

Opinião: A ciranda hermenêutica do STF

04/09/2020

Já há algum tempo se vem apontando as inconsistências técnicas da curiosa tese do Supremo Tribunal Federal, fixada nos limites interpretativos do RHC 163.334, no sentido de que é crime declarar e não pagar o ICMS próprio [1]. Ainda no início desta semana, Pierpaolo Cruz Bottini e Bruno Lescher Facciolla expuseram, aqui nesta **ConJur**, uma das fragilidades da interpretação conferida pelo tribunal [2].



É bem de ver que a ciência penal vem cumprindo o seu

papel de vigilante dos poderes constituídos. O único ambiente possível para a ciência, como bem salientado por Luís Greco, é aquele em que se pode (*e se deve*) denunciar as "racionalizações insinceras" do poder punitivo, distinguindo o direito do poder pelo poder [3].

É possível identificar, de início, que o entendimento da corte parece ter levado em conta, mesmo que não intencionalmente, um perfil de Direito Penal do autor e não do fato, recorrendo-se a expressões como "devedor contumaz". Ora, ainda que o sujeito deva muito e por muito tempo, o simples fato de dever, malgrado possa ser grave do ponto de vista moral, ético, com repercussões para outras áreas do direito, não é suficiente para tornar alguém autor de fato típico. Segundo o ministro Barroso, relator do RHC paradigma, a "apropriação" deve ser realizada em diversas oportunidades, mais de uma vez, como uma espécie de "estratégia empresarial".

Reforçando essa linha, o STJ, no AgRg no RHC nº 97.903, de Santa Catarina, trancou ação penal em que o Ministério Público daquele Estado havia oferecido denúncia lastreada em apenas *um único mês* de não recolhimento do imposto. Verificou-se, assim, que, no caso específico, não havia indícios de que a conduta do sujeito ativo teria sido dolosa, com o intuito de obter algum benefício pessoal com os valores devidos ao Poder Público. Em que pese ter havido o trancamento da ação penal, a tese criminalizante em nada se alterou, pelo contrário: reafirmou-se.

A discussão que aqui se pretende busca analisar a fragilidade da tese por um outro ângulo [4]. Dá-se, assim, um passo atrás, a fim de demonstrar que há, em sua fixação, uma burla dogmática

insuperável, que chega mesmo a preterir, indevidamente, a tipicidade objetiva do injusto de apropriação indébita tributária.

É clássica a lição sobre a subsidiariedade dos elementos do fato punível. Assim, pela prejudicialidade das categorias que compõem o crime, apenas se analisa, por exemplo, a culpabilidade do agente se o injusto penal estiver perfectibilizado; apenas se analisa a ilicitude da conduta se a tipicidade estiver formada; e, nos elementos intracategoriais do fato típico, apenas se analisa a tipicidade subjetiva se a tipicidade objetiva estiver satisfeita.

Não há espaços para atropelos na dogmática penal. Como já colocado, uma das suas funções é justamente a de controlar e de entregar racionalidade ao poder punitivo [5]. Essa irracionalidade e essa ausência de controle são evidentes, em concreto, a partir da antecipação da análise de categorias que apenas se podem analisar quando se já tenham conformadas todas as categorias que as antecedem.

A discussão sobre a existência de um dolo específico de apropriação é, portanto, completamente inócua diante da patente inexistência de tipicidade objetiva. Não há, em absoluto, qualquer viabilidade de se falar em dolo quando inexiste fraude. A fraude é ínsita aos tipos penais que tutelam a ordem tributária. E a fraude é um elemento afeto à tipicidade objetiva, que precede eventuais considerações sobre o dolo ou sobre, especificamente, o fato de o agente "não ter pago como uma estratégia empresarial".

A conclusão é anedótica: o mais execrável dos apropriadores, que tenha deixado de pagar o ICMS próprio durante décadas ou séculos, reiteradamente, querendo, sabendo e enriquecendo, jamais estará cometendo crime, desde que tenha expressamente declarado tais informações ao fisco. Crime, assim, não há, e é preciso que isso se diga com todas as letras.

A inexistência de crime não leva à necessária conclusão de que estaremos diante de um indiferente jurídico, pelo contrário. O Direito Penal, como *ultima ratio*, apenas se justifica depois que todas as outras esferas de resolução de conflitos se tenham mostrando ineficazes, o que não acontece no caso concreto. O ilícito tributário é perfeito e inquestionável. Quem deixa de pagar passa a ser devedor do Fisco; poderá ser executado; poderá ser multado e poderá responder, inclusive, com seu patrimônio pessoal (respeitadas as garantias individuais).

Uma outra característica do tipo em questão, e que parece ter sido um dos motivos da escolha pela imputação ao artigo 2º, inciso II, é que o suporte fático previsto na norma prescinde de resultado naturalístico. Trata-se de uma habilidosa (porém criticável) escolha do Ministério Público porque, ao fazê-la, a acusação se desvia da discussão sobre as possíveis implicações com o enunciado 24 da súmula vinculante.

Por esses e outros motivos, tanto não há crime tributário que resultado algum há, haja vista não ter havido fraude. Mais do que isso: trata-se do inadimplemento como crime de conduta antecipada (crime formal), o que de forma astuciosa robustece a tese de que a dívida do ICMS próprio configura crime, porquanto obviamente uma dívida não geraria resultado naturalístico. Xequé mate: além de ser crime, já está consumado.

A busca e apreensão deferida na conhecida Operação Direto com o Dono, em que se apura a suposta apropriação indébita de ICMS, deu-se com base justamente nesse entendimento. Assim, quando do deferimento da medida cautelar, ressaltou-se que os investigados aparentemente realizaram a retenção de aproximadamente R\$ 300 milhões, de maneira reiterada, pelo que restaria patente a existência do dolo específico.

Fundamentação, mais uma vez, atécnica. Não é o fato de reter muito ou por muitas vezes; é o fato de fraudar ou não, antes disso, que precisa ser levado em conta.

O ministro Gilmar Mendes, um dos que divergiram, enfatizou que a intervenção penal só se justifica na medida que houver fraude pelo agente. Na falta de tal elemento, segundo o ministro, *"resta cristalino o vilipêndio da criminalização do mero inadimplemento"* [6].

E, ao que parece, o vilipêndio vem se mantendo, inalterado, nas muitas decisões do Judiciário brasileiro. É importante salientar: a dogmática penal não é afeita a desafios pretensiosos; ela costuma ser implacável com aqueles que os tentam.

[1] Em dezembro de 2019, a questão foi julgada no bojo do RHC 163.334. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, o Tribunal fixou a seguinte tese: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/1990".

[2] Confira em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/direito-defesa-icms-crime-reflexoes-postura-stf#sdfootnote1sym>. Também sobre o tema, confira ESTELLITA, Heloísa.; JÚNIOR, Aldo de Paula. DE P. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária? Notícias Jurídicas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-umaproposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019>>. Acesso em: 19 de agosto de 2020; SCAFF, Fernando Facury; BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O STJ e a criminalização da inadimplência tributária do ICMS próprio. Revista do Advogado, v. 39, n. 141, p. 94-101, 2019.

[3] Sobre isso, v. GRECO, Luís. Dogmática e Ciência do Direito Penal. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (orgs.). As razões do direito penal. Quatro estudos. Curitiba: Marcial Pons, 2019. p. 23-29.

[4] As considerações aqui feitas encontram-se desdobradas em artigo no prelo.

[5] Idem.



[6] O acórdão do RHC ainda não foi publicado. O comentário pode ser visto, no entanto, em matéria veiculada pela Revista Exame, *in* <<https://exame.abril.com.br/economia/stf-decide-que-nao-pagar-icms-e-crime/>>, Acessado em 20 de abril de 2020.

Fonte: <https://conjur.jurimetrics.com.br/2020-set-04/opinioao-ciranda-hermeneutica-stf/>