

OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS E A CONCORRÊNCIA DESLEAL: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE PORTUGAL E BRASIL

*SOCIAL WELFARE CRIMES AND UNFAIR COMPETITION: A
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN PORTUGAL AND
BRAZIL*

*Roberto Carvalho Veloso*¹

UFMA

*Theanna de Alencar Borges*²

Universidade Autónoma de Lisboa

Resumo

Os crimes previdenciários são figuras penais que compõem o Direito Penal Econômico em Portugal e também no Brasil, provocando severos problemas para o equilíbrio financeiro da segurança social, no primeiro, e da previdência social, no segundo. O objetivo deste estudo é abordar a problemática dos crimes previdenciários e os seus reflexos, inclusive quanto à concorrência desleal, numa perspectiva de direito comparado entre Portugal e Brasil. Para tanto, a pesquisa é do tipo bibliográfica, com fins descritivos e exploratórios e método dedutivo, por meio da análise de normas internas, da doutrina e da jurisprudência, no tocante aos aspectos relativos ao objeto da discussão. Conclui-se que a prática dos crimes previdenciários objeto do estudo pode acarretar a concorrência desleal.

Palavras-chaves

Direito Penal Econômico; Crimes previdenciários; Segurança Social; Concorrência desleal.

Abstract

Social welfare crimes are criminal figures that are presente in Economic Criminal Law in Portugal and also in Brazil, causing severe problems for the financial balance of social security, in the first, and social welfare, in the second. The aim of this study is to address the problem of social welfare crimes and their reflexes, including unfair competition, from a comparative legal perspective between Portugal and Brazil. Therefore, the research is of the bibliographic type, with descriptive and exploratory purposes, using a deductive method, through the analysis of internal norms, doctrine and jurisprudence, with regard to

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFPE. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Doutor da UniCEUMA. Professor convidado da Universidade Autónoma de Lisboa.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 6ª Região (Pernambuco). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1628-527X>. E-mail: theannaborges@hotmail.com.

aspects related to the object of the discussion. It is concluded that the practice of social welfare crimes, object of the study, can lead to the unfair competition.

Keywords

Economic Criminal Law; Social Welfare crimes; Social Security; Unfair competition.

INTRODUÇÃO

As atuais Constituições de Portugal e Brasil estabelecem a preocupação com a segurança social, que, apesar de encargo do Estado, não é financiada exclusivamente por ele, mas por diversas fontes, em especial dos beneficiários, falando-se em um dever de contribuição, quando preenchidos os requisitos legais, para a segurança social, em Portugal, e para a previdência social, no Brasil.

A despeito da existência de normas que estabelecem o pagamento de contribuição previdenciária em Portugal e no Brasil, tendo havido, inclusive, tipificação penal de certas condutas, é comum que o patrimônio das entidades responsáveis pela administração previdenciária em ambos os países seja vilipendiado por condutas criminosas, realizadas como forma de maximizar os lucros quando do exercício da atividade empresarial.

Tendo em vista que há poucos estudos buscando sistematizar a aproximação entre os crimes previdenciários e a concorrência desleal em uma perspectiva comparada entre os sistemas penais português e brasileiro, o objetivo geral da pesquisa consistiu em analisar os reflexos dos crimes previdenciários no que se refere à concorrência desleal praticada pelos sonegadores, tanto em Portugal, como no Brasil.

A pesquisa tem o seguinte problema a ser resolvido: em que medida a sonegação fiscal das contribuições previdenciárias favorece, na concorrência, as empresas que a praticam?

E para tanto, os objetivos específicos consistiram em: a) analisar a ampliação da intervenção do direito penal para além do direito penal clássico; b) investigar como são regulamentados os crimes previdenciários em Portugal; c) estudar como são regulamentados os crimes previdenciários no Brasil; e d) averiguar se há relação entre a prática de crimes previdenciários e a concorrência desleal em Portugal e no Brasil.

Para atender aos mencionados objetivos, a pesquisa realizada foi do tipo bibliográfica, com fins descritivos e exploratórios, valendo-se do método dedutivo, mediante análise das normas internas, da doutrina e também da jurisprudência de Portugal e do Brasil. Para isso, o trabalho foi dividido em quatro partes. A primeira tratou da ampliação da intervenção do direito penal para compreender também o domínio econômico. A segunda abordou alguns aspectos dos crimes previdenciários no direito penal português. Em seguida, foram apreciados alguns elementos dos crimes previdenciários previstos no Código Penal do Brasil. Por último, foi propriamente analisada a relação entre a prática de crimes previdenciários e a concorrência desleal em Portugal e no Brasil.

1 A INTERVENÇÃO PENAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Alguns dos maiores desafios que a sociedade global enfrenta na atualidade, para além do novo coronavírus (Sars-Cov-2, causador da doença COVID-19), são, conforme Harari³, a guerra nuclear, a mudança climática e a disrupção tecnológica, o que tem elevado a sensação de insegurança em todo o globo. Nessa seara, percebe-se que a ampliação da insegurança sob o viés subjetivo reforça o clamor social por uma maior criminalização em detrimento da descriminalização. Esse comportamento parte do pressuposto que a lei impedirá a prática de determinadas condutas.

Assim, no contexto da complexidade de uma sociedade global de risco, em que surgem novas demandas específicas – em sua maioria de caráter transindividual – que o Direito Penal Clássico não foi capaz de alcançar, é que o Direito Penal Econômico nasce e vem, paulatinamente, ganhando força.

Na Europa, a crise econômica de 2008, acentuada pela bolha imobiliária dos Estados Unidos da América, acarretou o fortalecimento da necessidade da intervenção penal no domínio econômico, a despeito do desafio do legislador para definição dos comportamentos típicos.

³ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21 (tradução do inglês)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 131 de 355.

Nesse sentido, na doutrina portuguesa, Rodrigues⁴ afirma que:

“Volvidas mais de três décadas após a obra de Ulrich Beck, em 1986¹⁸, sobre a sociedade do risco, em que captou com apurada sensibilidade a insegurança inerente ao projeto da sociedade industrial da modernidade, o seu diagnóstico não perdeu atualidade e é hoje reforçado pela disrupção dos sistemas econômico e financeiro, a que se juntam a crise energética, as alterações climáticas, as pandemias ou a criminalidade grave organizada e o terrorismo global. [...]”

Segundo a mencionada autora, a tais características deve ser acrescida a globalização neoliberal⁵, com os novos atores em uma organização global. Na doutrina brasileira, Veloso⁶ destaca:

“Tudo isso indica a expansão atual do Direito Penal, que busca a prevenção do que se convencionou chamar de macro ou extracriminalidade econômica, intimamente relacionada com os novos anseios de uma sociedade globalizada, aqui referida àquela praticada por entes corporativos e seus dirigentes. Aparece então, sistematizado, o Direito Penal Econômico, no qual se inclui o Direito Penal Tributário, encarregado da repressão aos crimes fiscais.”

A essa realidade descrita, acrescenta-se também a 4ª Revolução Industrial⁷, que está renovando em uma velocidade exponencial instituições e organizações, obrigando governos a se reinventarem e a inovar na forma de relacionamento com seus cidadãos, com o setor privado e até mesmo com os diversos países.

⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Econômico: uma política criminal na era compliance*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2019, Reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Econômico: uma política criminal na era compliance*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2019, Reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16.

⁶ VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 20.

⁷ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial (tradução do inglês)*. São Paulo: Edipro, 2019, p. 78 de 195.

Em um cenário pós-pandêmico, em que se prevê uma crise econômica mundial sem precedentes, em que as pessoas, as empresas e os governos foram e serão profundamente afetados pelas dificuldades financeiras, o Direito Penal Econômico ganha papel de centralidade, notadamente em se considerando que a segurança social (no Brasil, previdência social), objeto desta pesquisa, é um dos instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana tanto em Portugal, quanto no Brasil.

Assim, importa entender como estão regulamentados os tipos penais que tratam sobre os crimes que foram denominados na pesquisa como previdenciários, para abranger os crimes quanto às contribuições para a segurança social em Portugal e para a previdência social no Brasil, iniciando por aquele país, ficando excluída da análise, por exemplo, questões como concurso de crimes, perdão judicial, dispensa da pena, dentre outros, diante do objeto restrito desta pesquisa.

2 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

A partir dos reflexos das alterações vivenciadas pela globalização neoliberal, o Direito Penal português também sofreu alterações para ampliar sua intervenção para compreender os crimes fiscais, punidos com pena de prisão, com o intuito de promover a intimidação dos agentes, como fruto dessa etapa de eticização vivenciada pelo Direito Penal Econômico.⁸

A relevância da intervenção na seara previdenciária repousa na necessidade de se assegurar a sustentabilidade da segurança social, cujo déficit é premente também em Portugal, consubstanciando a obrigação de pagar contribuição previdenciária um tributo.

⁸ Acerca do histórico legislativo dos crimes tributários em Portugal, v. GRAÇA, António Henriques Pires da. Os aspetos substantivos mais relevantes nos crimes aduaneiros, fiscais e contra a segurança social. *Curso de Especialização Temas de Direito Fiscal Penal*. Coleção Ações de Formação. Série Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 107-108.

Assim, para o fim de proporcionar o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social português, que conta com previsão constitucional na alínea “d” do artigo 9.º e no n.º 3 do artigo 63 da Constituição da República Portuguesa – CRP, também em Portugal houve a criminalização de certas condutas que violam a obrigação tributária de pagar contribuição previdenciária, nos termos da lei, conforme será apreciado em seguida.

2.1 Disposições comuns aos crimes de fraude contra a segurança social e de abuso de confiança contra a segurança social

Atualmente, o Decreto-Lei n.º 398/98, de 17-12-98, trata da Lei Geral Tributária – LGT, que enuncia e define os princípios gerais do direito fiscal português, subsiste, excetuando-se o título V, que regulamentava as infrações fiscais.

Isso porque a Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, que aprovou o “Regime Geral das Infracções Tributárias” – RGIT, é quem ora trata dos crimes tributários, dentre os quais estão incluídos os crimes de fraude contra a segurança social (inclusive a fraude qualificada contra a segurança social, segundo artigo 106.º e n.º 3 do RGIT combinado com artigo 104.º do RGIT) e de abuso de confiança contra a segurança social (artigo 107.º do RGIT), ambos no capítulo IV da parte III do RGIT.

O n.º 2 do artigo 1.º do RGIT ressalva que o regime das contraordenações contra a segurança social é objeto de legislação especial, cuja punição em regra gravita em torno de pagamento de coima, ou seja, de multa.

Já o artigo 7.º do RGIT autoriza a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas, desde que preenchidos os requisitos legais. Já os administradores, gerentes e quem exerce, de fato, a administração em pessoas coletivas e equiparadas a elas possuem responsabilidade subsidiária no processo criminal pelas multas penais⁹.

⁹ BRANCO, Tomé Relator *Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, com o n.º 2042/05-2, de 16 de janeiro de 2006* [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9c5091dc6868e76480257148004ae867?OpenDocument>. Acesso em 21 dez. 2020.

Por fim, importante destacar que a pena de prisão aplicável aos crimes retromencionados não viola o n.º 1 do artigo 27.º da CRP, que veda a prisão por dívidas, tampouco em violação ao artigo 1º do Protocolo nº 4 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consoante já decidido pelo Tribunal Constitucional de Portugal no Acórdão n.º 312/2000, ainda na vigência da legislação anterior¹⁰.

Isso se dá em virtude da natureza da relação jurídica ser administrativa-tributária especial, regida pelo direito público¹¹, bem como em razão de a pena não ocorrer pelo inadimplemento, mas pela apropriação da prestação no caso de fraude e pelo não recolhimento do valor descontando na hipótese de abuso de confiança.

2.2 O crime de fraude contra a segurança social

O RGIT prevê seu artigo 106.º o crime de fraude contra a segurança social, que consiste em condutas de empregadores, trabalhadores independentes e beneficiários que visem a não liquidação, entrega ou pagamento, total ou parcial, ou ainda o recebimento indevido, total ou parcial, de prestações de segurança social, tudo com intenção de obter para si ou para outrem vantagem ilegítima de valor superior a 7.500,00 euros.

¹⁰ ALMEIDA, Vítor Nunes de Relator *Acórdão do Tribunal Constitucional, com o n.º 312/2000*, de 20 de junho de 2000 [Em linha]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/2991677/details/normal?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&ty pes=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em 21 dez. 2020.

¹¹ “Trata-se, no fundo, de uma *relação jurídica obrigacional*, embora mais complexa como veremos, em que o ente público competente (as Instituições de segurança social), fica com o direito de exigir, a título de contribuições para o subsistema respectivo, uma determinada importância pecuniária que tem como base de incidência o rendimento (remuneração) do trabalho, mediante a aplicação de uma percentagem (taxa) pré-definida por lei.” DIAS, António Manuel Valente Lopes. *Considerações sobre o enquadramento dogmático dos crimes contra a segurança social*. Coimbra, 2005. Trabalho realizado no âmbito do curso de Pós-graduação em Direito Penal Económico Europeu, do Instituto de Direito Económico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 7. Disponível em: http://www.verbojuridico.net/doutrina/penal/penal_segurancasocial.pdf. Acesso em 20 out. 2020.

De se observar que sempre deve existir a intenção de obter a mencionada vantagem patrimonial ilegítima de valor superior a 7.500,00 euros, seja para si ou para terceiro, falando-se, por isso, em dolo específico. Em sendo o valor inferior à quantia indicada, será o caso de ilícito contraordenacional, não se aplicando à hipótese o tipo penal do artigo 106.º do RGIT.

Ademais, da leitura do artigo fica claro que a principal característica do tipo penal é a fraude, sendo o bem jurídico protegido a receita contributiva que o Estado deixou de auferir pela conduta fraudulenta do agente.

Importante ressaltar a atecnia legislativa¹² quando se referiu ao termo “contribuição” no texto do artigo e ainda no n.º 4 ao se referir à expressão “prestação”, havendo colocado as prestações de natureza tributária e de segurança social na mesma categoria.

O crime é próprio, tento em vista que somente os agentes nele indicados podem ser sujeitos ativos. Segundo Lacerda¹³, não se trata de um crime de dano, mas de um “crime de perigo na perspectiva do bem jurídico e de mera atividade na perspectiva da conduta, na medida em que, embora a conduta deva ser susceptível de causar diminuição patrimonial da segurança social quer pela não entrada quer pela saída de prestações da segurança social, não importa que essa diminuição se verifique para a consumação do crime”.

Em 2019, entrou em vigor a alteração no n.º 2 e no n.º 3 do RGIT, que não mais possuem como referência os valores que devem constar de cada declaração apresentada, divergindo da exigência quanto às declarações de impostos. Há, portanto, diferença entre os crimes fiscais e da segurança social, mas os pressupostos e sanções são idênticos, a

¹² DIAS, António Manuel Valente Lopes. *Considerações sobre o enquadramento dogmático dos crimes contra a segurança social*. Coimbra, 2005. Trabalho realizado no âmbito do curso de Pós-graduação em Direito Penal Económico Europeu, do Instituto de Direito Económico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 21. Disponível em: http://www.verbojuridico.net/doutrina/penal/penal_segurancasocial.pdf. Acesso em 21 out. 2020.

¹³ LACERDA, Hugo . Capítulo IV – Crimes contra a segurança social. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados e Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 658-659.

despeito de os elementos e condições de punibilidade não serem coincidentes, o que demonstra “a (re)valorização da opção político-econômica de recuperação de receitas e a desvalorização da política jurídico-criminal e da dignidade penal do crime por parte do legislador”¹⁴.

A pena de prisão de até três anos ou multa de até 360 dias está prevista no n.º 1 do artigo 103.º da RGIT, aplicando-se-lhe também as demais alíneas do referido artigo, em razão da previsão legal do n.º 2 do artigo 106.º do RGIT.

Por fim, o n.º 3 do artigo 106.º do RGIT remete as condutas previstas no n.º 1 do referido artigo (fraude contra a segurança social) às disposições do artigo 104 do RGIT, falando-se, por isso, em crime de fraude qualificada contra a segurança social, quando preenchidos os requisitos do artigo 104.º do RGIT, no tocante à forma de realização da fraude.

A previsão da figura qualificada “teve como objeto a proteção do patrimônio do Estado, na sua vertente fiscal, contra comportamentos especialmente gravosos”, conforme Lacerda¹⁵.

Por conseguinte, no caso de se tratar do crime de fraude qualificada contra a segurança social, a punição é aumentada, sendo de prisão de um até cinco anos para pessoas singulares e multa de duzentos e quarenta a mil e duzentos dias para as pessoas coletivas, quando houver a cumulação de mais de uma das circunstâncias das alíneas “a” a “g” do n.º1 do artigo 104.º do RGIT, ou quaisquer das alíneas “a” e “b do n.º 2 do artigo 104.º do RGIT.

Haverá, ainda, aumento da pena no caso de a vantagem patrimonial ser superior a (euro) 200.000,00, para prisão de dois a oito anos para pessoas singulares e de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas coletivas.

Em seguida, será investigado o crime de abuso de confiança contra a segurança social, outra espécie de crime previdenciário em Portugal no RGIT.

¹⁴ LACERDA, Hugo. Capítulo IV – Crimes contra a segurança social. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados & Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 660.

¹⁵ LACERDA, Hugo. Capítulo III – Crimes fiscais. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados & Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 647.

2.3 O crime de abuso de confiança contra a segurança social

O art. 107 do RGIT regulamenta o crime de abuso de confiança contra a segurança social, que consiste no não recolhimento às instituições de segurança social do valor total ou parcial das remunerações que foi deduzido de trabalhadores e membros de órgãos sociais, sem que seja fixado qualquer valor mínimo no mencionado dispositivo legal.

A sua razão de ser se justifica na lesão do interesse público da segurança social que consiste em propiciar o regular funcionamento do sistema da segurança social e se verifica tendo em vista a relação triangular existente entre o substituto tributário, a Segurança Social e o contribuinte (substituído tributário).

Assim, nesse caso, só se verifica o crime nos casos de descontos que as entidades empregadoras fazem por ocasião do pagamento da remuneração. De acordo com Lacerda¹⁶, houve uma grande alteração quanto ao antigo regime (art. 27.º-B do “Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras” – RJIFNA), uma vez que o artigo 107.º do RGIT passou a tutelar “a relação de confiança, o especial dever de colaboração das entidades empregadoras para com a administração da segurança social”.

Imperioso ressaltar que havia dúvida quanto à aplicação do limite mínimo do montante de 7.500,00 euros, previsto no artigo 105.º do RGIT, ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, tendo em vista que o artigo 107.º do RGIT, que não estabelece qualquer limite, faz remissão ao n.º 1 do artigo 105.º do RGIT.

Ocorre que a citada dúvida já foi solucionada, conforme decidido pela jurisprudência obrigatória do Supremo Tribunal de Justiça – STJ no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2010, de 23 de setembro¹⁷,

¹⁶ LACERDA, Hugo. Capítulo IV – Crimes contra a segurança social. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados e Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 665.

¹⁷ MOURA, J. Souto. Relator do *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 6463/07.6 TDL5B.L1-A.S1*, de 23 de setembro de 2010. [Em linha]. Disponível em:

devendo ser respeitada a tipificação autônoma do artigo 107.º do RGIT, ou seja, não há que se falar na estipulação mínima de (euro) 7.500,00 para o crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Ademais, o n.º 2 do RGIT remete aos n.ºs 4 e 7 do artigo 105.º do RGIT, que trata do crime de abuso de confiança em sentido amplo. De acordo como n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, somente haverá punição de houver decorrido mais de noventa dias do prazo legal para entrega da prestação e se, após o decurso do prazo de trinta dias da notificação¹⁸ para pagamento, a prestação devida não for paga, com juros e coima aplicável. Trata-se, portanto, de condição objetiva de punibilidade, não estando relacionada à ilicitude, tampouco à culpa.

O crime se consuma, portanto, quando a entidade empregadora ou tomadora dos serviços deduz a remuneração devida à segurança social e não faz o repasse, devido, dispondo da quantia como se fosse de sua propriedade, afetando, portanto, a finalidade do valor.

É crime próprio, pois somente pode ser praticado pelas entidades indicadas no n.º 1 do artigo 107.º do RGIT, sendo, ainda, classificado como omissivo puro, ou seja, de mera inatividade, que se considera praticado após o prazo para o cumprimento do dever de entrega¹⁹, sendo, portanto, desnecessária a existência de apropriação²⁰. Além do mais, diz-se que para sua prática é exigido o dolo necessário, em que o agente conhece o possível resultado, que é encarado como consequência de sua ação.

<https://www.dre.pt/util/getpdf.asp?s=diad&serie=1&iddr=2010.186&iddip=20102341>.

Acesso em 21 dez. 2020.

¹⁸ O agente deve ser notificado como representante da pessoa coletiva e também pessoalmente para os fins da alínea “b” do n.º 4 do art. 105 do RGIT. Nesse sentido: MORGADO, Vítor. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º 6319/11.8IDPRT.P1*, de 26 de fevereiro de 2014. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/826670a7068f360380257c9a0031f99a?OpenDocument>. Acesso em 21 dez. 2020.

¹⁹ Consoante NASCIMENTO, Ernesto. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º 12/09.9TAMFR.P1*, de 18 de dezembro de 2013. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a62c2aef0db7e17680257c61003723c2?OpenDocument&Highlight=0,RGIT>. Acesso em 21 dez. 2020.

²⁰ Nesse sentido: VARGUES, Artur. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º 169/09.9IDFUN.L1-5*, de 07 de maio de 2013. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/62fe08b6f478de2d80257c6e0040741b?OpenDocument&Highlight=0,RGIT>. Acesso em 21 dez. 2020.

Quanto à punição, ela pode variar, em conformidade com o valor não entregue à segurança social. Se o valor for de até 50.000,00 euros, a pena varia de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias para pessoas singulares e de vinte a setecentos e vinte dias de multa para pessoas coletivas. Por outro lado, se o valor for maior que (euro) 50.000,00, a pena de prisão será de um a cinco anos para pessoas singulares e multa de duzentos e quarenta a mil e duzentos dias para as pessoas coletivas.

Importante, por fim, mencionar que, se não houve pagamento de salário do trabalhador, por exemplo, não haverá crime, pois não terá surgido a obrigação previdenciária.

Feitas as considerações sobre os crimes previdenciários em Portugal, passa-se à análise dos tipos penais previdenciários no Brasil.

3 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Assim como em Portugal, o Direito Penal Econômico também se destacou no Brasil, que não tardou a optar por ampliar a proteção jurídica, ultrapassando a tutela de bens jurídicos individuais para abarcar também os bens jurídicos supraindividuais ou universais²¹.

No contexto brasileiro de crimes relacionados à previdência social foram criados os atuais contornos dos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal – CP) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), pela Lei n.º 9.983/2000, para tutelar o bem jurídico interesse patrimonial da previdência social²².

²¹ VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 31-32.

²² Para histórico da regulamentação do tema no Brasil, v. VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 86-94; ESTELLITA, Heloísa. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. [Em linha]. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 36 (out. – dez. 2001), p. 309-350.

Tendo em vista que as contribuições previdenciárias são espécies de tributos²³, a regulamentação dos crimes ora em estudo foram fruto de “um ‘polvilhar’ aleatório e assistemático” do legislador brasileiro.

Assim, os mencionados crimes compõem duas das classificações entre os cinco grupos de crimes contra a ordem tributária²⁴, que são: crime tributário aduaneiro (art. 334 do CP, na figura do descaminho), sonegação (art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990, art. 2º, I, III, IV e V, da Lei n.º 8.137/1990 e art. 337-A do CP), apropriação indébita (art. 168-A do CP e art. 2.º, II, da Lei n.º 8.137/1990), crimes funcionais (art. 3.º da Lei n.º 8.137/1990, art. 316, §1º, do CP e art. 318 do CP) e falsidades (art. 293, I e IV, do CP).

O complexo de normas acima compõe o direito penal tributário, que consiste no “conjunto de normas de natureza penal que sancionam práticas relacionadas à violação de natureza tributária”²⁵, que se distingue do direito tributário penal, que se refere às infrações e penalidades administrativas que se verificam no direito tributário.

Nessa seara, é imperioso apresentar os aspectos mais relevantes para o objeto deste estudo quanto aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, apresentando suas similaridades e distinções, cuja análise segue a ordem do Código Penal.

3.1 Disposições comuns aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária

Há inúmeras semelhanças quanto aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária, entretanto, considerando-se o objeto desta pesquisa, serão destacadas apenas algumas delas.

²³ Para histórico da regulamentação do tema no Brasil, v. VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 86-94; ESTELLITA, Heloísa. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. [Em linha]. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 36 (out. – dez. 2001), p. 309-350.

²⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 795-797.

²⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 796.

No Brasil, a seguridade social se subdivide em previdência social, assistência social e saúde (art. 201 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988). Nesse sentido, de se mencionar que o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a previdência social, ramo da seguridade social que possui caráter contributivo e é de filiação obrigatória (art. 194 da CRFB/1988). Protege-se, assim, o sistema contributivo da previdência social (qualquer que seja o regime previdenciário, seja o geral ou próprio) e, também, a ordem econômica.

Quanto ao sujeito ativo, os crimes são do tipo comum²⁶, pois podem ser praticados por qualquer pessoa, inclusive, empregadores domésticos e até mesmo agentes públicos, podendo haver a responsabilidade por participação, se demonstrada a concorrência para o resultado. Quanto ao sujeito passivo de ambos os crimes, tem-se a União, porquanto é quem deixa de receber os créditos das contribuições previdenciárias.

Não há que se falar em responsabilidade da pessoa jurídica pelos referidos crimes, à falta de previsão legal nesse tocante no Brasil, no que se diferencia de Portugal, dada a previsão de mencionada responsabilidade no artigo 7.º do RGIT.

Quanto à pena, as condutas dos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária são punidas com reclusão de dois a cinco anos e multa, havendo o Código Penal tratado da extinção de punibilidade no caso de haver o pagamento espontâneo e a prestação das informações necessárias à previdência social, conforme lei ou regulamento e antes do início da ação fiscal.

Por fim, faz-se necessário salientar que o mero inadimplemento das contribuições previdenciárias não configura quaisquer dos tipos penais objeto deste estudo, a despeito da polêmica decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ(2) sobre a falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS²⁷. Desta forma, permanece a

²⁶ Segundo Guilherme de Souza Nucci seria um crime próprio, pois somente pode ser cometido pelo substituto tributário. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 607.

²⁷ CRUZ, Rogerio Schietti. Relator da *Decisão monocrática do STJ(2), com o n.º HC 399109*, de 24 de maio de 2017 [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201701067_980&dt_publicacao=24/05/2017. Acesso em 21 dez. 2020.

necessidade de comprovação do dolo genérico (intenção de praticar o ilícito previdenciário), dispensado o dolo específico (a intenção específica)²⁸, tanto no art. 168-A do CP, quanto no art. 337-A do CP.

Passa-se à análise do crime de apropriação indébita previdenciária.

3.2 O crime de apropriação indébita previdenciária

De acordo com o art. 168-A do CP, o crime de apropriação indébita previdenciária, crime contra o patrimônio, consiste na conduta de: a) deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional; b) deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; c) deixar de recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; d) deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Imperioso desde logo ressaltar que não se trata de prisão por dívida, pois a conduta tipificada consiste no não recolhimento da contribuição previdenciária descontada ou cobrada, distinguindo-se, portanto, do não pagamento de dívida, o que se coaduna com o art. 5.º, §2º, da CRFB/1988 e com o art. 7.º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica²⁹, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

²⁸ VAZ, Laurita. Relator da *Decisão monocrática do STJ(2), com o n.º EREsp 1296631*, de 01/10/2012 [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=24826864&num_registro=201201747313&data=20121001. Acesso em 21 dez. 2020.

²⁹ CIDH – *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10 dez. 2020.

O sujeito ativo é o substituto tributário responsável pelo recolhimento do tributo devido pelo contribuinte³⁰, enquanto o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico³¹, consubstanciado na intenção de descontar a quantia e não repassá-la à previdência social, não se falando em apropriação indébita previdenciária culposa. Ademais, o objeto material é a contribuição previdenciária retida ou descontada, enquanto o objeto jurídico é a previdência social.

O crime se consuma com a simples omissão total ou parcial no recolhimento, à época própria, da quantia cobrada ou descontada, razão pela qual se diz que se trata de crime omissivo próprio, não dependendo do resultado naturalístico para consumação, sendo desnecessário que haja um desconto no sentido físico da palavra³².

Ademais, a existência de fraude não é necessária para a consumação do crime de apropriação indébita previdenciária, podendo a existência de fraude ser considerada por ocasião da aplicação da pena.

Além disso, ressalte-se que existe dissonância quanto à exigência de que haja o lançamento definitivo como condição objetiva de punibilidade

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 605.

³¹ Prevalece o entendimento de que não há necessidade de se apropriar, no que se distingue do art. 168 do Código Penal. Guilherme de Souza Nucci defende uma posição intermediária: “Entretanto, não se pode admitir que inexistam elemento subjetivo do tipo específico, consistente na especial vontade de se apossar de quantia pertencente ao INSS. Transformar o crime previdenciário num delito de mera conduta, sem qualquer finalidade especial, seria indevido, porque transformaria a lei penal num instrumento de cobrança. Assim, o devedor que, mesmo sem intenção de se apropriar da contribuição, deixasse de recolhê-la a tempo, ao invés de ser executado pelas vias cabíveis, terminaria criminalmente processado e condenado. Haveria nítida inconstitucionalidade da figura típica, pois a Constituição veda prisão civil por dívida, e o legislador, criando um modelo legal de conduta proibida sem qualquer *animus rem sibi habendi*, estaria buscando a cobrança de uma dívida civil através da ameaça de sancionar penalmente o devedor.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 606.

³² Em sentido contrário: “Não basta, assim, a pura e simples omissão do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, é necessário seu anterior e real desconto dos pagamentos efetuados aos segurados e a terceiros.” ESTELLITA, Heloísa – Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. [Em linha]. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 36 (out. – dez. 2001), p. 309-350.

ou elemento do tipo, entretanto, em se considerando que deve ser conferido o mesmo tratamento que ao de sonegação de contribuição previdenciária, entende-se que também ao crime de apropriação indébita previdenciária deve ser exigido o lançamento definitivo do tributo, sendo essa a posição predominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ(2)³³.

Pelo exposto, percebe-se que o crime de apropriação indébita previdenciária assemelha-se ao crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto no RGIT português, especialmente por ambos os crimes não exigirem a ocorrência de fraude e tendo em vista o fato típico estar relacionado ao não recolhimento de valor que foi retido a título de contribuição previdenciária.

3.3 O crime de sonegação de contribuição previdenciária

Segundo o art. 337-A do CP, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, que integra os crimes praticados por particular contra a administração pública, consiste em suprimir³⁴ (eliminar) ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as condutas de:

“I) omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe

³³ FISCHER, Felix. Relator do *Acórdão da 5ª Turma do STJ(2)*, com o n.º RHC 19276, de 06 de junho de 2006. [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=632534&num_registro=200600605949&data=20060814&formato=PDF; MARQUES, Campos Relator – *Acórdão da 5ª Turma do STJ(2)*, com o n.º RHC 28798-PR, de 23 de outubro de 2012. [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1190148&num_registro=201001501680&data=20121026&formato=PDF. Acesso em 23 dez. 2020.

³⁴ A doutrina critica a expressão “suprimir”, pois somente o legislador poderia suprimir o tributo, de modo que o sentido da norma seria “não pagar” a contribuição previdenciária. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 885.

prestem serviços; II) deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.”

Ele se distingue do tipo previsto no art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990 em virtude de este ser genérico, abarcando qualquer tributo, enquanto o crime de sonegação de contribuição previdenciária possui objeto específico, que consiste na contribuição social previdenciária³⁵.

Ressalte-se que também não se trata de prisão por dívida, pois a conduta tipificada consiste no não recolhimento fraudulento da contribuição previdenciária, distinguindo-se, portanto, do não pagamento de dívida, também em consonância com o art. 5.º, §2º, da CRFB/1988 e com o art. 7.º, item 7, da CADH.

O seu objeto é, portanto, as contribuições sociais previdenciárias, que são aquelas referentes à previdência social, numa análise restritiva³⁶, abrangendo, portanto, as contribuições devidas pelos segurados (art. 21 da Lei n.º 8.212/1991), as contribuições devidas pela empresa, empregador ou tomador de serviço (art. 22 da Lei n.º 8.212/1991), as contribuições incidentes sobre o resultado da produção rural (art. 22-A da Lei n.º 8.212/1991) e sobre a receita de concursos de prognósticos (art. 26 da Lei n.º 8.212/1991).

Imperioso salientar que as condutas típicas dos incisos I e II somente podem ser praticadas no âmbito de pessoas jurídicas, enquanto o III pode ocorrer até mesmo no âmbito doméstico³⁷.

³⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

³⁶ Essa também a posição de José Paulo Baltazar Junior, que ressalta que há posição ampliativa, no sentido de abranger “aquelas que sejam destinadas, ainda que parcialmente, ao custeio da previdência social, o que tornaria mais abrangente o crime em exame”. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 395.

³⁷ Em sentido contrário, para quem todas as condutas somente podem ocorrer no âmbito empresarial, conforme art. 15 da Lei n.º 8.212/1991: ESTELLITA, Heloísa – Crimes

Nesse sentido, a partir da leitura do texto do art. 337-A do CP, denota-se que a característica que o distingue da apropriação indébita previdenciária é a fraude, que se faz obrigatória no crime de sonegação de contribuição previdenciária.

Quanto ao inciso I, a referida fraude pode ocorrer na folha de pagamento, abrangendo não só as contribuições referentes a empregados, mas aos demais segurados prestadores de serviço, a exemplo de empresário e autônomo, bem como em outros documentos de informação previstos pela legislação previdenciária, de que são exemplo a Guia de recolhimento rescisório do FGTS e informações à previdência social – GRFP e a Guia de informações da previdência social – GFIP.

Por outro lado, quanto ao inciso II, há desconto da contribuição previdenciária, mas não houve o respectivo lançamento ou quando não houve o lançamento das contribuições devidas pelo empregador ou pelo prestador de serviço.

Por último, no inciso III, a omissão é mais abrangente, admitindo, inclusive, interpretação analógica com os demais fatos geradores de contribuições previdenciárias, abarcando, por exemplo, o pagamento de salário marginal (“por fora”), ou seja, maior do que o efetivamente contabilizado, a omissão do registro do contrato de trabalho na CTPS para o fim de impedir o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas e a omissão do autônomo quanto a sua inscrição e pagamento de contribuições³⁸.

O sujeito ativo é o contribuinte ou substituto tributário responsável pelo recolhimento do tributo devido pelo contribuinte, enquanto o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico³⁹, consubstanciado na intenção de descontar a quantia e não a repassar à previdência social, não

previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. [Em linha]. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 36 (out. – dez. 2001), p. 309-350.

³⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 397.

³⁹ Há quem defenda que é preciso a especial finalidade de fraudulentamente suprimir ou reduzir a contribuição social previdenciária, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, do que discorda José Paulo Baltazar Junior. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 886. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 399.

se falando em apropriação indébita previdenciária culposa. Por sua vez, o objeto material varia conforme o inciso, podendo ser a folha de pagamento, a contabilidade da empresa, receita, dentre outros. Por outro lado, o objeto jurídico é a previdência social.

De acordo com Baltazar Junior⁴⁰, o crime é material, dependendo do resultado naturalístico para consumação, sendo necessário que haja a efetiva redução ou supressão da contribuição social previdenciária⁴¹. Entretanto, para sua consumação, é imprescindível o lançamento, em conformidade com o que determina Súmula Vinculante de n.º 24 do Supremo Tribunal Federal – STF⁴².

A ação penal somente pode ser ajuizada se houver crédito tributário constituído, sob pena de haver “constrangimento ilegal, por ausência de causa eficiente, o acionamento judicial no plano criminal de contribuinte inadimplente com a Fazenda Pública”⁴³.

Pelo exposto, é fácil concluir que a principal distinção desse crime com o da apropriação previdenciária está consubstanciada na fraude⁴⁴, que é exigida apenas no crime de sonegação previdenciária. Desta forma, além do inadimplemento por parte do agente, deve haver fraude, que pode ocorrer mediante as condutas omissivas já indicadas nos incisos do art. 337-A do CP.

Por fim, comparando com o direito português, percebe-se que o art. 337-A do CP encontra similaridade com o artigo 106.º do RGIT, tendo em vista que a norma lusitana prevê a conduta de “não liquidação, entrega ou pagamento”. Entretanto, a norma portuguesa traz em seu texto

⁴⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 399.

⁴¹ Em sentido contrário, para quem o crime é formal: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 605.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante de n.º 24 do STF*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>.

⁴³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Sonegação fiscal em matéria previdenciária: crime impossível em face da impropriedade do objeto. *Fórum Administrativo: Direito Público*. [Em linha]. V. 8, n. 85 (mar. 2008) p. 31-37.

⁴⁴ A fraude (evasão fiscal) não se confunde com o planejamento legal tributário (elisão fiscal), que é a “prática legítima do contribuinte consistente em evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou diminuir o valor do tributo a pagar, sem a utilização de fraude”. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 797.

condutas que tratam do “recebimento indevido, total ou parcial, de prestações de segurança social com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima”, que não estão previstas no tipo do art. 337-A do CP, podendo, a depender do caso, configurar o tipo penal de estelionato (art. 171 do CP)⁴⁵.

Apresentadas as considerações entre os crimes previdenciários em Portugal e no Brasil, importa apreciar como tais crimes comprometem a lealdade da concorrência em ambos os países.

4 A CONCORRÊNCIA DESLEAL PELA PRÁTICA DE CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

A livre concorrência é um dos princípios caracterizadores do capitalismo, que ganha ainda mais relevo na época do capitalismo em escala global. Assim é que se exige das empresas que ajam de modo ético para, em respeito às normas legais, para não desrespeitar a concorrência.

No âmbito da liberdade de concorrência, o n.º 1 do artigo 61.º da CRP assegura o direito de livre iniciativa econômica privada em Portugal, enquanto os arts. 1º, III, e 170 da CRFB/1988 são os pilares da livre iniciativa no Brasil.

No âmbito infraconstitucional, na seara concorrencial, em Portugal destacam-se principalmente o Decreto-legislativo n.º 57/2008, de 26 de março, que trata do Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais, a Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, que estabelece a Lei de Concorrência e, ainda, o Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro.

Por outro lado, no âmbito infraconstitucional brasileiro, salientam-se notadamente a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que regulamenta a questão concorrencial.

⁴⁵ CASAGRANDE, Daniel Alberto. *Crimes contra a arrecadação para a seguridade social: apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária*. São Paulo, 2008. Dissertação de mestrado em Direito Penal, apresentada à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18092009-104847/publico/DISSERTACAO_FINAL_DANIEL_ALBERTO_CASAGRANDE.pdf f. p. 70. Acesso em 23 dez. 2020.

Em ambos os países, tradicionalmente, a noção quanto à lealdade da concorrência possuía um sentido individual, em que a percepção era de que uma empresa não poderia agir deslealmente para com outra, por meio de condutas desonestas, sob pena de a empresa desleal violar os interesses da empresa concorrente individualmente considerada, com o principal efeito de usurpar-lhe a clientela.⁴⁶

Contudo, considerando-se a evolução sobre a percepção do papel da empresa no hodierno cenário mundial, impõe-se a compreensão do fenômeno da vedação à concorrência desleal como um interesse transindividual, que abrange os interesses da coletividade em um sentido amplo.

Assim é que, no caso específico das contribuições previdenciárias, tem-se que a prática empresarial de lesar os cofres públicos de Portugal de do Brasil por meio do cometimento dos crimes previdenciários objeto desta pesquisa possui o condão de gerar concorrência desleal, tendo em vista que a empresa, ao não pagar os tributos que são devidos conseguem ter preços mais baixos que suas concorrentes, prejudicando-as individualmente.

Ademais, ao cometerem os crimes previdenciários retromencionados, tais empresas acarretam o desequilíbrio financeiro previdenciário, causando déficits nos respectivos sistemas securitários de Portugal e Brasil.

Nesse sentido, colacione-se a lição de Baltazar Junior⁴⁷, no que diz respeito à questão da livre concorrência:

⁴⁶ “De acordo com esta visão corporativa e subjectiva, a Concorrência Desleal constitui um direito de conflitos teleologicamente orientado para a garantia das posições adquiridas no mercado. A disciplina visa então os interesses individuais dos concorrentes à diferenciação no mercado, à protecção da reputação económica e ao aproveitamento do próprio esforço. Esta abordagem justifica-se historicamente face à estrutura económica centrada na produção que caracterizou o período subsequente à Revolução Industrial.” AMORIM Ana Clara Azevedo de. A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. *Revista Electrónica de Direito*. [Em linha]. N.º 2, Junho (2017). p. 1-37. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/3_620.pdf ISSN 2182-9845. Acesso em 20 dez. 2020, p. 7.

⁴⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128.

“Indiretamente, também resta protegida a ordem econômica, tanto no aspecto tributário-arrecadatório da seguridade, quanto no da preservação da livre concorrência (CF, art. 170, IV), pois o delito afeta o potencial competitivo das sociedades empresárias que cumprem suas obrigações sociais, colocadas em situação de desvantagem em face daquelas que omitem o recolhimento dos tributos arrecadados (TRF2, AC 200651100062738, Mendes [Conv.], 1ª TE, u., 26.5.10).”

Por todo o exposto, defende-se que atualmente a vedação à concorrência desleal deve ser vista para além do interesse individual da empresa, para abranger, inclusive, o interesse de toda a sociedade de que a atividade empresarial seja desempenhada da forma escoreita, em obediência aos ditames legais e éticos e, especialmente no que diz respeito às contribuições previdenciárias.

Tudo isso se coaduna, também, com a necessidade de intervenção do Direito Penal Econômico no domínio da questão dos crimes previdenciários, com a finalidade de preservar a saúde da segurança social de Portugal e da previdência social no Brasil, para que as promessas constitucionais de proteção social sejam cumpridas em ambos os países, assegurando-se a construção de sociedades solidárias, uma vez que, dada a internacionalização da economia, a evasão fiscal pode propiciar mais prejuízos que certos crimes considerados comuns.

CONCLUSÕES

Por ocasião da transformação da sociedade, no que foi convenionado de sociedade global de risco, novos desafios surgiram, sobressaindo-se os interesses coletivos sobre os interesses privados. Nesse contexto, ampliou-se o medo subjetivo, havendo o Direito Penal, como reflexo do novo cenário, alargado suas fronteiras para além dos crimes comuns, para abarcar outros bens jurídicos, dentre os quais se inclui a segurança social, dada a relevância para a coletividade.

Verificou-se que Portugal e também o Brasil passaram pelas citadas transformações, cada um com suas particularidades, havendo ocorrido em ambos o aumento da penalização das condutas para abranger os crimes

tributários em sentido amplo, destacando-se nessa seara os crimes previdenciários.

Para isso, Portugal adotou legislação especial, denominada RGIT, que trata dos referidos crimes previdenciários, sob a denominação de crime de fraude contra a segurança social (que admite a forma qualificada, se preenchidos os requisitos legais do artigo 106.º do RGIT) e de abuso de confiança contra a segurança social (artigo 107.º do RGIT). Os referidos tipos penais são punidos na forma do RGIT, sendo necessária a fraude no primeiro, enquanto no segundo esta é dispensada.

Por outro lado, o Brasil regulamentou os crimes previdenciários no Código Penal, estando os demais crimes tributários regulamentados na Lei n.º 8.137/1990. De acordo com a normativa brasileira, os crimes previdenciários são denominados de crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), sendo puníveis de conformidade com o CP, havendo a necessidade de fraude no segundo, sendo dispensável no primeiro.

Os crimes previdenciários de Portugal e Brasil possuem similaridades, especialmente quanto ao fato de não se verificarem pelo mero inadimplemento da contribuição previdenciária correspondente, sendo imperioso, em síntese, que o agente ou não repasse a contribuição previdenciária que reteve ou cometa fraude para não pagar ou pagar valor menor a título de contribuição previdenciária. Assim é que a pena de prisão imposta aos crimes em comento, conforme as especificidades de cada tipo penal, não possuem natureza de prisão civil por dívidas, não havendo inconstitucionalidade ou inconveniência com a CEDH, no caso europeu, tampouco com a CADH, no caso brasileiro.

A despeito das similaridades, também se observaram divergências entre os tipos penais e as respectivas penalidades, no confronto de cada figura penal individualmente considerada.

Por fim, tem-se que a prática empresarial de cometer os crimes previdenciários indicados nos sistemas jurídicos português e brasileiro compromete não apenas o patrimônio da segurança social (previdência social, no Brasil), mas também ocasiona a concorrência desleal para com as demais empresas cumpridoras de suas obrigações legais.

Desta forma conclui-se pela necessidade de intervenção do Direito Penal Econômico para criminalizar certas condutas, tutelando diretamente o patrimônio da segurança social e indiretamente a lealdade da concorrência. Outrossim, de se concluir que esta deve ser compreendida não apenas no contexto individual, mas também para contemplar o interesse da coletividade de que as empresas ajam de forma honesta, ética e proba, sem valer-se de corrupção para obter melhores resultados financeiros, para que sua conduta não custe a depauperação do patrimônio da segurança social em ambos os países e viole o pacto de solidariedade entre as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vítor Nunes de. Relator do *Acórdão do Tribunal Constitucional, com o n.º 312/2000*, de 20 de junho de 2000 [Em linha]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/2991677/details/normal?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em 21 dez. 2020.

AMORIM Ana Clara Azevedo de. A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. *Revista Electrónica de Direito*. [Em linha]. N.º 2, Junho (2017). p. 1-37. Disponível em: https://cije.up.pt//client/files/0000000001/3_620.pdf ISSN 2182-9845. Acesso em 20 dez. 2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANCO, Tomé. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, com o n.º 2042/05-2*, de 16 de janeiro de 2006 [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9c5091dc6868e76480257148004ae867?OpenDocument>. Acesso em 21 dez. 2020.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. *Crimes contra a arrecadação para a seguridade social: apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária*. São Paulo, 2008. Dissertação de mestrado em Direito Penal, apresentada à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18092009-104847/publico/DISSERTACAO_FINAL_DANIEL_ALBERTO_CASAGRANDE.pdf. Acesso em 21 nov. 2020, p. 70.

CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10 dez. 2020.

CÓDIGO de Propriedade Industrial: Decreto-Lei n.º 110/2018. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N.º 237 (10-12-2018). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/110/2018/p/cons/20181210/pt/html>.

CÓDIGO Penal: Decreto-lei n.º 2.848/1940. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. Sem N.º (31-12-1940), p. 2391. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=2848&ano=1940&ato=1bb0za61ENNRkTf8b>.

CRUZ, Rogerio Schietti. Relator da *Decisão monocrática do STJ(2), com o n.º HC 399109*, de 24 de maio de 2017 [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201701067980&dt_publicacao=24/05/2017. Acesso em 23 dez. 2020.

DECRETO-legislativo n.º 57/2008. *Diário da República, Série I-A*. [Em linha]. N.º 60 (26-03-2008). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/57/2008/03/26/p/dre/pt/html>.

DIAS, António Manuel Valente Lopes. *Considerações sobre o enquadramento dogmático dos crimes contra a segurança social*. Coimbra, 2005. Trabalho realizado no âmbito do curso de Pós-graduação em Direito Penal Económico Europeu, do Instituto de Direito Económico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em:

http://www.verbojuridico.net/doutrina/penal/penal_segurancasocial.pdf
Acesso em 20 out. 2020.

FISCHER, Felix. Relator do *Acórdão da 5ª Turma do STJ(2), com o n.º RHC 19276*, de 06 de junho de 2006. [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=632534&num_registro=200600605949&data=20060814&formato=PDF. Acesso em 23 dez. 2020.

ESTELLITA, Heloísa – Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 36 (out. – dez. 2001), p. 309-350.

GRAÇA, António Henriques Pires da Graça – Os aspetos substantivos mais relevantes nos crimes aduaneiros, fiscais e contra a segurança social. *Curso de Especialização Temas de Direito Fiscal Penal*. [Em linha]. Coleção Ações de Formação. Série Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 100-170. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoFiscalPenal/Curso_Especializacao_Direito_Fiscal_Penal.pdf. Acesso em 20 nov. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21 (tradução do inglês)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LACERDA, Hugo. Capítulo III – Crimes fiscais. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados & Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 630-655. Disponível em: <https://books.apple.com/pt/book/regime-geral-das-infrac%C3%A7%C3%B5es-tribut%C3%A1rias-2019-annotado/id1455512122>. Acesso em 20 dez. 2020.

LACERDA, Hugo. Capítulo IV. Crimes contra a segurança social. In CARDOSO, Ana Cecília (Gestora de projeto). *Lexit - Códigos Anotados & Comentados - RGIT*. [Em linha]. Porto: O Informador Fiscal, 2019. p. 656-671. Disponível em: [https://books.apple.com/pt/book/regime-geral-das-](https://books.apple.com/pt/book/regime-geral-das)

infrac%C3%A7%C3%B5es-tribut%C3%A1rias-2019-anotado/id1455512122. Acesso em 20 dez. 2020.

LEI Geral Tributária: Decreto-Lei n.º 398/98. *Diário da República, Série I-A*. [Em linha]. N.º 290 (17-12-1998). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/398/1998/p/cons/20200824/pt/html>.

LEI n.º 12.529/2011. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. N.º 230 (01-12-2011), p. 1-9. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=01/12/2011>.

LEI n.º 15/2001. *Diário da República, Série I-A*. [Em linha]. N.º 130 (05-06-2001). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/15/2001/06/05/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 19/2012. *Diário da República, Série I*. [Em linha]. N.º 89 (08-05-2012). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/19/2012/p/cons/20180605/pt/html>.

LEI n.º 8.137/1990. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. N.º 248 (28-12-1990), p. 25534-25536. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=150&data=28/12/1990>.

LEI n.º 8.212/1991. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. N.º142 (25-07-1991), p. 1-9. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=25/07/1991>.

LEI n.º 9.279/1996. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. N.º 93 (15-05-1996), p. 8353-8366. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=15/05/1996>.

LEI n.º 9.983/2000. *Diário Oficial da União, Seção 1*. [Em linha]. N.º 136 (17-07-2000), p. 153. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=14/07/2017>.

MARQUES, Campos. Relator do *Acórdão da 5ª Turma do STJ(2)*, com o n.º RHC 28798-PR, de 23 de outubro de 2012. [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componte=ITA&sequencial=1190148&num_registro=201001501680&data=20121026&formato=PDF. Acesso em 23 dez. 2020.

MORGADO, Vítor. Relator do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º 6319/11.8IDPRT.P1, de 26 de fevereiro de 2014. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/826670a7068f360380257c9a0031f99a?OpenDocument>. Acesso em 21 dez. 2020.

MOURA, J. Souto. Relator do *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, com o n.º 6463/07.6 TDL SB.L1-A.S1, de 23 de setembro de 2010. [Em linha]. Disponível em: https://www.dre.pt/util/getpdf.asp?s=diad&serie=1&iddr=2010.186&id_dip=20102341. Acesso em 21 dez. 2020.

NASCIMENTO, Ernesto. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*, com o n.º 12/09.9TAMFR.P1, de 18 de dezembro de 2013. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a62c2aef0db7e17680257c61003723c2?OpenDocument&Highlight=0,RGIT>. Acesso em 21 dez. 2020.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Sonegação fiscal em matéria previdenciária: crime impossível em face da impropriedade do objeto. *Fórum Administrativo: Direito Público*. [Em linha]. V. 8, n. 85 (mar. 2008) p. 31-37. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/13258/PDIexibepdf.pdf?sequencia=1> . Acesso em 21 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial (tradução do inglês)*. São Paulo: Edipro, 2019.

STF. *Súmula Vinculante de n.º 24 do STF*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

VARGUES, Artur. Relator do *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º 169/09.9IDFUN.L1-5*, de 07 de maio de 2013. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/62fe08b6f478de2d80257c6e0040741b?OpenDocument&Highlight=0,RGIT>. Acesso em 21 dez. 2020.

VAZ, Laurita, Relator da *Decisão monocrática do STJ(2), com o n.º EREsp 1296631*, de 01/10/2012 [Em linha]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=24826864&num_registro=201201747313&data=20121001. Acesso em 23 dez. 2020.

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.