

Andrey Lyncon: O STF e a apropriação indébita tributária

Há algum tempo, os temas financeiros vêm tomando mais espaço no meio criminal. Entre eles, o chamado crime de apropriação indébita tributária tem sido amplamente debatido, ganhando recente destaque no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF).



Em julgamento no ano passado, o STF referendou, por

maioria, a legalidade do uso do Direito Penal na ausência de repasse de tributos descontados quando apreciou o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334/SC [\[1\]](#).

Na oportunidade, tentou-se garantir minimamente a segurança jurídica e a restrição da utilização do tipo penal, que já estava sendo usado indiscriminadamente, como ferramenta primária para cobrança de tributos devidos, fixando a seguinte tese:

"O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990".

Logo, diversamente do entendimento dominante nos tribunais brasileiros e, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), não bastaria mais o mero inadimplemento para a subsunção da "ação" ao tipo descrito no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90, mas, sim, a contumácia e o dolo específico.

Pois bem, apesar de haver incluído dois requisitos inexistente como forma de garantia, o STF acabou por legislar em matéria penal, gerando uma onda de críticas e uma certa instabilidade na aferição dos requisitos para análise de subsunção do fato à norma.

Veja-se que, em conformidade com o acórdão, não houve explicitamente uma definição do conceito de contumácia, nem mesmo de dolo de apropriação. Ambos os pontos foram marginalizados, responsabilizando os juízos originários da aferição dos requisitos em cada caso concreto.

A consequência foi imediata. No STJ, modificou-se o entendimento no julgamento do Agravo Regimental no REsp 1.865.750/SC, sob relatoria do ministro Nefi Cordeiro, o qual absolveu acusado que estava com inadimplência a pelo menos três meses [\[2\]](#).

Caminho semelhante tomado no julgamento do agravo regimental no REsp 1.867.109/SC, sob relatoria da ministra Laurita Vaz, no qual estabeleceu que o inadimplemento de somente um mês não era apto a

preencher o requisito de contumácia [3].

Ou seja, a quantidade de meses de inadimplemento vem demonstrando que por si só não é o bastante para a fundamentação do requisito da contumácia.

Nesse sentido, tentando nortear um entendimento, o acórdão da tese firmada no STF colocou que a contumácia trata-se de elemento de valoração global do fato, devendo o juiz apurar em cada caso concreto, já que também deve-se levar em conta o histórico de recolhimento do agente.

Porém, importa ressaltar que o mesmo acórdão destaca que não é o bastante a ocorrência de múltiplos episódios de não recolhimentos, visto que poderiam ter justificativas plausíveis para o não repasse.

Semelhante é a caracterização do dolo de apropriação, na qual o acórdão fixador da tese estabeleceu que o dolo para a consumação do crime seria aquele observado a partir dos fatos, tais quais: "*O inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de "laranjas" no quadro societário, o encerramento irregular das suas atividades, o valor dos débitos inscritos em dívida ativa superior ao capital social integralizado*" [4].

Em linhas gerais, assentou-se que a intenção é diferenciar aqueles empresários que acabam por passar por dificuldades financeiras daqueles que se utilizam do inadimplemento tributário como prática corriqueira para obter lucros maiores e, conseqüentemente, lesam não só o Fisco, mas também o mercado de forma geral com uma concorrência desleal.

Porém, a ausência de conceitos determinados acaba por dar espaço ao imaginário dos *players* do processo penal, garantindo à doutrina e à jurisprudência papel relevante na fixação de situações em que há o preenchimento dos requisitos imposto para a perfectibilização do tipo penal.

[1] Noticiado na **ConJur** em 19/12/2019, disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-dez-18/stf-fixa-tese-criminalizacao-divida-icms-declarado#:~:text=Plen%C3%A1rio%20do%20STF%20fixa%20tese%20sobre%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o>

[2] Noticiado na **ConJur** em 28/10/2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-28/nao-recolhimento-icms-crime-quando-dolo-contumacia>.

[3] Noticiado na **ConJur** em 13/11/2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/falta-contumacia-nao-recolhimento-icms-afasta-crime>.

[4] STF, RHC 163.334/SC, Rel. min. Roberto Barroso, Pleno, j. 18.12.2019, DJe 13.11.2020.