribuições é desviada em proveito pessoal dos gestores, bem ainda, quando restar comprovada a efetiva participação do Prefeito Municipal na prática da conduta delituosa. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO DESCRIÇÃO DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO NO CRIME DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que a peça vestibular acusatória não descreveu, suficientemente, como teria ocorrido a participação do denunciado no possível crime de apropriação indébita previdenciária. 3. “O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo

---

<sup>6</sup> Súmula 208-STJ: “Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”. Aprovada em 27/05/1998, publicada no DJ em 03/06/1998.

criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva” (HC 53.466/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 22/05/2006) 4. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas delituosa supostamente praticadas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial. 5. Agravo regimental não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. AgRg no REsp 1166311 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0224170-2. Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento: 15/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2012.

Com a devida vênia, o entendimento acima não merece prosperar, haja vista o desvio de verbas públicas em proveito próprio dos gestores caracterizar não a apropriação indébita previdenciária, mas sim o crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, sujeito a tenazes que variam de dois (02) a doze (12) anos de reclusão, ainda mais severas que aquelas previstas no art. 168-A do mesmo diploma.

Insta salientar que o peculato possui natureza penal diferenciada da apropriação indébita previdenciária: enquanto neste não é exigido o dolo específico de prejudicar o regime previdenciário mediante a abstenção do dever de repassar as contribuições arrecadadas, perfazendo-se, tão somente, com a omissão, cuida-se aquele de crime comissivo próprio, que exige, na qualidade de elemento subjetivo, a presença do dolo específico de desviar, em proveito próprio, as verbas ou bens públicos (peculato-desvio) ou de, deliberadamente, utilizar o bem público como se seu fosse (peculato de uso).

Por tudo que já foi explanado acima, resta claro que, a despeito dos entendimentos jurisprudenciais recentes sobre a matéria, que, para dizer o mínimo, podem contribuir com a impunidade dos gestores municipais perante delitos praticados com considerável frequência nos municípios, nada obsta que os Prefeitos Municipais possam ser incurso

e processados nas tenazes do art. 168-A do Código Penal. Como já frisado, os Alcaldes arcam com o dever legal de zelar pela manutenção do regime previdenciário local, no que seu vilipêndio, dada a gravidade, influi negativamente no direito de toda a coletividade de servidores públicos das edificações.

### **3.1 A (não) ocorrência do crime de apropriação indébita previdenciária ante a ausência de repasse das contribuições patronais**

Conforme já explanado, as contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência social deságuam em duas principais categorias: a) as contribuições previdenciárias patronais, devidas pelo empregador, cuja competência tributária se encontra prevista no art. 195, I, da Constituição Federal e b) as contribuições previdenciárias dos segurados, previstas no art. 195, II, da Carta Magna.

É consabido que, na sistemática brasileira de recolhimento das aludidas contribuições, compete ao empregador transmitir aos cofres do regime de previdência os montantes arrecadados, tanto os relativos aos tributos em que ele próprio seja o sujeito passivo da obrigação tributária (ou seja, as contribuições de natureza patronal), quanto aqueles resultantes do desconto em folha de pagamento dos empregados, que nessa hipótese figuram na qualidade de sujeitos passivos (ou seja, no caso das contribuições sociais dos segurados).

Nesse diapasão, percebe-se a existência de duas situações notoriamente distintas, quando não há os repasses: a) quando o empresário/empregador deixa de recolher as contribuições previdenciárias que ele próprio, na qualidade de sujeito passivo originário da obrigação tributária, deve carrear aos cofres públicos, e b) quando o tomador de serviços, muito embora responsável pelo recolhimento e repasse, deixa de transmitir aos cofres da Previdência as contribuições recolhidas mediante desconto em folha de pagamento de seus empregados/segurados, os quais, na qualidade de sujeitos passivos do crédito tributário, restam prejudicados pela omissão do empregador.

Atentando-nos à primeira prognose, o empresário/tomador de serviços desempenha toda a cadeia típica do recolhimento de tributos: não apenas é o sujeito passivo da obrigação tributária, como também lhe compete estipular o montante tributário a ser recolhido, mediante cotejo da legislação vigente, e carrear a quantia devida aos cofres do regime previdenciário, bastando à autarquia previdenciária verificar e homologar o lançamento tributário (lançamento por homologação), quando então será resolvida a obrigação.

Ora, é cediço que, no caso de não recolhimento do Imposto de Renda ou seu recolhimento fora dos prazos estipulados em lei, materializa-se infração tributária de natureza

meramente administrativa, e não penal, cujas sanções encontram-se disciplinadas pelos arts. 994 e seguintes do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, incluindo multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (art. 994, caput), mais multa de até 20% (vinte por cento) sobre o montante devido (art. 994, § 2º).

Dada a proximidade entre as hipóteses acima mencionadas, tanto qualificada doutrina quanto os nossos Tribunais têm aduzido inexistir tipicidade penal nos casos em que o tomador de serviços deixa de recolher as contribuições previdenciárias patronais, posto ser ele, *in casu*, assim como na hipótese mencionada atinente ao Imposto de Renda, o próprio sujeito passivo da obrigação tributária. Veja-se, a este propósito, o acórdão abaixo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL). INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO RECONHECIDA. CRIME SOCIETÁRIO. CRIME DO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS E VERBAS PAGAS EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTAS, SEM COMPROVAÇÃO DE DESCONTOS. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 385, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O recolhimento dos valores descontados dos empregados e não repassados ao INSS antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade do acusado. 2. In casu, conforme se verifica das informações do INSS, somente o Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.085-0 configuraria, em tese, o crime de apropriação indébita previdenciária, descrito no art. 168-A, do Código Penal. Ocorre que referido débito foi quitado, razão pela qual não constou na denúncia, por extinta a punibilidade. 3. O Ministério Público Federal, contudo, ofereceu denúncia em relação aos LDCs nºs 35.263.086-8 e 35.263.087-6 não quitados, entendendo que se referiam a débitos de empregados. 4. Ocorre que o Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.086-8 corresponde a contribuições devidas pelo empregador ao INSS, com alíquota de 20% sobre a folha de pagamento do período de jan/99 a dez/99 . **Representam débitos relativos aos valores das contribuições devidas pela própria empresa ABC Farmácia LTDA, que não foram recolhidos aos cofres da Previdência Social, constituindo, portanto contribuição patronal.** 5. **Tal dívida não configura o delito do artigo 168-A do CP, pois este dispositivo exige que a empresa faça a retenção das contribuições devidas por terceiros**

**contribuintes (empregados, cooperados ou autônomos) e não proceda ao devido repasse ao INSS.** 6. O Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.087-8, por sua vez, trata de valores devidos pela própria empresa com base no levantamento da folha de pagamento do período de fev/97 a dez/98 e contribuições da empresa e do empregado sobre valores pagos em reclamações trabalhistas no ano de 1997. 7. No que se refere à cobrança de contribuições sobre valores pagos aos empregados em ações trabalhistas, tal circunstância significa que não houve o pagamento do salário no tempo devido, logo, não houve a retenção das contribuições previdenciárias do empregado e muito menos a apropriação previdenciária. Quanto ao valor pago posteriormente na Justiça do Trabalho, o delito também não se perfaz, uma vez que não há evidências de que o acusado tenha realizado o desconto de contribuições sociais das verbas condenadas a pagar ao empregado na Justiça do Trabalho. 8. **Merece, portanto ser reformada a v. sentença apelada, neste aspecto, para absolver o apelante, uma vez que os Lançamentos de Débitos Confessados (LDCs) apontados na denúncia não se referem a contribuições recolhidas dos empregados, mas a contribuições patronais e verbas em que não houve o efetivo desconto da contribuição sobre o salário do empregado.** 9. Apelação provida. (TRF-1 - APR: 00237076820064013800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 08/04/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 06/06/2014) (grifos nossos).

Nas palavras de Ivan Kertzman,

Caso a empresa não tenha disponibilidade de recursos para efetuar o pagamento do valor integral (parte patronal, terceiros e valores retidos), deve, com a finalidade de evitar a ocorrência de crime, pagar, ao menos, as quantias retidas. A ausência de recolhimento da parte patronal e de terceiros não constitui crime, nem Infração sujeita a auto de infração. Neste caso, há, apenas, a obrigação de recolher o valor do débito, acrescido de multa e juros.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 305.

Não por acaso, a exigibilidade das contribuições previdenciárias patronais tem sido objeto de frequentes flexibilizações, ante as numerosas dificuldades enfrentadas pelos gestores municipais ao efetuar seu recolhimento. É o caso, por exemplo, da previsão insculpida no art. 5º, caput, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, segundo o qual os débitos oriundos de contribuições patronais, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser objeto de acordo para pagamento parcelado em até cento e oitenta (180) prestações mensais, observadas as condições fixadas no diploma normativo.

Da mesma forma, a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabelece normas gerais de enfrentamento da pandemia do Novo Coronavírus, em seu art. 9º, determinou a suspensão dos pagamentos dos refinanciamentos de dívidas dos Municípios com a Previdência Social com vencimento entre 1º de março e 31 de dezembro de 2020, dispositivo que foi regulamentado pela Portaria nº 14.816, de 19 de junho de 2020, a qual, em seu art. 1º, § 1º, II, estipula que poderão ser objeto da aludida suspensão os pagamentos das contribuições patronais, desde que haja lei municipal específica autorizadora.

### **3.2 A (im)possibilidade de parcelamento das contribuições previdenciárias descontadas em folhas de pagamento pelos prefeitos municipais.**

De outra banda, tem-se também a situação em que, embora não seja o sujeito passivo do crédito tributário, repousa no empresário/tomador de mão de obra o encargo de descontar, diretamente da folha salarial dos segurados empregados, as parcelas devidas por estes a título de contribuição previdenciária, com o subsequente repasse aos cofres do regime de previdência social, para custeio dos benefícios e serviços a que fazem jus os contribuintes.

Nessa hipótese, verifica-se gravíssimo prejuízo aos segurados, os quais, além de se verem privados de seu poder aquisitivo mediante descontos em folha, de natureza compulsória (o que evidencia o caráter tributário da exação), tampouco usufruem dos benefícios previdenciários a que fazem jus, posto que a aludida abstenção redunde em déficit atuarial do sistema, danificando sua saúde financeira e impossibilitando as concessões.

É cediço que a Previdência Social é regida pelo princípio da contributividade, segundo o qual, para fazer jus aos benefícios e serviços por ela oferecidos, faz-se necessário revestir-se, o trabalhador, da qualidade de segurado, o que se obtém mediante pagamento das contribuições destinadas ao custeio do sistema. Aquele que não contribui despesa-se da condição de segurado, não fazendo jus à proteção do sistema.

Entrementes, sendo o empregador/tomador de mão de obra o responsável pelo recolhimento das contribuições dos segurados a ele vinculados pelo liame empregatício,

caso este deixe de efetuar os repasses, muito embora reste presumida a condição de segurado dos trabalhadores, não há dúvidas que, considerando que tais parcelas representam parcela substancial do equilíbrio financeiro e atuarial que deve permear o sistema, o dano causado pela simples omissão é massivo, razão pela qual tal fato, puro e simples, já caracteriza o tipo penal do art. 168-A do CPB.

Dada a importância vital das contribuições dos segurados para o custeio do sistema, bem ainda, o duplo dano de que decorre a omissão de seus repasses, além da relevância penal de que decorre a conduta, a legislação pátria, via de regra, não prevê hipótese de parcelamentos ou renegociações de tais créditos.

Cite-se, como exemplo, a Lei Federal nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que veda expressamente em seu art. 14, I, com redação dada pela Lei nº 11.941/2019, a concessão de parcelamento de débitos relativos a tributos passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de subrogação.

Na mesma linha, a já mencionada Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, ao dispor sobre parcelamento de débitos perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em seu art. 5º, estende tal possibilidade apenas às contribuições patronais, excluindo aquelas retidas mediante desconto em folha dos segurados:

Porém, em que pese a especial proteção de que tais contribuições gozam no ordenamento, a Portaria nº 333, de 11 de julho de 2017, do Ministério da Fazenda, que alterou dispositivos da Portaria nº 204, de 10 de julho de 2008, do Ministério da Previdência Social, estabeleceu excepcional situação em que se possibilitou o parcelamento de contribuições previdenciárias dos segurados, fazendo inserir o art. 5º-A, cuja redação diz:

Art. 5º-A Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, mediante lei autorizativa específica, firmar termo de acordo de parcelamento, em até 200 (duzentas) prestações mensais, iguais e sucessivas, de contribuições devidas pelo ente federativo, de contribuições descontadas dos segurados ativos, aposentados e pensionistas, bem como de outros débitos não decorrentes de contribuições previdenciárias, relativos a competências até março de 2017.

§ 1º Poderão ser incluídos quaisquer débitos, inclusive os que tenham sido objeto de parcelamentos ou reparcelamentos anteriores.

§ 3º A lei do ente federativo poderá autorizar a redução dos juros, respeitado como limite mínimo a meta atuarial, e das multas relativas aos débitos a serem parcelados.

Tal dispositivo prevê a possibilidade de adoção, por Prefeitos e Governadores, do regime de parcelamento, porém apenas diante da conjunção de três requisitos: a) a auto-

rização legislativa estadual e municipal, mediante diploma específico; b) o limite máximo de 200 (duzentas) prestações mensais, iguais e sucessivas; c) que o montante devido seja relativo a competências até março de 2017.

Ausentes quaisquer desses pressupostos, não há falar em parcelamento das contribuições descontadas em folha de pagamentos, devidas e não repassadas, o que impossibilita a suspensão da persecução penal aos aludidos gestores públicos.

### 3.3 A necessária constituição do crédito tributário

A exemplo do que ocorre na iniciativa privada, as contribuições previdenciárias destinadas ao regime próprio se enquadram na modalidade de lançamento denominada pela doutrina “por homologação”, disciplinado no art. 150 do Código Tributário Nacional, em que se atribui ao sujeito passivo (administrador/gestor/empregador) o dever de, mediante orientação da legislação específica, efetuar o recolhimento antecipado dos tributos, sem o prévio exame da autoridade administrativa responsável, a qual, em momento posterior, homologará o ato, ocasião em que restará aperfeiçoado o lançamento, extinguindo-se o crédito tributário (art. 150, § 2º, CTN).

Complementa Ricardo Alexandre, acerca do lançamento por homologação:

Como o crédito decorre da obrigação, não seria possível legitimamente efetuar lançamento se a obrigação estivesse extinta. Por isso, o CTN assevera que não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito. A obrigação permanece intacta e, se o fisco entender necessário lançar de ofício alguma diferença, poderá fazê-lo.<sup>8</sup>

O STJ, a esse respeito, reconhece a natureza homologatória do lançamento das contribuições previdenciárias dos servidores públicos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA NA FONTE. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Recurso especial de Paulo Lemos dos Santos já julga-

<sup>8</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 470.

do conforme decisão de fls. 346/354, contra a qual não interposto recurso (fl. 359). 2. Recurso especial da União que ultrapassa a barreira de admissibilidade recursal, tão-somente no tocante à discussão sobre a natureza do lançamento do tributo, no caso, contribuição previdenciária de servidor público. 3. Nos termos da jurisprudência da Primeira Seção, a contribuição previdenciária é tributo sujeito a lançamento por homologação, não tendo a simples retenção na fonte o condão de transmudar a natureza do lançamento da exação (de lançamento por homologação para lançamento de ofício). Precedentes: EREsp 1.096.074/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9/6/2010, DJe 16/6/2010; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/3/2006, DJ 10/4/2006, p. 111. 4. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1224723/SC, Rel. Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

Nesse diapasão, pode se afirmar que o crédito tributário resta constituído definitivamente, nas hipóteses de lançamento por homologação, quando a autarquia ou órgão previdenciário, tendo procedido à revisão dos tributos lançados, detecta inconsistências ocasionadas ou pela ausência de repasses de determinadas verbas que o gestor sabia serem devidas, ou pelo recolhimento a menor, o que impede a homologação (com a qual se extinguiria o crédito tributário) e possibilita o lançamento de ofício, desde que respeitado o prazo decadencial do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que prevê 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça procedeu à edição, em maio de 2010, da Súmula nº 436, que assim vaticina: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.”

Na dicção do aludido verbete, com o fornecimento pelo gestor, no caso dos regimes previdenciários próprios dos municípios, de documentos como o Demonstrativo de Informações Previdenciárias e Repasses (DIPR), acompanhado da Declaração de Veracidade e do Relatório de Irregularidades, ou ainda eventual declaração do órgão previdenciário ou do próprio gestor reconhecendo o débito fiscal, já se materializa o crédito tributário, o que poderia caracterizar, com ainda mais facilidade, a ocorrência do crime de apropriação indébita previdenciária.

#### 4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

Regulamentado em nosso ordenamento jurídico através do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (lei do “pacote anticrime”), o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) já tinha respaldo na praxis ministerial desde 2017, através da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Isso possibilitava ao *parquet* concentrar a persecução penal judicial nos casos mais graves, reduzindo as demandas judiciais na área criminal e avançando ao implementar no direito penal e processual penal pátrios características típicas da justiça negociada e da autocomposição, a exemplo do que se verifica no instituto do plea bargain, característico dos países em que vigora o sistema do common law. Como aduzem Rogério Sanches Cunha e Rennê do Ó Souza,

Sobretudo em países do Common Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes.<sup>9</sup>

O art. 28-A do Código de Processo Penal enumera os requisitos aptos a conferir, ao Ministério Público, a possibilidade de propor o Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime e que a conduta punível: a) tenha sido confessada formal e circunstancialmente pelo investigado; b) não tenha sido praticada mediante violência ou grave ameaça e c) tenha pena mínima inferior a quatro (04) anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (§ 1º).

A esse respeito, cumpre colacionar o entendimento constante do enunciado nº 29, emitido em conjunto pelo CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e pelo GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal) o qual dispõe que

para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição

---

9 CUNHA, R.S. et al. **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 202.

aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Em tese, todos os tipos penais enquadrados nos requisitos acima podem ser objeto de Acordo de Não Persecução Penal, realizado diretamente entre o Ministério Público e o Investigado e homologado pela autoridade judiciária, desde que mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa e alternativamente, segundo os incisos I a V do art. 28-A.

O mesmo art. 28-A, em seu § 2º, enumera, em seus incisos I a IV, as hipóteses em que é vedada a celebração do Acordo de Não Persecução Penal: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Nos termos do art. 28-A, § 13, o cumprimento integral do Acordo de Não Persecução Penal tem o condão de operar a extinção da punibilidade, o que confere à norma regulamentadora do acordo caráter misto de norma penal e processual penal. Isso possibilita que seja aplicada retroativamente aos processos em curso anteriores à sua entrada em vigor (art. 5º, XL, CF), na medida em que o Acordo se afigura mais benéfico que eventual sentença penal condenatória. Conforme aduzem Ali Mazloum e Amir Azloum,

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu

---

10 BRASIL. **Enunciados interpretativos da lei anticrime (lei nº 13.694/2019)**. Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em 20/08/2020, às 16:19 horas.

a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas.<sup>11</sup>

Caso o Acordo de Não Persecução Penal seja descumprido, a doutrina pátria é assente no sentido de que a confissão formulada no bojo da avença não poderá ser utilizada como prova na propositura da ação penal pelo Ministério Público. Salienta Rogério Sanches Cunha que “não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.<sup>12</sup>

É dizer, na medida em que tal confissão não foi colhida sob as regras que permeiam a ação penal, ou seja, segundo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, teria natureza jurídica similar à da confissão realizada na esfera policial, atraindo a aplicação do art. 155 do Código de Processo Penal.

Daí porque, diferentemente do caso acima, descumprido o Acordo de Não Persecução Penal, caso a confissão ocorra durante a audiência de instrução e julgamento, não há razão para recusá-la como meio de prova, posto que colhida no transcurso do processo judicial e dentro dos ditames que regem o devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. art. 5º, LIV e LV, da CF).

Ademais, a confissão realizada durante a audiência de instrução e julgamento, da mesma forma, reputa-se perfeitamente válida para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, desde que cumpridos os demais requisitos legais para sua assinatura.

## **5 FIRMATURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Conforme já explicitado, os delitos tipificados no art. 168-A, parágrafos e incisos, do Código Penal preveem, como consequências penais, reclusão de dois (02) a cinco (05) anos e multa, características que, em tese, compatibilizam as condutas com a possibilidade de assinatura de Acordo de Não Persecução Penal, desde que não tenham sido cometidas mediante violência ou grave ameaça, na dicção do art. 28-A e respectivos incisos, do Código de Processo Penal.

Porém, o gestor só fará jus ao acordo caso seu status não esteja inserido entre as vedações previstas nos incisos I a IV do § 2º do art. 28-A, especialmente as hipóteses

---

11 MAZLOUM, Ali et al. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acessado em 20/08/2020, 16:12hs.

12 CUNHA, *op. cit.*, p. 129.

dos incisos II e III, a saber: a) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; b) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Portanto, é necessário ter em mente que, muito embora a lei faculte a possibilidade de adesão do investigado ao ANPP, faz-se imperiosa a aferição das aludidas vedações, mormente em se tratando de Prefeitos Municipais, os quais, no mais das vezes, praticam em demasiada reincidência, condutas compatíveis, em tese, com o dispositivo em comento.

Vale salientar, nesse diapasão, a controvérsia acerca da obrigatoriedade de assinatura do Acordo de Não Persecução Penal, ante as novidades trazidas pelo tema. O melhor tratamento ao tema nos parece aquele dado pelo STJ, no AgRg no RHC 74.464/PR, em se tratando da controvérsia acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo, decidindo nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MENÇÃO AO FATO DE QUE O RECORRENTE OSTENTA AO MENOS 3 (TRÊS) OUTRAS APREENSÕES DE MERCADORIAS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA REGISTRADAS NOS ÚLTIMOS 5 (CINCO) ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se nega provimento ao recurso em habeas corpus, quando não evidenciado constrangimento ilegal decorrente da ausência de proposta de suspensão condicional do processo. 2. **No caso, o Ministério Público Federal deixou de oferecer proposta de suspensão condicional do processo**, ao argumento de que o recorrente possui ao menos 3 (três) outras apreensões de mercadorias de procedência estrangeira registradas nos últimos 5 (cinco) anos, a denotar que sua conduta social demonstra não estar adimplido o requisito previsto no art. 77, II, o Código Penal, c/c o art. 89 da Lei n. 9.099/1995. 3. **Este Superior Tribunal tem decidido que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto**, desde que o faça

de forma fundamentada (AgRg no AREsp n. 607.902/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/2/2016). 4. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no RHC: 74464 PR 2016/0208584-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 02/02/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/02/2017) (grifos nossos).

Com efeito, doutrina de escol tem, ante as semelhanças que permeiam a suspensão condicional do processo e o Acordo de Não Persecução Penal, estendido o entendimento supracitado ao novel instituto, considerando-o verdadeiro poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem incumbe fundamentar eventual recusa à celebração. Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Hygina Josita,

O MP não é obrigado a ofertar o acordo mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, até mesmo porque o agente tem direito a saber a razão da recusa pelo MP para ter como desenvolver sua argumentação no pedido de revisão que poderá fazer junto ao Órgão Ministerial Revisional para o qual poderá dirigir um pedido de reconsideração, com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP). Isso se chama exercício do direito a ampla defesa.<sup>13</sup>

Portanto, parece-nos razoável, em último caso, que o Ministério Público afira a presença das condições propícias à formalização do Acordo de Não Persecução Penal, mediante acurada análise das peças de informação disponíveis e verificada a conduta do Prefeito Municipal.

## 6 CONCLUSÃO

Como se pode perceber, perfaz-se, em tese, plenamente possível a assinatura de Acordo de Não Persecução Penal em desfavor de Prefeitos Municipais que hajam sido incurso nas tenazes do art. 168-A, parágrafos e incisos, da Lei Penal Substantiva.

Para tanto, é preciso que haja uma análise valorativa detalhada, de modo a verificar o preenchimento dos requisitos legais para sua assinatura e a ausência de vedações expressas do art. 28-A do Código de Processo Penal e respectivos parágrafos, bem ainda, o caráter pedagógico e reparador que deve permear a adoção da medida.

---

13 LOPES JÚNIOR, Aury et al. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20/08/2020, 19:42hs.

# CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY FUNDS PERPETRATED BY CITY MAYORS

## ABSTRACT

This paper aims to present theoretical and practical considerations on the celebration of the non-criminal prosecution agreement, as seen on the Criminal Procedure Code on article 28-A, introduced by Federal Act 13.964/2019, in favor of city mayors, in the hypotheses when they commit the crime foreseen on Brazilian's Criminal Code on article 168-A (embezzlement of social security funds).

**Keywords:** Non-criminal Prosecution Agreement; City Mayors; Embezzlement of Social Security Funds.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13<sup>a</sup> ed. rev, atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. **Enunciados interpretativos da lei anticrime (lei nº 13.694/2019)**. Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTI-CRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTI-CRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 20 ago.2020.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361)**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury *et al.* **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polêmicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 ago.2020.

MAZLOUM, Ali *et al.* **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 20 ago.2020.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.