



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

CÓPIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO -

RELATOR DO RHC Nº 163.334

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Supremo Tribunal Federal STFDigital

18/02/2019 17:29 0007276



CÓPIA

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, serviço público independente dotado de personalidade jurídica, conforme Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, representado neste ato por seu **Presidente, Felipe Santa Cruz, e pelo Procurador Especial Tributário, Luiz Gustavo Bichara**, com instrumento procuratório incluso e endereço para comunicações na SAUS, Quadra 5, Lote 1, Bloco M, Brasília/DF, CEP 70070-939, vem, à presença de Vossa Excelência, **requerer sua admissão no feito na condição de AMICUS CURIAE**, nos termos do art. 138 do CPC, apresentando, neste momento, breves razões:

I – INGRESSO DO CFOAB NO FEITO:

Trata-se, em síntese, de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, com pedido liminar, autuado sob o nº 163.334, objetivando a absolvição sumária de Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher e Robson Schumacher, em virtude da atipicidade formal da conduta que lhes foi imputada.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, denegou a ordem pleiteada no Habeas Corpus nº 399.109/SC, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, tendo adotado o entendimento de que seria típica a conduta de deixar de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, o valor de ICMS “cobrado” do consumidor final.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em decorrência, foi mantido o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que afastou a tese de atipicidade da conduta dos denunciados, adotando o entendimento de que teria sido praticado o delito previsto no art. 2º, inciso II, c/c art. 11, *caput*, ambos da Lei nº 8.137/98.

Ao analisar o RHC, V. Exa. entendeu que a hipótese não ostentava qualquer urgência apta a legitimar a concessão da liminar. Posteriormente, submeteu o recurso à análise do Plenário da Corte, nos termos do art. 21, XI, do RISTF, bem como reconsiderou sua decisão, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, concedendo de ofício a liminar para determinar que não seja executada qualquer pena contra os recorrentes.

Por fim, designou, para o próximo dia 11 de março, uma reunião a ser realizada na sala de sessões da 1ª Turma, com os representantes das partes, terceiros admitidos no processo e órgãos públicos diretamente interessados, objetivando a efetivação de debates jurídicos e de discussões sobre o impacto da criminalização ou não sobre a realidade fática, criminal e tributária.

Como bem delineado na decisão que concedeu a liminar de ofício, a matéria ora discutida, além de inédita, revela-se por demais relevante, de modo a justificar a admissão deste Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no feito, especialmente em virtude de sua notória e incansável luta pela garantia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, como também em decorrência de sua representatividade e finalidade institucional, conforme prevê a Lei n. 8.906/94, a saber:

“Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Registre-se que o Código de Processo Civil passou a prever, em seu art. 138¹, que o *amicus curiae* poderá intervir em qualquer fase do processo, desde que o magistrado ateste a utilidade de sua participação.

Neste particular, a Ordem dos Advogados do Brasil possui tradição na defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, e sua legitimação para atuar em defesa da Constituição decorre dela mesma (Art. 103, inciso VII), já tendo esse Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, reconhecido o caráter universal dessa legitimação, não se lhe exigindo qualquer demonstração de pertinência temática.

Assim, o CFOAB entende que pode agregar valor à discussão que será aqui travada, da maior importância para o Estado Brasileiro e para os contribuintes, razão pela qual requer seu ingresso, na condição de *AMICUS CURIAE*, por atender aos requisitos autorizadores, quais sejam: representatividade e interesse no resultado do julgamento que repercuta diretamente em toda a sociedade.

II – DAS RAZÕES DE MÉRITO:

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, por 05 (cinco) votos a 03 (três), que a mera falta de recolhimento do ICMS em operações próprias, ainda que o imposto tenha sido regularmente declarado, seria suficiente para a caracterização da conduta prevista no tipo penal do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Sustentam os recorrentes que o não recolhimento do imposto estadual, quando devidamente declarado às autoridades fiscais, não poderia caracterizar crime de apropriação indébita tributária, por ausência de tipicidade formal, configurando simples inadimplemento fiscal.

¹ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Os argumentos dos recorrentes merecem prosperar, como será doravante demonstrado.

II. “a” – ATIPICIDADE PENAL - MERA INADIMPLÊNCIA FISCAL:

Nos termos do Acórdão recorrido, para a configuração do delito de apropriação indébita tributária, tal qual se dá com a apropriação indébita em geral, o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que isto não pressupõe a clandestinidade.

No entanto, tal entendimento não merece prosperar e contraria a jurisprudência dos tribunais pátrios, inclusive dessa Corte.

Data venia, no caso concreto os recorrentes estão sendo processados criminalmente por mera inadimplência fiscal, ausente qualquer tipo de fraude, omissão ou falsidade de informações prestadas ao Estado.

Não houve apropriação de dinheiro pertencente ao patrimônio de terceiros ou o mesmo o descumprimento doloso de qualquer obrigação tributária acessória com o intuito de lesar o erário público. Houve, apenas e tão somente, o não pagamento de tributo, devidamente escriturado e declarado ao Fisco.

Esse Eg. Supremo Tribunal Federal já registrou, em sede de Repercussão Geral, no julgamento do **Recurso Extraordinário com Agravo nº 999.425²**, que os crimes contra a ordem tributária demandam a existência de dolo, de atos praticados com o fim de sonegar, não sendo caracterizados pelo mero inadimplemento do tributo. Confira-se:

“Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco”.

² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 999.425/SC, DJe de 15/03/2017.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Assim, a tutela penal da ordem tributária somente se mostra legítima nas hipóteses de criminalização de condutas que, além da mera inadimplência tributária, tenham empregado artifícios como fraude, falsidade, omissão, etc.

No caso concreto, o ICMS foi regularmente declarado, não havendo qualquer meio arditoso para mascarar a ocorrência do fato gerador ou suprimir o tributo devido. Trata-se, portanto, de inadimplência fiscal pura e simples, impossível de ser caracterizada como crime.

II. “b” – ATIPICIDADE PENAL – INEXISTÊNCIA DE TRIBUTO “COBRADO” DO CONSUMIDOR FINAL

Ademais, a questão sob análise reside em definir se a conduta consistente em deixar de recolher ICMS referente às operações próprias, regularmente declaradas, constitui o fato típico de apropriação indébita tributária previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, que assim prevê:

“Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (...)

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”
(grifos nossos).

Referindo-se expressamente aos termos “descontado ou cobrado”, o tipo penal exige, sem margem para dúvidas, que a apropriação indevida seja praticada por sujeito qualificado como responsável tributário, ou seja, o sujeito passivo indireto definido formalmente por lei como devedor de tributo cobrado ou descontado do contribuinte, que é o sujeito passivo direto que realiza o fato gerador da obrigação tributária principal.

Nesse contexto, houve um desvirtuamento, no presente caso, do conceito de “cobrado”, de modo que não há tipicidade formal na hipótese de não recolhimento do ICMS próprio, em que a própria pessoa jurídica deixa de pagar o imposto por ela devido, na qualidade de contribuinte de direito.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No caso do ICMS, o contribuinte de direito recolhe o imposto sobre operações próprias e somente é reembolsado desse valor com a transferência do encargo para as demais etapas da cadeia.

Em tais casos, portanto, o contribuinte de direito sequer poderia cometer o delito de apropriação indébita tributária, justamente porque não há apropriação de tributo devido por terceiros, já que o ICMS é devido por ele próprio e dele é exigido.

A lógica adotada pelo acórdão recorrido melhor se aplica à conduta prevista no crime de apropriação indébita previdenciária³, que recai sobre aquele que tem a responsabilidade, por substituição, de recolher contribuição retida dos segurados.

Entretanto, *in casu* não há tipicidade formal, na medida em que não se trata de hipótese de substituição tributária, na qual o substituto deveria recolher tributo devido por terceiros, mas de sujeição passiva tributária direta da pessoa jurídica.

Importante destacar que o ônus econômico do ICMS pode ou não ser repassado ao consumidor final, isto é, pode ser embutido ou não no preço então praticado na operação final. O fato de que geralmente é feito esse repasse não permite presumir que sempre assim o será. Essa incerteza, por si só, impede a condenação por uma suposta apropriação indébita, já que a responsabilidade penal depende, no mínimo, da demonstração de que o imposto foi descontado ou cobrado.

Mas não é só. Caso prevaleça o entendimento do Acórdão recorrido, existe o risco de sua propagação para todos os tributos que permitem o repasse do ônus financeiro, tornando rotina a abertura de inquéritos de ordem criminal sempre que houver ausência de pagamento de tais tributos, afetando absolutamente todo e qualquer contribuinte que se encontre em situação de inadimplência.

³ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Como bem ressaltado pela Ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial nº 205.105/SP⁴, “já se chegou à conclusão que, independentemente de classificação, ***todos os tributos repercutem economicamente no preço do bem ou serviço como custo***” (grifos nossos).

Conclui-se que, ao interpretar extensivamente o conceito de “cobrado”, o Acórdão recorrido verdadeiramente criou uma nova hipótese de incidência, alargando o tipo penal, aproximando o crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, ao crime de apropriação indébita geral, previsto no art. 168 do Código Penal, em clara ofensa ao princípio da legalidade penal.

II. “c” – CONFIGURAÇÃO DE SANÇÃO POLÍTICA E OS EFEITOS PRÁTICOS

A se confirmar o entendimento do acórdão recorrido, *data venia*, a criminalização da mera inadimplência fiscal equivaleria a um “meio oblíquo” de cobrança de tributo, constringendo o contribuinte a efetivamente recolher o imposto na data do respectivo vencimento, deixando de levar em consideração as circunstâncias típicas da vida empresarial, que não raramente atravessa momentos de crise.

Sobre a impossibilidade de adoção de sanções políticas para forçar o pagamento de tributos, vale trazer à baila os ensinamentos do Ministro Marco Aurélio, externados quando do julgamento do **Recurso Extraordinário nº 413.782/SC**:

“Nota-se a tomada de empréstimo de meio coercitivo, objetivando a satisfação de débito tributário. Em síntese, a legislação local submete o contribuinte à exceção de emitir notas fiscais individualizadas, quando em débito para com o fisco. Entendo conflitante com a Carta da República o procedimento adotado. A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica, como é o relativo à proibição de as empresas em débito, no tocante a obrigações, principal e acessórias, vir a emitir”

⁴ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Recurso Especial nº 205.105/SP, DJ de 29/05/2000.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

documentos considerados como incluídos no gênero fiscal. Imagine-se o que implica, a cada negócio jurídico, ter-se de requerer à repartição fazendária competente a emissão de nota fiscal avulsa. A regência local da matéria abrange previsão incompatível com a ordem natural das coisas, com o princípio constante do parágrafo único do artigo 170 da Carta da República, segundo o qual é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Repita-se: na dinâmica da própria atividade desenvolvida, fica inviabilizada a atuação, se aquele que a implementa necessita, caso a caso, de recorrer ao fisco, para a obtenção de nota fiscal avulsa. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, como acaba por ocorrer, levando a empresa ao caos, quando inviabilizada a confecção de blocos de notas fiscais. De há muito, esta Corte pacificou a matéria, retratando o melhor enquadramento constitucional no Verbete nº 547 da Súmula: Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

(grifos nossos).

Também nesse prisma manifestou-se o Ministro Celso de Mello no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 402.769/RS**, como se nota de sua ementa:

“SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO"
(grifos nossos).

A hipótese tratada nos autos se mostra ainda mais alarmante nos casos em que os contribuintes, passando por uma temporária crise financeira, necessitam de certo tempo para angariar recursos a fim de quitar o tributo devido.

O efeito multiplicador é igualmente preocupante, visto que o tipo penal "criado" pelo acórdão recorrido tem o condão de atingir dezenas de milhares de contribuintes em todo o país. Segundo a própria decisão que deferiu a liminar de ofício, somente no Estado de São Paulo cerca de 166.088 (cento e sessenta e seis mil e oitenta e oito) empresários estariam sujeitos ao critério do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Num país como o Brasil, que já passou por diversas crises econômicas, e, segundo especialistas, vive a pior retomada da história⁵, não é incomum que contribuintes de boa-fé se vejam com dificuldades para arcar com suas obrigações tributárias, atrasando o pagamento do ICMS e outros tributos.

⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/analise-de-criises-passadas-indica-que-brasil-vive-pior-retomada-da-historia.shtml>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal
Brasília - D.F.

A crise, aliás, é o combustível da inadimplência. Não é à toa que, ano após ano, são concedidos pelos Estados renúncias fiscais que somam milhões de reais para mitigar os efeitos da recessão, os chamados “Refis da crise”. A título exemplificativo, estima-se que o Estado do Rio de Janeiro, que atualmente passa por sua maior crise econômica, abriu mão de arrecadar R\$ 218 bilhões nos últimos 10 (dez) anos através da concessão de benefícios fiscais⁶.

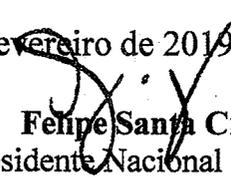
Assim, não parece minimamente razoável, tampouco proporcional, que os contribuintes nessa situação possam ser taxados de criminosos, ainda que fiquem um, dois, três ou mais meses devendo o ICMS de operações próprias, desde que tais valores estejam regularmente declarados e possam ser objeto de controle e cobrança pelas autoridades fiscais.

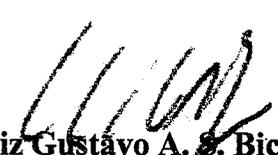
III – DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, dada a relevância da matéria e a representatividade do Conselho Federal da OAB (§ 2º do Art. 7º da Lei nº 9.868/99), requer a Vossa Excelência sua admissão no presente RHC, na condição de *amicus curiae*, bem como a garantia de manifestação oportuna ao longo do transcurso do feito, **por intermédio do posterior oferecimento de pormenorizado arrazoado**, incluído, igualmente, a realização de sustentação oral. Pugna, outrossim, pela manutenção da liminar deferida e, ao final, que o recurso seja conhecido, e, no mérito, integralmente provido.

Termos em que, aguarda deferimento.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.


Felipe Santa Cruz
Presidente Nacional da OAB


Luiz Gustavo A. S. Bichara
Procurador Especial Tributário
OAB/RJ 112.310


JULIANO BREDA
OAB/PR 25.717

⁶ <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/rj-deu-r-218-bi-de-beneficio-fiscal-em-10-anos-e-sem-controle-confiavel-diz-tce.ghtml>



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275

Bruno Matias Lopes
OAB/DF 31.490