

# Economic Analysis of Law Review

## Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?

*Tax Crimes and the Extinction of Punibility for Payment: A Means of Adverse Selection and Moral Risk?*

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior<sup>1</sup>  
*Universidade de Fortaleza (UNIFOR)*

Arnaldo Coelho da Silva Filho<sup>3</sup>  
*Universidade de Fortaleza (UNIFOR)*

Yáskara Girão dos Santos Araújo<sup>2</sup>  
*Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7)*

### RESUMO

O presente trabalho analisa se a extinção da punibilidade dos crimes tributários, prevista no art. 9, §2º, Lei nº 10.684/03, influencia condutas oportunistas dos sujeitos passivos tributários que resultem em seleção adversa e risco moral. Com metodologia lógico-dedutiva e análise doutrinária e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como do instrumental da Análise Econômica do Direito, analisou-se a seleção adversa e o risco moral aplicáveis na relação entre Estado e sujeito passivo. Percebeu-se que a legislação e jurisprudência tributárias influenciam o descumprimento das obrigações tributárias. Por uma, mantém os grandes sonegadores no mercado. Por duas, induz a prática da sonegação fiscal. Concluiu-se que a extinção da punibilidade pelo pagamento da Lei nº 10.684/03, influencia, de fato, a prática de condutas oportunistas dos sujeitos passivos tributários que resultem em casos de seleção adversa e risco moral.

**Palavras-chave:** Direito Penal Tributário. Extinção da punibilidade. Seleção Adversa. Risco Moral.

**JEL:** K14, K42.

### ABSTRACT

This paper analyzes whether the extinction of the punishment of tax crimes, provided for in art. 9, §2º, Law nº 10.684/03, influences opportunistic behavior of taxpayers that result in adverse selection and moral hazard. With logical-deductive methodology and doctrinal and jurisprudential analysis of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, as well as the instruments of the Economic Analysis of Law, adverse selection and moral hazard applicable in the relationship between State and taxable person were analyzed. It was noticed that tax legislation and jurisprudence influence the non-compliance with tax obligations. For one thing, it keeps the big evaders in the market. For two reasons, it induces the practice of tax evasion. It was concluded that the extinction of the punishment for the payment of Law nº 10.684/03, influences, in fact, the practice of opportunistic behaviors of the taxpayers that result in cases of adverse selection and moral hazard.

**Keywords:** Tax Criminal Law. Extinction of Criminal Liability. Adverse Selection. Moral Hazard.

**R:** 23/07/21 **A:** 05/05/22 **P:** 30/04/24

<sup>1</sup> E-mail: vicenteaugusto2@gmail.com

<sup>2</sup> E-mail: yaskaragirao@hotmail.com

<sup>3</sup> E-mail: arnaldo.csf@gmail.com

## 1. Introdução

O Direito Penal Tributário pode ser considerado como uma disciplina que merge características do Direito Penal e do Direito Tributário. É ramo jurídico em que os objetos são crimes afetos à tributação. Apesar do crime de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90) ser o mais conhecido, também existem o de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal Brasileiro) e o de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, do Código Penal brasileiro). A partir dessas disposições, enquanto medida de política criminal, a Lei de nº. 10.864/03, em seu art. 9º, §2º, previu que o pagamento da dívida tributária é suficiente para extinguir a punibilidade nos crimes tributários. Embora benéfica para os contribuintes, a medida necessita ser analisada em suas consequências práticas, e, para tanto, a Análise Econômica do Direito poderá, em muito, permitir que uma solução efetiva seja devidamente definida.

Enquanto elemento centralizador do Direito e da Economia, a Análise Econômica do Direito trabalha as metodologias econômicas aplicadas à seara jurídica, e permite o estudo da possibilidade de condutas oportunistas por parte de agentes econômicos e seus resultados. Nesse sentido, e a partir da problemática apresentada, pode-se afirmar que a Lei nº 10.864/03, em seu art. 9º, §2º, influencia condutas oportunistas dos sujeitos passivos tributários que resultem em casos de seleção adversa e risco moral, tendo em vista a jurisprudência do STF e do STJ, no caso dos crimes do arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A, do Código Penal (acerca dos crimes tributários)?

Para tanto, o presente trabalho tem, como objetivo geral, analisar se a extinção da punibilidade nos crimes tributários, previsto na Lei nº 10.864/03, pelo art. 9º, §2º, e toma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como elementos influenciadores das condutas oportunistas por parte dos sujeitos passivos tributários, que, por consequência, resultam em casos de seleção adversa e risco moral. A metodologia utilizada é de cunho bibliográfico, com atenção a pesquisas empíricas e doutrinárias, internacionais e nacionais, já realizadas, inclusive pelas ciências econômicas. É jurisprudencial, com atenção ao STF e ao STJ. Fundamenta-se em livros, artigos, periódicos específicos sobre o tema e acórdãos publicados. O método é lógico-dedutivo, de cunho qualitativo e descritivo.

Divide-se o trabalho em três partes, que buscam responder os objetivos específicos. Na primeira, apresenta-se o Direito Penal Tributário como disciplina. Introduce-se a materialidade dos crimes tributários, histórico e questionamentos da extinção da punibilidade nos casos de pagamento. Na segunda, analisa-se jurisprudência do STF e do STJ sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento. Percebe-se que a jurisprudência deve ser analisada em uma tomada de decisão sobre sonegação. Na terceira, explicita-se a Análise Econômica do Direito como método. Analisa-se a extinção da punibilidade nos crimes tributários como influência em condutas oportunistas que resultem em casos de seleção adversa e o risco moral.

## 2. Crimes Contra a Ordem Tributária, Materialidade de Sonegação Fiscal e Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Percursos do Direito Penal Tributário.

O objeto central para o estudo do Direito Tributário reside na figura do tributo. Esse mesmo tributo, por sua vez, apresenta-se diante de um contexto de atuação própria, e sob a tutela da teoria geral da norma jurídica. Para construir um instrumento de ação social, que consiste na norma jurídica, a estrutura do pensamento humano utilizou-se da lógica e de sua atuação dinâmica. Com isso, todas as regras jurídicas incidem, e somente incidem depois de realizada a sua hipótese, uma vez que foram criadas conforme o pensamento humano, gerando um efeito disciplinador condicionando à realização de uma hipótese (MIRANDA: 1954).

Diante desse contexto, conclui Alfredo Augusto Becker que o jurídico consiste numa realidade espiritual, e toda a fenomenologia jurídica existe e desencadeia-se no mundo do pensamento, que faz parte do mundo em sua totalidade. Entretanto, conectam-se com os fatos do mundo perceptível, sendo toda prova de direitos uma prova dos fatos que a antecedeu (BECKER: 2010).

A partir desse raciocínio, pode-se elencar a estrutura lógica da norma jurídica, em que a mesma sistematização é seguida pela norma jurídica tributária, decompondo-a em duas partes: a) a hipótese de incidência (denominada como o fato gerador); e b) a própria norma (denominada como regra, ou também, regra de conduta, preceito) (BECKER: 2010). A partir dessa classificação, como seria a formação da obrigação tributária? Tendo definido sua estrutura lógica, composta da hipótese de incidência e a própria norma, Becker passou a analisar a norma jurídica em sua estrutura dinâmica, verificando que ocorre o seguinte:

a) *Realização da hipótese de incidência (fato gerador)*: a hipótese deixa de ser hipótese e concretiza-se, tendo em vista que se realizou pelo acontecimento dos fatos nela previsto.

b) *Incidência da norma jurídica sobre a hipótese de incidência (fato gerador) realizada*: a incidência da norma jurídica tributária somente ocorre depois de realizada a hipótese de incidência, ou seja, com a concretização de seus efeitos.

c) *A juridicização da hipótese de incidência (fato gerador)*: com a incidência da norma jurídica, o fato gerador concretizado juridiciza-se.

d) *A Irradiação dos efeitos jurídicos (eficácia jurídica)*: ocorrem, com a juridicização, a consequência predeterminada pela norma jurídica, ou seja, pela conduta contida dentro da norma. Forma-se a *estrutura lógica da norma jurídica tributária*. Os efeitos jurídicos decorrentes da irradiação podem, por sua vez, ser assim explicitados:

d.i) *Irradiação da relação jurídica*: vincula-se o polo positivo (sujeito ativo) ao polo negativo (sujeito passivo).

d.ii) *Irradiação do conteúdo jurídico da relação jurídica*: direito à prestação com o correlato deve de prestá-la.

d.iii) *Determinação da prestação jurídica*: o fazer ou não fazer, no seu devido tempo e lugar.

d.iv) *Determinação do objeto da prestação jurídica*: aquilo que deve ser feito ou não deve ser feito. Para se obter a determinação do objeto da prestação jurídica tributária, a própria norma define:

d.iv.i) o elemento dentre os múltiplos que integram a composição da hipótese de incidência, que deverá servir de *base de cálculo*;

d.iv.ii) o *método*, que consiste no peso ou medida ou valor para converter a base de cálculo em cifra;

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

d.iv.iii) a *alíquota*, que, uma vez calculada sobre a base de cálculo já convertida em cifra, dará como resultado uma segunda cifra, a qual corresponde à grandeza do objeto (tributo) da prestação jurídica tributária.

e) Finalmente, a extinção da irradiação da relação jurídica (d.i) e, também, da irradiação do conteúdo jurídico da relação jurídica, mediante a realização da prestação jurídica.

Porém, deve ser ressaltado que os efeitos jurídicos elencados nos itens “c”, “d” e “e” correspondem a consequências prescritas pela norma, que, conjuntamente ao fato gerador, compõem a estrutura lógica da regra jurídica (BECKER: 2010).

Portanto, a norma jurídica tributária contém a determinação dos casos em que se cumprir determinada obrigação (pagar um tributo); as pessoas obrigadas a cumpri-la (sujeitos ativos<sup>4</sup> e passivos<sup>5</sup>); a sua quantia; e os modos e a forma como a obrigação tributária deve ser liquidada e cumprida, sendo matéria regulamentada pelo Estado moderno no ordenamento jurídico com disposições imperativas, e cuja observância vinculam tanto os contribuintes como os órgãos estatais (GIANNINI: 1957). E o próprio conceito de tributo para o ordenamento jurídico brasileiro demonstra suas características.

Conforme estabelecido no artigo 3º do CTN, tributo consiste “em toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Ou seja, tributo pode ser considerado um dos recursos oferecidos ao Estado para se obter os meios pecuniários necessários ao desenvolvimento de suas atividades, pertencente, assim, aos fenômenos das finanças públicas e sendo objeto de estudo por parte da ciência ou das ciências que se ocupam delas (JARACH: 1989).

Mas, ao mesmo tempo, não pode o tributo ser afastado dos demais recursos estatais em razão de suas características jurídicas, resultando de uma prestação coativa por parte dos particulares ao Estado e resultado da relação jurídica formada entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação, ou seja, uma relação obrigacional de direito público, estritamente vinculada à lei (NOGUEIRA: 1974). Assim, pode-se afirmar que o fundamento jurídico da relação jurídica-tributária se fundamenta exclusivamente na lei (BLUMENSTEIN: 1954), corroborando o entendimento exposto no ordenamento jurídico brasileiro, que defende, no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse contexto, a relação jurídico-tributária corresponde aos anseios do direito público, manifestando-se pelo poder de império do Estado (FONROUGE: 1973). Entretanto, o próprio Estado não poderá atuar discricionariamente, sendo condicionado o respeito às disposições legais (princípio da legalidade), razão pela qual pode ser atribuída à relação jurídico-tributárias as características de uma obrigação *ex lege* (BUJANDA: 1966). Para que exista a formação da obrigação tributária, segundo Ruy Barbosa Nogueira, utilizando-se uma analogia de Hensel, faz-se necessário, de maneira semelhante à um espelho, que se reflita o retrato da relação de fato, ou

<sup>4</sup> O sujeito ativo, conforme texto do art. 119, CTN, é aquela pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Município e Distrito Federal) que seja titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária. Enquanto a competência é indelegável, o mesmo não ocorre quanto as funções de arrecadar, fiscalizar, executar leis e serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária (conf. art. 7º, CTN).

<sup>5</sup> No Direito Tributário, o sujeito passivo tributário pode ser contribuinte ou responsável tributário (art. 121, CTN). Será contribuinte se mantiver relação pessoal e direta com o fato gerador (art. 121, I, CTN), por sua vez, será responsável se, sem manter a qualidade de contribuinte, a lei o obriguei a cumprir a obrigação tributária.

seja, o espelho (a lei) pode existir, mas somente refletirá a imagem do fenômeno tributável quando este estiver na sua frente. E, assim, se não houver o espelho, também não haverá o reflexo do fenômeno tributável, inexistindo a formação da obrigação tributária (NOGUEIRA: 1974). Deve-se ressaltar, entretanto, que o próprio Alfredo Augusto Becker defende não existir uma norma jurídica para a hipótese de incidência, outra para a própria norma, outra para a base de cálculo, outra para a alíquota, e assim sucessivamente. Todos esses elementos compõem a mesma estrutura lógica de uma única norma jurídica, resultado de diversas leis ou artigos de leis (BECKER: 2010).

Finalmente, a norma jurídica não pode ser confundida com a lei; a norma jurídica é resultante da totalidade do sistema jurídico formado pelas leis. A norma jurídica não é lei, conquanto lei seja norma jurídica, ou seja, o gênero norma jurídica envolve as espécies de lei, além das formas consuetudinária, jurisprudencial e doutrinária (VASCONCELOS: 2006). Toda e qualquer norma jurídica, dentre as quais inclui-se a tributária, tem como estrutura lógica a própria norma e a hipótese de incidência (também denominada de fato gerador). A incidência da norma jurídica somente ocorre depois de realizado o seu fato gerador, e as consequências desta incidência são aquelas predeterminadas pela norma. Discutiu-se como se dão os efeitos da incidência na norma, formando, assim, a obrigação tributária.

Dispõe o Código Tributário Nacional (CTN) de 1966, em seu artigo 114, que o “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. E, ainda, em seu artigo 115 estabelece que o fato gerador “da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal”. Entretanto, a legislação tributária ainda prevê o fato gerador em outros dispositivos. No artigo 113, parágrafo 1º, o CTN defende que a “obrigação tributária é principal ou acessória”, com a principal surgindo com a ocorrência do fato gerador, e tendo por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e extinguindo-se juntamente com o crédito dela decorrente.

A conceituação do CTN apresenta-se como ampla e dispersa, não possibilitando que se identifique o verdadeiro sentido do fato gerador. Mas, ao mesmo tempo, concede elementos suficientes para que se possa formular um conceito de fato gerador a partir da doutrina. Antes de tudo, deve ser analisado o conceito legal em minúcias, a fim de que se busque retirar-lhe todas as informações possíveis no auxílio de uma definição de fato gerador. Quando o artigo dispõe “é a situação definida em lei”, exprime o respeito ao princípio da legalidade, um dos alicerces do Sistema Democrático de Direito e de singular relevância para o Direito Tributário (CABRAL: 2010). A própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – CRFB/88, em seu artigo 150, incisos I e III, alínea “a”, tratou de elencar o princípio da legalidade a uma limitação ao poder de tributar, quando afirma que nenhum ente da federação, seja a União, Estados-membros, Distrito Federal ou os Municípios, podem exigir ou aumentar tributo sem lei que os estabeleça. Esse mesmo princípio encontra respaldo na legislação ordinária, nos artigos 3º e 97 a 100 do CTN.

Cumprido ressaltar, ainda, que a fórmula geral “nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça” foi parafraseada a partir dos pensamentos de Feuerbach, ao elaborar o aforismo *nullum tributum sine lege*, mediante o qual a teoria da reserva da lei tributária encontra uma simplificação formal (VASCONCELOS: 2006). Dessa maneira, portanto, encontra-se o fenômeno da redução da juridicidade ao campo da legalidade. Há de se afirmar, ainda, que a previsão legal do fato gerador é a descrição minuciosa da situação fática que indicará o correto exercício de competência do ente federativo (sujeito ativo) e o tributo ao qual se obriga o indivíduo (sujeito passivo), enquadrado nessa situação. E é a descrição legal do fato gerador que

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

determina a espécie tributária, sendo um indicativo de exercício de competência (BALEEIRO: 2007).

A descrição da situação na lei é *fundamental* para que se concretize (e afirme-se ter concretizado) o fato gerador do tributo. É, para tanto, que, dando prosseguimento, o conceito do artigo 114 do CTN coloca a expressão “como necessária”, dando a entender, mais uma vez, a força do princípio da legalidade no Direito Tributário. Esse é o mesmo entendimento de Ana Rita Nascimento Cabral, quando defende que é vital a existência de lei impositora e reguladora no meio tributário, trazendo essa lei a definição pormenorizada da situação a que se pretende imputar o dever obrigacional, ou seja, reforça-se o entendimento de que a lei tributária irá condicionar a concretização do fato gerador (CABRAL: 2010). Segue o mesmo posicionamento Sacha Calmon Navarro Coêlho, quando afirma que o fato gerador deve ser descrito em lei (*lex scripta e stricta*) em razão do princípio da legalidade, e que deve, mais ainda, ser minuciosamente descrito (seria o princípio da especificação) para evitar ao intérprete ou ao aplicador da lei entendimentos dilargados ou contraditórios a seu respeito, gerando insegurança (princípio da segurança jurídica) e incerteza para o contribuinte (COELHO: 2006).

Finalmente, quando o artigo 114 dispõe “e suficiente à sua ocorrência”, estabelece que a situação definida em lei é o suficiente para que, na fenomenologia, o fato não seja um mero fato, mas sim um fato capaz de fazer surgir, no momento de sua concretização, uma relação obrigacional, um dever para um (sujeito passivo, o contribuinte) e um direito para outro (sujeito ativo, o Poder Público).

E o disposto do *caput* do artigo 113, e o artigo 115, transcrito anteriormente? Trata o texto legal da obrigação acessória, que consiste no cumprimento de prestações, positivas ou negativas, relacionadas ao interesse do Estado de arrecadas ou fiscalizar tributos, ou seja, consiste numa obrigação de fazer, não fazer ou tolerar, sendo uma imposição ao indivíduo (CABRAL: 2010). O seu fato gerador se concretiza na situação que, prevista em lei, impõe ao indivíduo a prática ou abstenção de determinados atos que não configurem o pagamento de tributo ou de pena pecuniária.

Conforme previsão do CTN, a identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal; a fixação dos conceitos de incidência, não incidência e isenção; a determinação do sujeito passivo da obrigação tributária; a determinação do regime jurídico da obrigação tributária (alíquota e base de cálculo); a distinção dos tributos em gênero e dos impostos em espécie, entre outros, consistem nas virtudes oriundas do conhecimento desprendido do estudo do fato gerador iniciado a partir do seu conceito (FALCÃO: 1997).

Da mesma maneira seguem os ensinamentos de Alfredo Augusto Becker, uma vez que, para ocorrer a relação jurídica tributária é necessário que, anteriormente, tenha ocorrido a incidência da norma jurídica tributária sobre o fato gerador, e, assim, irradiado a relação jurídica tributária. Critica o autor, porém, a expressão “fato gerador”, uma vez que esta geraria confusão intelectual (BECKER: 2010). Também propondo a utilização do termo hipótese de incidência, ao invés de fato gerador, Geraldo Ataliba afirma que a lei sempre descreve um fato, atribuindo-lhe, se e quando acontecido, a força jurídica de criar o vínculo obrigacional tributário, porque, segundo lições de Dino Jarach, Amílcar Araújo Falcão, dentre outros, a situação posta como hipótese de incidência é sempre um fato. Mas, registre-se, um fato jurídico, fato de que decorrem efeitos jurídicos, por disposição do sistema. Ambos os autores alegam que a impropriedade de expressões pode levar a falsas conclusões acerca de uma teoria ou doutrina, provocando prejuízos com base naquele fundamento (ATALIBA: 1991). Portanto, o fato gerador da obrigação tributária pode ser conceituado como sendo o fato, o conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica tributária de pagar um tributo determinado (FALCÃO: 1997). O mesmo posicionamento pode ser encontrado em Ana Rita

Nascimento Cabral, quando defende ser o fato gerador todo aquele fato que, eleito pelo legislador e posto como uma norma, tem aptidão para ocorrer no mundo, uma vez que sem lei seria um fato irrelevante ao meio jurídico tributário. Este fato juridicizado na figura do fato gerador é que gera para o indivíduo nele enquadrado, de modo eficiente, uma obrigação a ser cumprida dentro de um dado espaço e em um certo tempo (CABRAL: 2010).

Assim, pode-se afirmar que toda e qualquer norma jurídica, dentre as quais inclui-se a tributária, tem como estrutura lógica a própria *norma* e a *hipótese de incidência*, e que a incidência da norma jurídica somente ocorre *depois* de realizado o seu fato gerador, com as consequências desta incidência sendo aquelas predeterminadas pela norma. Com a concretização do fato gerador, forma-se a obrigação tributária, gerando um dever para o sujeito passivo direto (contribuinte) ou indireto (responsável) e um direito ao sujeito ativo (o Poder Público). E, com o surgimento da obrigação tributária, a Administração Pública efetua ou homologa o lançamento do tributo, tornando líquida e certa a obrigação, consubstanciando-se o crédito tributário. Somente nesse momento se colocará o tributo enquanto devido (após sua formalização e eventual reconhecimento) no mundo jurídico. Neste momento, pode-se falar em existência de um crédito tributário formalizado em favor do Estado, e de um dever jurídico formalizado de pagamento por parte do contribuinte. Para aquele, nasce um direito subjetivo ao recebimento, para este um dever jurídico ao pagamento (ATALIBA: 1999; CARRAZA, 2010; CARVALHO: 2013).

É a partir do descumprimento de uma obrigação tributária, primordialmente aquela de natureza acessória, que se gera, por si só, a obrigação de pagar penalidade pecuniária (multa tributária), conforme disposição do art. 113, §3º, do CTN. Neste ponto, surge o Direito Tributário Penal, ramo do Direito Tributário, especializado no tratamento jurídico do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, tendo como objeto as infrações de caráter administrativo. Todavia, algumas condutas são escolhidas pelo legislador como infrações mais danosas, e, para tanto, serão consideradas como crimes, em decorrência de sua relevância para a sociedade. O não pagamento doloso de tributos ou o descumprimento de obrigações acessórias, em determinadas condições, portanto, foram eleitas pelo legislador como crimes, e nasce o Direito Penal Tributário, ramo do Direito Penal, que estuda especificamente os denominados crimes tributários (SCHOUERI: 2012).

Os crimes tributários encontram regulamentação na Lei de nº. 8.137, de 27 de dezembro 1990, primordialmente nas disposições dos artigos 1º, 2º e 3º. Também, no Código Penal, enquanto norma geral aplicável à esfera criminal, os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP) se encaixam nessas categorias. Conforme o art. 1º, da Lei de nº. 8.137/1990, constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, contribuição social e qualquer acessório, por intermédio das condutas previstas nos incisos I a V<sup>6</sup>, com pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa. Todos os incisos consistem em um único crime. A materialidade é o não pagamento doloso, integral ou parcial, de tributo devido, diante de qualquer uma das condutas previstas no dispositivo.

---

<sup>6</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

O “tributo devido” é aquele que estreme de dúvidas, ou seja, o qual já se encontra devidamente constituído, sem mais possibilidades de discussão na seara administrativa<sup>7</sup>. Além disso, ao tratar de crime sem previsão culposa, resta que o ato de supressão ou redução de tributos deve ser doloso, com a intenção do agente em furtrar os cofres públicos. O texto do art. 2º, por outro lado, segue diretriz semelhante, e afirma ser este crime da mesma natureza<sup>8</sup>. Neste, a supressão ou redução do tributo não é necessária. A mera prática de uma das condutas previstas (crime formal) já materializa o crime. O art. 3º, por sua vez, trata de crimes funcionais contra a Ordem Tributária, vez que praticados por agentes públicos em desfavor da Administração Pública. Estes crimes não serão objetos de estudo neste trabalho, vez que se referenciará tão-somente os crimes em que a extinção da punibilidade pelo pagamento possa ser realizada, razão que justifica a ausência de explicitações sobre este dispositivo.

Com relação aos crimes de apropriação indébita previdenciária e o de sonegação de contribuição previdenciária (art. 168-A e 337-A, respectivamente, do Código Penal), o tratamento é diferente. Ambos são previsões insertas na norma geral criminal pela Lei de nº. 9.983, de 14 de julho de 2000.

Para a apropriação indébita previdenciária, é considerado crime deixar de repassar, dolosamente, ainda que sem fraude, à Previdência Social, as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. O bem jurídico protegido é a Previdência Social (conf. art. 201 da CRFB/88), que, conjuntamente com a saúde e a assistência social, integral o que se denomina como Seguridade Social. Entretanto, a infração também protege a Ordem Tributária, em aspecto arrecadatório da Previdência ou na preservação da livre-concorrência. O dispositivo previsto no caput do art. 168-A comina as penas de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, e aplicou ao Código Penal o crime que era definido no art. 95, alínea “d”, da Lei de nº. 8.212/1991, sem qualquer solução de continuidade. Nesse quesito, não há como defender-se a corrente doutrinária que aplica a tese do *abolitio criminis*, vez que o mesmo fato continua tipificado na nova lei, apenas com algumas modificações em sua redação, e, inclusive, ainda que a previsão da pena experimentou sensível redução em seu período máximo, de 6 (seis) para 5 (cinco) anos, o núcleo central do crime permaneceu intacto (HARADA: 2014).

O infrator é todo aquele que, sem revestir a condição de contribuinte (sujeito passivo direto e imediato), retém na fonte as contribuições devidas por trabalhadores, empregados ou não, para oportuno recolhimento aos cofres da Previdência Social. Portanto, o foco central da norma está no responsável tributário, nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso II c/c 128 do CTN. Enquanto isso, o sujeito violado será a própria Previdência Social, que deixa de receber o repasse das contribuições previdenciárias retidas na fonte, bem como qualquer pessoa que teve contribuição descontada e não repassada para a Previdência, como os casos de aposentadoria, que já não mais conta com tempo de filiação, mas com tempo de contribuição, a partir das disposições da Emenda Constitucional de nº. 20/1998, que modificou o texto do art. 201, §7º, inciso I da CRFB/88.

Reitere-se, ainda, que a consumação do crime se dá quando ocorre a ausência de repasse dos valores das contribuições sociais, que comportam em fragmentação. Portanto, o crime ocorre quando o agente deixar de repassar à Previdência Social a contribuição devida e retida, nos momentos definidos em lei ou convenção – o que inviabiliza a sua modalidade tentada. Entretanto, deve-se priorizar o dolo específico da conduta, vez que, se a mera ausência de

<sup>7</sup> Trata-se, neste quesito, do que a doutrina de Direito Penal denomina como “crime material”. Há necessidade de comprovação do resultado. Nos crimes contra a ordem tributária do art. 1º, o resultado (ou seja, a materialidade) do crime se perfaz através do não pagamento integral ou parcial do tributo devido. O entendimento é sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante nº 24.

<sup>8</sup> Afirmar tratar o art. 2º de “crime da mesma natureza” é entendê-lo também crime contra a Ordem Tributária. Conf. BITENCOURT; MONTEIRO: 2013.

recolhimento do tributo no prazo legal fosse considerada como crime, ocorreria, na verdade, um sancionamento legal da prisão por dívida, medida estritamente proibida no Brasil (MACHADO: 2009). Por sua vez, o crime de sonegação previdenciária é tipo específico daquele previsto no art. 1º da Lei de nº. 8.137/1990, mas em relação à contribuição social previdenciária. O bem jurídico protegido também é a Previdência Social, diante da necessidade de supressão ou redução (como ocorre na sonegação fiscal) (BALTAZAR JUNIOR: 2014).

Em que pese a discussão sobre o objeto de proteção desses crimes contra a Ordem Tributária, é majoritário o entendimento de que o segmento é resguardado por normas jurídicas direcionadas à tributação, e a formalização dessas infrações enquanto crimes devem, por muito, afastar disposições que violem o equilíbrio jurídico definido pela norma impositiva tributária. Contudo, trata-se de bem jurídico mediato e imaterial, que é considerado como mera justificativa legislativa, e, na verdade, o que se protege, na prática, é a estabilidade (ou, em termos mais adequados, o processo de arrecadação) do sistema tributário (RODRIGUES: 2011).<sup>9</sup> A proteção promovida pela consideração dessas infrações enquanto crime recai, portanto, sobre o patrimônio da Fazenda Pública, que se concretiza na arrecadação tributária.

Torna-se relativamente estranho que a o pagamento do tributo devido seja causa suficiente para garantir uma eventual extinção da punibilidade do agente em relação ao crime tributário. Na verdade, o pagamento é uma das formas primordiais – senão a principal – de extinção do crédito tributário e, para o Direito Tributário em si, permitirá a resolução do problema da ausência de cumprimento do dever tributário. Contudo, no âmbito do Direito Tributário Penal, essa medida é por deveras problemática – e confusa, na maioria das situações – vez que nem se adequará à seara tributária, e muito menos ao viés da seara penal. Não se trataria do cumprimento e finalização da infração penal, com extinção direta e imediata da punibilidade, mas, outrossim, consubstancia medida de regularização fiscal, que passou a ser considerada como desistência voluntária ou arrependimento eficaz do crime (BITENCOURT; MONTEIRO: 2013).

A norma, por sua vez, tem um viés indutor relevante. Atrai o agente, por intermédio de uma aparente vantagem econômica, social e financeira, e direciona-o, mais uma vez, para a legalidade (LÁNZ: 2013). Entretanto, há quem defenda que a extinção da punibilidade pelo pagamento apresenta vantagens específicas não para o agente em si, mas para o Erário, como a indução pagamento das obrigações tributárias<sup>10</sup> (MACHADO: 2002). Mas isso decorre, em verdade, da aplicação do crime tributário como terrorismo penal, vez que, ao perceber-se que o Sistema Tributário Nacional não é justo<sup>11</sup>, não há incentivo para o contribuinte contribuir espontaneamente com suas obrigações (MACHADO, 2009). Em verdade, conforme indicam pesquisas empíricas, não há correlação entre arrecadação e a regularização fiscal (BITENCOURT; MONTEIRO: 2013).

O tema, conduto, não é novo no ordenamento brasileiro, e havia sido previsto em diplomas anteriores, mas a existência do dispositivo reforça sua aplicação. A Lei de nº. 4.729, de 14 de julho de 1965, em seu art. 2º, inovou à época, ao permitir a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal, quando recolhido o tributo antes do início, na esfera administrativa, de ação fiscal própria. Em seguida, a Lei de nº. 5.498, de 9 setembro de 1968, em seu art. 1º, foi

<sup>9</sup> Como bem afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, inclusive, em relação a extinção da punibilidade pelo pagamento a qualquer tempo, é apenas uma forma reforçada de execução fiscal (STF, HC 81929/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 27/02/2004).

<sup>10</sup> Ainda que se afirme tratar do caráter utilitarista do crime tributário, é hipocrisia negá-lo. Afinal, é para compelir o pagamento do tributo que se realizou a criminalização do ilícito tributário. (MACHADO: 2002)

<sup>11</sup> A questão da justiça do sistema tributário, na verdade, passa por uma questão de senso subjetivo. Contudo, é certo que quanto mais um cidadão perceber o sistema injusto (ou pelo menos em seu desfavor pessoal), menos incentivo terá em pagar espontaneamente seus tributos (LEVI: 1998)

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

além: concedeu a extinção da punibilidade com o pagamento somente da primeira parcela de parcelamento concedido. Seguiu-se a já mencionada Lei de nº. 8.137/1990, em seu art. 14, com a extinção da punibilidade com o pagamento do tributo e acessórios, mas desde que feito antes do recebimento da denúncia. Este dispositivo foi revogado pela Lei de nº. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, mas, desde sua entrada em vigor até 1995, existiu um vácuo legislativo, em que o pagamento do tributo era considerado tão somente causa de diminuição de pena. Somente em 26 de dezembro 1995, a Lei de nº. 9.249/95 trouxe disposto, no art. 34, a extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei de nº. 8.137/1990, e na Lei de nº. 4.729/1965, mas desde que o agente promovesse o pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia.

Finalmente, o art. 9º, §2º da Lei de nº. 10.864/2003 – Norma responsável pela extinção da punibilidade pelo pagamento dos crimes do art. 1º e 2º da Lei de nº. 8.137/1990, bem como dos arts. 168-A e 337-A, do Código Penal – fez referência à extinção da punibilidade pelo pagamento, mas sem qualquer ressalva sobre o momento de ocorrência deste mesmo pagamento. Pode-se afirmar, portanto, que o pagamento do crédito tributário em sua integralidade (principal e acessório) é suficiente para se extinguir a punibilidade do agente, e, como não existe qualquer contraponto com as legislações anteriores, mas somente em referência à legislação vigente à época do crime, a posição segue consolidada nos tribunais brasileiros.

Não se desconhece a questão do parcelamento do crédito tributário como medida capaz de suspender ou até extinguir a punibilidade dos crimes tributários. Todavia, para fins deste trabalho, e visando focar o tema tão somente na medida da extinção pelo pagamento integral, optou-se por não adentrar nesta seara. Tomadas estas premissas sobre os crimes tributários e sobre a extinção da punibilidade, calha partir para segundo momento do trabalho, com a análise de entendimentos do Supremo Tribunal Federal – STF, e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, os quais também devem ser considerados para fins de análise comportamento dos agentes.

### **3. A Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária nos Tribunais: Posições do STF e do STJ Entre Convergências e Divergências.**

As posições adotadas pelo STF e pelo STJ se fazem necessárias quando da análise da extinção da punibilidade nos crimes contra a Ordem Tributária, vez que são estes que dão a última palavra em matéria de constitucionalidade legislativa (conforme disposição do art. 103, CRFB/88) e, no caso, de interpretação de leis federais (nos termos do art. 105, CRFB/88). Por outro lado, ainda que o entendimento jurisprudencial nas Cortes superiores deve ser considerado antes de qualquer tomada de decisão que envolva matéria jurídica, a experiência de julgados essenciais demonstram uma série de convergências e divergências.

A temática foi elemento central de levantamento da jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais – TRF, realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, em pesquisa quantitativa e qualitativa. No período entre 1990 e 2006, percebeu-se que 70% (setenta por cento) dos julgados do STJ referentes a crimes tributários eram relacionados com o prosseguimento ou extinção do procedimento penal. Desse valor, 14,9% (quatorze inteiros e nove centésimos por cento) referiam-se à extinção da punibilidade pelo pagamento ou pelo parcelamento do tributo. (MACHADO; MACHADO: 2009). O tema, portanto, além de já ser debatido na jurisprudência, também é de relevância numérica nos tribunais.

Para melhor análise, é possível delimitar a abordagem desses dados para duas posições distintas: a) a extinção da punibilidade pelo pagamento após a condenação, mas antes do trânsito em julgado<sup>12</sup>; e b) a extinção da punibilidade pelo pagamento após o trânsito em julgado<sup>13</sup>. A

<sup>12</sup> Até o início de 2021, realizou-se a pesquisa com o verbete “crime tributário extinção da punibilidade pagamento condenação”. No Supremo Tribunal Federal, a pesquisa retornou 6 (seis) acórdãos como resultado. No Superior Tribunal de

partir de alguns julgados singulares – selecionados pelo conteúdo relacionado ao debate sobre a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento enquanto elemento central, é possível determinar-se como os tribunais se posicionaram e, a partir daí, delimitar o âmbito de aplicação da Análise Econômica do Direito para expor suas diretrizes em torno da seleção adversa e da teoria da agência. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, julgou a favor do simples reconhecimento da extinção da punibilidade pelo pagamento, e se utilizou, para tanto, de aplicação imediata da norma, acompanhada de precedentes nesse sentido. Cite-se, como exemplo, o seguinte acórdão, referendado no Recurso Extraordinário de nº. 575.071, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, pela Primeira Turma, julgado em 2013:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR QUANTO À VALIDADE CONSTITUCIONAL DA ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA CONFERIDA AO RELATOR PARA, MONOCRATICAMENTE, NEGAR TRÂNSITO A RECURSOS, PEDIDOS OU AÇÕES, QUANDO INCABÍVEIS, INVIÁVEIS OU CONTRÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INSUBSISTÊNCIA DA ARGUIÇÃO. QUESTÕES DE MÉRITO: CRIME TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO DO TRIBUTO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO REATROATIVA DA LEI FEDERAL Nº 10.684/2003. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] **2. A novel legislação penal, que de qualquer modo beneficie o réu – lex mitior -, tem incidência retroativa para alcançar os processos em curso, à vista do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, devendo o juiz, em face dos termos do artigo 61, caput, do Código de Processo Penal, aplicá-la em qualquer fase do processo e, se reconhecer extinta a punibilidade, há de declará-la e de deferir, ex officio, ordem de habeas corpus.** 3. In casu, a Lei Federal nº 10.684/2003, ao se referir a casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, dispôs expressamente em seu parágrafo segundo sobre a extinção da punibilidade dos crimes acima referidos, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, razão pela qual o Tribunal Regional Federal, ante a comprovação do pagamento do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes, declarou a extinção da punibilidade, o que está em consonância com a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 81.828-0/RJ, redator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 27.02.2004, e Habeas Corpus nº 85.452, relator Ministro Eros Grau, julgado em 17.05.2005, iter alia. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 575071 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013) (grifo nosso).

Por oportuno, afirmou o STF que a comprovação do pagamento integral do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes seria suficiente para a extinção da punibilidade, sem maiores realces de elementos comparativos do Direito Tributário Penal ou do próprio Direito Penal Tributário. A aplicação, portanto, se deu de forma objetiva. Ressalte-se, ainda, que o próprio tribunal reconheceu que a incidência da norma prevista na Lei de nº. 10.683/2003, tem caráter retroativo, e alcança, inclusive, processos em curso, aplicável em qualquer fase processual e em que se reconhecerá a extinção da punibilidade, com, inclusive, declarações de sua ocorrência, de ofício, em sede de *habeas corpus*. Por outro lado, reconheceu-se no tribunal que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extinguirá a punibilidade do crime.

---

Justiça, retornou 9 (nove) acórdãos, 604 (seiscentos e quatro) decisões monocráticas e 2 (dois) informativos de jurisprudência.

<sup>13</sup> Até o início de 2021, realizou-se a pesquisa com o verbete “crime tributário extinção da punibilidade trânsito em julgado”. No Supremo Tribunal Federal, a pesquisa retornou 8 (oito) acórdãos como resultado. No Superior Tribunal de Justiça, retornou 9 (nove) acórdãos, 351 (trezentos e cinquenta e uma) decisões monocráticas e 1 (um) informativos de jurisprudência.

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

Portanto, não se discutiu, mais uma vez, qualquer medida a nível de tributário – como da constituição do crédito e sua extinção – ou da própria conduta e sua punibilidade. Essa posição pode ser exemplificada pela Ação Penal de nº. 450, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, de 2015:

ACÇÃO PENAL. EX-PREFEITO E ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA DE INFRAÇÃO AO DECRETO-LEI 201/1967, ART. 1º, III E IX. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EMENDATIO LIBELLI. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO A PARCELA DA APROPRIAÇÃO, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO, EM RELAÇÃO AO MAIS. 1. A apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) prevalece sobre o tipo previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/1967, quando a hipótese versa descumprimento de lei municipal atinente a recolhimento a autarquia previdenciária. 2. Ausência de descrição própria de desvio de renda pública, independente da suposta apropriação indébita, leva à absolvição, sobretudo quando a prova dos autos evidencia não ter havido o suposto fato. Improcedência da denúncia, no ponto. **3. Incide, no caso, o entendimento de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Precedente.** (AP 450, Relator(a): Min. TEORI ZÁVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015) (grifo nosso).

O STF julgou extinta, ainda, a punibilidade do agente por crimes de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) pelo pagamento integral dos tributos, contribuições sociais e seus acessórios após a sentença data pela Suprema Corte, nos termos da Ação Penal de nº. 516:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO-MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. DESCABIMENTO. 1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos). [...] **3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como animus rem sibi habendi (a intenção de**

ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária. 4. Não se presta para a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do art. 9º da Lei 10.684/2003, a juntada de “Recibo de Pedido de Parcelamento da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009”, cuja primeira prestação não foi paga no prazo previsto no referido documento, porque não comprova a efetiva obtenção do parcelamento administrativo do débito fiscal. (AP 516, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 27/09/2010, PUBLIC 20/09/2011) (grifo nosso).

Inicialmente, considerou-se que a extinção da punibilidade pelos crimes tributários somente poderia ocorrer até o momento da condenação. Contra tal entendimento foram opostos Embargos de Declaração, nos quais se alegou o pagamento integral do tributo e de seus acessórios como medida suficiente para a extinção da punibilidade dos crimes tributários<sup>14</sup>. Recebidos os embargos, a divergência foi aberta pelo Ministro Luiz Fux e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli<sup>15</sup>, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. O pedido foi realizado à luz do art. 68, da Lei de nº. 11.941, de 28 de maio de 2009, mas tomando por base o momento da aplicação regido pela Lei de nº. 10.684/2003.

O Ministro Luiz Fux afirma que não há, no dispositivo citado, qualquer consideração sobre restrição de tempo para a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento. No mesmo sentido, invocando jurisprudência daquele Tribunal Superior (HC 81.929/RJE e HC 85.661/DF), considerou que o pagamento do crédito tributário é situação suficiente para a extinção da punibilidade. Entendeu, portanto, não ser a condenação causa suficiente para afastar o benefício legal da extinção da punibilidade pelo pagamento.

Outro caso é o da possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários após o trânsito em julgado. Se é certo que este posicionamento é mais benéfico que o apresentado em tópico anterior – o que poderia justificar a desnecessidade de digressões do item anterior –, também é certo ser sua aplicação mais restrita. Neste ponto, pode-se resumir o entendimento da jurisprudência em dois: aqueles que são a favor, e aqueles que são contra a extinção da punibilidade pelo pagamento após o trânsito em julgado.

Reconhece-se que no STF os dois posicionamentos também são presentes, conforme posicionamentos já apresentados pelo Ministro Dias Toffoli.<sup>16</sup> Contudo, ao que parece, o entendimento majoritário ainda é aquele da AP nº 516/DF. Relevante que neste julgado, e em outros, o Ministro foi expresso em sua defesa de aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento ainda que após o trânsito em julgado da sentença criminal.

Por sua vez, o STJ também se demonstrou atuante na temática de forma controversa. No recurso para habeas corpus de nº. 98.508, proveniente de São Paulo, restou configurado que não há como ser interpretado o art. 9º, §2º da Lei de nº. 10.684/2003, sem considerar que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que tenha ocorrido o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consistirá em causa de extinção da punibilidade do acusado.

<sup>14</sup> Também se discutiu, e sobre isso tomou-se mais espaço do acórdão, sobre a prescrição penal devido a idade do agente. Embora o argumento seja relevante, não é o essencial de nossa pesquisa.

<sup>15</sup> O ministro Dias Toffoli, neste julgado, posicionou-se, ainda, no sentido que mesmo após o trânsito em julgado o pagamento seria causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários.

<sup>16</sup> Cf. RHC nº 128245/SP e HC nº 116.828/SP

**Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento:  
Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **1. É possível o reconhecimento da extinção de punibilidade, mesmo após o recebimento da denúncia, quando existe prova convergente e pré-constituída no sentido da ocorrência do pagamento integral dos tributos devidos. Precedentes.** 2. No caso, as informações prestadas pelo Chefe do Núcleo Fiscal de Cobrança de Marília/SP indicam que, após a inscrição do débito em dívida ativa, foram realizados três recolhimentos, em 13/6/2016, 11/7/2016 e 22/7/2016, suficientes para liquidar integralmente o valor devido. 3. Recurso provido para trancar a ação penal na origem. (RHC 98.508/SP, Relator(a): Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018) (grifo nosso).

O argumento utilizado pelo STJ, a partir de diversos precedentes do próprio tribunal, foi de que será possível o reconhecimento da extinção de punibilidade, mesmo após o recebimento da denúncia, quando existe prova convergente e pré-constituída para a ocorrência do pagamento integral dos tributos devidos. Segue o julgado:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. [...] **2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.** [...] 3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. (HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017).

Ainda em 2018, mas alguns meses antes, o STJ emitiu duas decisões relevantes sobre o papel do pagamento na extinção da punibilidade. Em sede de Habeas Corpus, decidiu que não era justo tratar situações semelhantes de modo distinto, sem que houvesse motivo considerado plausível para tanto. Nesse sentido, defendeu que se fazia necessária a aplicação, no caso concreto, de analogia em favor do réu, conforme a regra do *in bonam partem*, em decorrência do pagamento do tributo sonegado. A punibilidade, no caso, foi considerada extinta:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. NULIDADE. PLEITO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 34 DA LEI N. 9.249/1995 E ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003. HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO DO PAGAMENTO DO TRIBUTO. CRIME DO ART. 293, § 1º, III, "B", DO CP. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. SITUAÇÕES SEMELHANTES. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 4. O delito previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do Código Penal - em que incorreram os pacientes, em razão da conduta de manter em depósito, no exercício de atividade comercial, garrafas de bebida alcoólica sem o selo obrigatório do IPI - está inserido no Capítulo II do Título X do Código Penal, que trata dos crimes contra a fé pública. Apesar disso, observa-se que o bem jurídico tutelado por esse crime não é a fé pública. Trata-se, na verdade, de crime praticado em detrimento apenas da ordem tributária, direcionado tão somente ao

combate à sonegação. 5. Mesmo se tratando de crime exclusivamente praticado em detrimento da ordem tributária, o delito previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do Código Penal não está previsto nas hipóteses de extinção da punibilidade, em razão do pagamento do tributo, trazidas pelos arts. 34 da Lei n. 9.249/1995 e 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Aliás, não poderia ser diferente, já que o crime em apreço foi incluído no Código Penal pela Lei 11.035, de 22/12/2004, ou seja, em data posterior à vigência dos dispositivos anteriormente indicados. **6. Nada obstante, não é justo tratar situações semelhantes de modo distinto sem que exista motivo plausível para tanto. É que onde existir a mesma razão haverá o mesmo direito (ubi eadem ratio ibi idem jus). Assim, faz-se necessária a aplicação, ao caso em apreço, de analogia em favor do réu (in bonam partem).** 7. Por um lado, quem, por suprimir ou reduzir tributo, incorre em pena prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas, a qualquer tempo, paga o tributo sonegado tem sua punibilidade extinta, por aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 ou do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Precedente. [...] 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em relação ao delito previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do Código Penal. (HC 414.879/SP, Relator(a): Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta turma, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018).

Também em 2018, o próprio STJ já decidira que apenas haveria justa causa na persecução penal pela prática da infração prevista no art. 1º da Lei de nº. 8.137/1990 quando ocorrer o lançamento definitivo do crédito tributário, nos termos da Súmula Vinculante de nº. 24, do STF. Para o tribunal, portanto, uma vez ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, que consubstancia a possibilidade de sua exigência, ao tornar a obrigação tributária líquida, certa e exigível, não caberia discussão na esfera cível para obstar o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência do crime contra a ordem tributária, por aplicação objetiva da regra de separação e independência das esferas cível e penal no Brasil.

Entretanto, como não houve o pagamento, não haveria de se falar em extinção da punibilidade, o que, por sua vez, impediria a suspensão da ação penal, já que, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, seria possível a extinção da punibilidade pelo efetivo pagamento do tributo:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. CRIME TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. JUSTA CAUSA. 3. DISCUSSÃO NA SEARA CÍVEL. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 4. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO MESMO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. Somente há justa causa para a persecução penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário. Nesse sentido, é o teor da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art.1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". 3. Ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, eventual discussão na esfera cível não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal. 4. Não tendo havido o pagamento, não há se falar em extinção da punibilidade. Igualmente, mostra-se despicienda a suspensão da ação penal, porquanto, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é possível a extinção da punibilidade pelo efetivo pagamento do tributo. 5. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC

**Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento:  
Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

91.237/SP, Relator(a): Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta turma, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).

Posição semelhante já era adotada pelo STJ em anos anteriores, como a do HC de nº. 362.478/SP, na qual é possível verificar-se que, acerca do trânsito em julgado da sentença condenatória, o tribunal já defendia que, uma vez alcançado o trânsito em julgado da sentença condenatória, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade em decorrência de causa que lhe é superveniente, devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória, e, por consequência, extinta a punibilidade do agente:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, §2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. 2. **Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.** 3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. (HC 362.478/SP, Relator(a): Min. JORGE MUSSI, Quinta turma, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017).

Em outro julgado, o Réu foi condenado pela prática do crime do art. 1º, II, da Lei de nº. 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal. Em situação semelhante ao do item anterior, logo após o trânsito em julgado, o Réu requereu a extinção da punibilidade do crime pelo pagamento integral do crédito tributário.

Em primeira instância, o pedido foi negado. Inconformado, o Réu apresentou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça com o mesmo fundamento, o que também foi negado. Desta decisão, apresentou recurso ordinário em *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, fundamentando na possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento a qualquer tempo – ou seja, mesmo após o trânsito em julgado -, com base no art. 9º, §2º, da Lei nº 10.684/03.

O pedido foi analisado pela Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. No entendimento da Ministra Relatora, o dispositivo trata de pedido de extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado. Refere-se, em seu entendimento, de pretensão punitiva e não pretensão executória. Em citação do julgado do Tribunal de origem, afirmou-se que admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento a qualquer tempo tornaria o processo penal inócuo, mero instrumento de arrecadação, bastando esperar o desfecho do processo para regularizar a pendência tributária. Assim foi ementado:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. **PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º, DA LEI N.º 10.684/03. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.** 1. O art. 9º da Lei n.º 10.684/03 trata da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento, quando se trata de pretensão executória, que é o caso dos autos. 2. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC: 56665 PE 2015/0033022-0, Relator(a): Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015). (grifo nosso)

Curioso que o mesmo Tribunal Superior possua dois entendimentos tão discrepantes. Notório que o primeiro julgado seja oriundo da Quinta Turma daquele Tribunal, e este seja da Sexta Turma. Relevante que em julgado recente, a mesma Sexta Turma, manteve o entendimento, pois “não se desconhece que a jurisprudência considera como causa de extinção da punibilidade do acusado o pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (HC de n.º. 269.546/SP).

Existem situações, entretanto, que o Réu foi condenado pela prática pelo crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal). Após o trânsito em julgado, foi realizado o pagamento integral do crédito tributário. Em primeira instância, o magistrado decidiu que a extinção da punibilidade pelo pagamento se dá somente para a pretensão punitiva, e não para a pretensão executória<sup>17</sup>. Em sede de *habeas corpus*, o entendimento foi mantido, sendo negado o *writ*.

No Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Relatora Laurita Vaz, com força na Lei n.º 10.684/03, art. 9º, §2º, e no HC n.º 180.993/SP, entendeu a questão do momento do pagamento do crédito tributário para fins de extinção da punibilidade é matéria de política criminal. Opção do legislador, portanto, que não cabe ao Poder Judiciário intervir. Restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. **QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI N.º 10.684/2003. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.** 1. O art. 9º, § 2º, da Lei n.º 10.684/2003 estabelece expressamente que da quitação integral do débito tributário pela pessoa jurídica, decorre a extinção da punibilidade, **sem qualquer limitação de tempo**. 2. É entendimento jurisprudencial desta Corte Superior que com o advento da Lei n.º 10.684/03 o pagamento do tributo extingue a punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária. Precedente. 3. Habeas corpus concedido para reconhecer a extinção da punibilidade do ora Paciente, nos autos da ação penal n.º 2005.50.02.001394-7. (STJ - HC: 222480, Relator: LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 25/06/2012) (grifo nosso).

A fundamentação trás garantia para o sujeito passivo sonegador, que terá a opção da extinção da punibilidade a qualquer momento, independente do momento. Embora não tenha sido afirmado expressamente no julgado, reforça-se aqui entendimento do Ministro Sepúlveda

<sup>17</sup> Em Direito Penal, fala-se em dois tipos de pretensões estatais frente ao Réu. A pretensão punitiva e a pretensão executória. A primeira refere-se a pretensão do Estado em investigar e condenar o acusado, ou seja, até o momento do trânsito em julgado. A segunda refere-se à execução da pena cominada em sentença criminal. São dois momentos distintos do processo criminal. (GRECO FILHO: 2010).

## **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

Pertence, já afirmado, que a extinção da punibilidade pelo pagamento trata o crime tributário como uma execução fiscal reforçada.

Como se percebe, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é vacilante em relação ao momento adequado para a extinção da punibilidade dos crimes tributários. Enquanto existem julgados que defendam a extinção somente antes do trânsito em julgado, também se mostram presentes aqueles que a extinção da punibilidade ocorre até mesmo após o trânsito em julgado.

Resta a possibilidade, em todos os casos, ao contribuinte acusado, forte em entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de extinguir a sua punibilidade pelo pagamento mesmo após a condenação (e antes do trânsito em julgado, em alguns casos). Tal posição é relevante, por ser a mais segura, tendo em vista a inquietação da jurisprudência. A possibilidade abre margem para o acusado se eximir do pagamento até a última instância recursal, razão que é obviamente ponderada em sua tomada de decisão.

Este dado será importante no próximo tópico do trabalho, quando se analisará as consequências práticas da extinção da punibilidade pelo pagamento e da jurisprudência aqui citada pela ótica da Análise Econômica do Direito.

### **4. Análise Econômica da Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Casos de Seleção Adversa dos Piores e Risco Moral**

A Análise Econômica do Direito intenta a abordagem econômica para compreender o direito no mundo e o mundo no direito, especialmente através de modelos e técnicas de reducionismo. Não há qualquer perda de cientificidade na utilização de modelos e em técnicas de reducionismo. Tendo em vista a complexidade da realidade, é frequente que cientistas – no caso, juseconomistas – se utilizem de modelos ou reduções simplificadoras para melhor compreensão de fatos da realidade. (GICO JR.: 2012). Não é, como pode se imaginar à primeira vista, renunciar à teoria jurídica em prol da teoria econômica, mas adotar instrumentos desta naquela. Trata de compreender o Direito como um sistema de incentivos. Objetivo que não é metafísico, mas funcional e com finalidade (GODOY: 2005).

Quanto aos pontos principais, pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito se estabelece sobre alguns primados de microeconomia, quais sejam: escassez, incentivos, eficiência, racionalidade maximizadora<sup>18</sup>, estabilidade de preferências e equilíbrio. Cada uma dessas se ressaltará a depender das especificidades da escola econômica a qual o juseconomista se filie. Historicamente, os conceitos que tendem a ser mais aplicados são derivados da Escola de Chicago (SALAMA: 2008; GICO JR.: 2012), bem como o individualismo metodológico, instrumento analítico e sem conteúdo ético, que implica na análise de comportamentos individuais para compreensão de comportamentos coletivos (GICO JR.: 2012).

A AED, portanto, é ferramenta teórica que pode ser aplicada a qualquer ramo jurídico. Embora sejam mais conhecidas suas aplicações em questões de direito privado, nada impede seu estudo em diversos outros ramos, dentre os quais encontra-se a seara do Direito Penal.

No Direito Penal, a análise do comportamento criminoso a partir de princípios econômicos básicos foi notabilizada por Cesare Beccaria<sup>19</sup> e Jeremy Bentham<sup>20</sup>, ainda no século

---

<sup>18</sup> O conceito de racionalidade maximizadora é meramente instrumental, supondo que em uma ação os indivíduos atuaram sempre em seu benefício e com menores custos. Não se está afirmando que os indivíduos, em todas as suas ações, fazem cálculos de custo/benefício, ponderando todas as possibilidades possíveis. Inclusive, tal constatação é impossível. (SALAMA: 2008; GICO JR: 2012).

<sup>19</sup> Em *Dos Delitos e das Penas*, de 1764.

<sup>20</sup> Em *Principles of Penal Law*, de 1788.

XVIII. A ideia era de que a análise racional dos benefícios em cometer o crime é que estimularia o homem à prática de ilícitos. A tese foi desenvolvida posteriormente, com fundamentos mais próximos da seara econômica, na obra de Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*.

Para Becker (1974), a prática do crime é uma escolha racional de custo-benefício realizada pelo infrator. Esta escolha, contudo, depende das circunstâncias sociais e econômicas que cada indivíduo se encontra. Aqueles que se encontrem no topo da pirâmide social e econômica percebem incentivos diferentes daqueles que se encontrem na base desta mesma pirâmide. Além disto, independente da camada social que se analise, sempre deve-se considerar a probabilidade de condenação pelo crime e o efeito dissuasivo da pena. A interação entre estes elementos é que demonstrará o grau de eficiência da política criminal adotada.

A partir da influência do trabalho de Becker (1974), foi realizado um estudo, pelo Ministério Público de Santa Catarina, sobre a efetividade da repressão dos crimes tributários. A pesquisa indica que os valores recuperados pelo combate à sonegação fiscal naquele estado cresceram desde 2014. Ressalta, todavia, que o montante de denúncias apresentadas em relação a crimes tributários ainda é inexpressivo. Conclui, portanto, que a forma de tornar ainda mais efetivo o combate à sonegação é com o incremento da probabilidade de condenação. (CARDOSO: 2016).

Uma das principais críticas que podem ser apontadas para a pesquisa consubstancia-se na desconsideração do tema da recuperação dos tributos através do pagamento espontâneo do tributo com o intuito de extinguir a punibilidade do agente, já que existe a possibilidade de que a fiscalização tributária ineficiente estimularia a prática de sonegação fiscal. A fiscalização tributária eficiente, somada com uma forte pena prisional, seriam os maiores desestímulos ao crime, tal como defende Becker (MACHADO: 2002).

Este entendimento corrobora-se, ainda, e outro estudo econômico empírico sobre a sonegação, em que se percebeu que a assimetria de informação das bases verificáveis pelo Estado (renda, vendas, rendimentos, patrimônio, entre outros) é o principal problema da sonegação, e que ameaça de detecção do crime (auditoria) e a possibilidade real de punição (ou seja, uma fiscalização tributária eficiente) são os principais fatores considerados quando a opção de sonegar (SIQUEIRA; RAMOS: 2005)<sup>21</sup>.

A questão principal, portanto, é se imaginar o que seria uma “fiscalização tributária eficiente”<sup>22</sup>. Sobre o tema, já foram, inclusive, escritas diversas pesquisas empíricas de nível internacional (CHRISTOPOULOS; BASTOS: 2012), bem como de cunho teórico (LIMA: 2015). Nesse sentido, a fiscalização eficiente e a possibilidade real de punição são fatores a serem considerados quando da escolha racional pela sonegação.

Ainda que o pagamento integral sempre extinga a punibilidade do crime tributário, é necessário que, primeiramente, o crime se apresente como real perigo. Se a fiscalização tributária for ineficiente, e poucos crimes sejam realmente investigados, o sujeito passivo optará pela sonegação de todo jeito, vez que a possibilidade de processo criminal é baixa. Caso venha a ser processado, bastaria o pagamento para ver extinta sua punibilidade. Por sua vez, se a

---

<sup>21</sup> Este estudo segue um levantamento da teoria defendida por Allingham e Sandmo (1972), a qual se falará mais em tópico seguinte. Para fins de explanação, estende o estudo para outras teorias que decorreram das dos dois autores, concluindo, por fim, que os modelos teóricos desenvolvidos posteriormente falham por inserirem variáveis de difícil controle ou que não se aplicam em todas as situações de análise.

<sup>22</sup> Quando trata do assunto, nem Machado (2002) e nem Siqueira e Ramos (2005) definem o que entendem por uma “fiscalização tributária eficiente”.

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

possibilidade de punição também for baixa, o incentivo para o cumprimento da obrigação tributária será ainda menor, pois o sujeito passivo não se disporá a renunciar à parte de seu patrimônio para ver afastado investigação e crime que sequer lhe trariam prejuízos. Mesmo que seja processado, caso a possibilidade real de punição seja baixa— ou caso a pena seja insuficiente para dissuadi-lo da prática criminosa – não haverá incentivo algum para cumprir com suas obrigações tributárias.

Ao se considerar a prática do crime como uma atividade racional de um agente econômico, percebe-se que este ponderou, ainda que brevemente<sup>23</sup>, os riscos e benefícios da sua atividade criminosa. A ponderação deve ser feita considerando o benefício do crime, que teoricamente é igual ao suposto ganho menos a pena imposta pela legislação, multiplicada pela possibilidade de denúncia e condenação. Portanto, um aumento teórico na detecção e possibilidade de punição do criminoso resulta em uma redução da quantidade de crimes, visto que o criminoso racional reduz o número de ilícitos praticados, bem como aqueles indivíduos que se veriam tentados a cometer crimes não o fariam, e que corroboram a Primeira Lei da Dissuasão, um paralelo com a Primeira Lei da Demanda<sup>24</sup>. Este é um modelo de crime racional que visa simplificar a análise, mas que possui sua validade, ainda que os crimes aconteçam por diversas variáveis, mas em análises científicas e preciso trabalhar com a regressão de variáveis para melhor compreensão do estudo (COOTER; ULEN: 2010).

Entre as teorias econômicas aplicadas ao Direito, importa no momento conhecer a Teoria da Agência. Teve origem em estudos de diversos autores. Dentro da Análise Econômica do Direito pode-se citar Ronald Coase com *The Nature of Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960), e mais recentemente Eric Posner com *Agency Models in Law and Economics* (2000). Surgiu também importante contribuição para a Teoria em nome de Michael C. Jensen e William H. Meckling (1976), chamado de *Theory of Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* (CARVALHAL; BORDEAUX-RÊGO: 2010).

A teoria pode ser resumida no problema do “principal-agente”. O “principal” é aquele que contrata o “agente” para que este atue em seus interesses. Todavia, os dois normalmente possuem interesses antagônicos. Portanto, há uma relação contratual que visa regular esta relação de forma benéfica para ambos. Este contrato pode ser firmado de forma que minimize os custos do principal, na medida em que facilite os ganhos do agente, bem como através de meios de monitoramento da atuação do agente, garantindo o máximo cumprimento do contrato possível em benefício do principal. As complicações advindas são conhecidas como custos de agência (POSNER: 2000).

Os custos de agência podem ser percebidos em casos de o agente contratado possuir mais de uma função. Também, é comum se imaginar que o principal terá vários agentes (no caso de uma empresa com vários funcionários, por exemplo). Por outro lado, um único agente pode possuir vários principais (caso de um CEO de uma empresa, responsável por vários acionistas). Ainda se pode imaginar a dificuldade em determinar, em uma relação, quem é o principal e o agente. Imagine-se uma parceria de dois advogados, sem qualquer relação hierárquica, onde cada um beneficie diretamente da conduta do outro. Não há como determinar as posições de cada um dos indivíduos previamente (POSNER: 2000).

A relação do principal e do agente possui quatro características essenciais. Primeiro, o agente cria um valor econômico com menos custos que o principal. Segundo, os interesses do agente e do principal são distintos, cada um visando maximizar seus próprios interesses. Terceiro,

<sup>23</sup> A Economia, em regra geral, assume que os indivíduos são racionais maximizadores.

<sup>24</sup> A Primeira Lei da Demanda (ou Lei Geral da Demanda) é a que considera inversamente proporcional a procura de um bem com seu preço no mercado. (COOTER e ULEN, 2010).

o agente pode tomar medidas individuais que o favoreçam as expensas do principal. Quarto, é difícil, caro ou impossível para o principal monitorar integralmente o comportamento do agente. Dá-se atenção a esta última característica, pois trata de questão de assimetria de informação existente entre o agente e o principal. Este não possui todos os dados em relação à conduta e interesses daquele, seja antes, durante ou depois da contratação. Desta forma, para garantir o cumprimento de seu interesse, o principal firma contrato com o agente. Nesta relação, quanto maior for o incentivo dado ao agente no contrato, maior será a indução ao comportamento conforme o interesse do principal. (PINHEIRO; SADDI: 2005)

Foco especial deve ser dado pelo tema proposto neste trabalho. Aqui, trata-se da relação entre o Estado e o contribuinte. Aplicando a Teoria da Agência sem maiores reflexões, ter-se-ia, na posição de principal o contribuinte, e na posição de agente o Estado. Isso porque este quem seria “contratado” para cuidar de utilização do patrimônio daquele *v.g.* os tributos<sup>25</sup>.

A lei pode ser considerada como um “contrato” entre a sociedade (principal) e o cidadão (agente), que, por intermédio de um sistema de incentivos (muitas vezes focado em penalidades), busca alinhar os interesses do indivíduo com o da coletividade (PINHEIRO; SADDI: 2005). O tributo é direito subjetivo do ente político, e, nesse aspecto, estaria o contribuinte administrando interesse da Administração Tributária. Respectivamente, agente (contribuinte) e principal (Estado). Já a extinção da punibilidade pelo pagamento seria incentivo criado pelo principal (Estado) para induzir a cooperação do agente (contribuinte).

Note-se que não se está ignorando também a possibilidade de se considerar uma relação principal-agente entre um acionista e um funcionário/empresa responsável pelo pagamento dos tributos empresariais, tendo em vista que seria comum se imaginar que o funcionário/empresa recebesse incentivos pela diminuição de custos tributários, seria também comum se imaginar que para tanto ele se utilizasse de condutas fraudulentas para obter maior vantagem tributária em benefício da empresa. Neste caso, seria possível se imaginar um contrato em que o funcionário, na posição de agente, absorvesse a responsabilidade econômico-financeira de uma conduta fraudulenta<sup>26</sup> (CROCKER; SLEMROD: 2005).

O problema da assimetria de informações foi apresentado por George A. Akerlof, em *The Market for Lemmons: quality uncertainty and the market mechanism* (1970). Tratou da assimetria informacional entre compradores e vendedores de carros usados. Explicitou o *lemon's market* onde vendedores de carros usados em péssimo estado (os chamados *lemons*) maquiavam, de má-fé, os automóveis para que pareçam de ótima qualidade. Se estes vendedores conhecem melhor sobre os carros que estão vendendo do que os compradores, é de se esperar que os vendedores tomem vantagem destes dados e vendam os carros como se fossem novos. Sem conhecimento técnico específico, os compradores acreditarão nos vendedores de má-fé, proliferando-se vendas de carros de péssima qualidade por preços de carros novos. Por sua vez, outros vendedores de boa-fé, que cuidam com zelo de seus automóveis, optarão por não os venderem, visto que não estarão obtendo vantagem alguma em comparação com os vendedores de má-fé. Em consequência, só restarão os carros de péssima qualidade, maquiados como de boa qualidade. Na teoria econômica, este modelo ficou conhecido como seleção adversa e se utiliza do vendedor contratado (agente) e do comprador contratante (principal) (AKERLOF: 1970).

---

<sup>25</sup> Note-se que este raciocínio não está de todo errado. A Teoria da Agência foi desenvolvida para tratar de relações ente particulares. Não foi, inicialmente, seu objetivo tratar de relações entre o Estado e o cidadão. Daí a importância de se explicitar que, para este trabalho, a ordem de aplicação da teoria deve ser “invertida”.

<sup>26</sup> Não a responsabilidade tributária. Como se percebe do art. 123 do CTN, contratos particulares não são oponíveis à Fazenda Pública para fins de alterar a responsabilidade tributária legalmente prevista.

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

A seleção adversa ocorre antes da contratação, e causa distorções, no mercado de bens ou serviços transacionados (MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO: 2001). A consequência, no exemplo acima, é que todos os carros serão vendidos pelo mesmo preço no mercado, independente de sua condição e estado de preservação (lembre-se: o comprador não sabe a diferença). Isso resultará em decisões racionais dos vendedores de carros em bom estado em não mais venderem seus automóveis, saindo do mercado de venda de carros. Afinal, o cuidado que tiveram com o veículo não será devidamente recompensado, sendo irracional vender o automóvel pelo mesmo preço de um carro em péssimo estado. Portanto, tenderá a proliferar a venda de carros em péssimo estado (os *lemons*).

O raciocínio pode ser facilmente capturado para a análise da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes contra ordem tributária. Se a relação principal-agente for, seguidamente, preenchida pelo Estado (principal) e pelo sujeito passivo (agente), o Estado (principal) possuirá menos informações que o sujeito passivo (agente) em relação a conduta de pagar ou sonegar. Quando se abre, pela legislação (a “contratação”), a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento, qual o tipo de conduta que se pode esperar? Sendo possível o pagamento, a opção é racionalmente melhor.

Se restou superada pela jurisprudência do STF e do STJ a questão do momento do pagamento do tributo para a extinção da punibilidade do agente até a condenação, pode-se defender, inclusive, a possibilidade de pagamento após o trânsito em julgado. A questão é que sendo provado que o contribuinte realmente praticou crime tributário, o pagamento sempre será ponto a ser considerado. Como a Lei nº 10.684/03, em seu art. 9º, §2º, não considera qualquer outro requisito além do pagamento integral, este benefício pode ser utilizado inúmeras vezes sem qualquer prejuízo. Em situação real, é fácil imaginar que o contribuinte, antevendo a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento, opte por um financiamento indireto de suas atividades através de uma “sonegação racional”. A ideia já foi trabalhada quando se considerou o custo de empréstimos no Brasil em face de uma decisão racional de sonegação, onde chegou-se a mesma conclusão: em alguns casos, a decisão mais eficiente para o contribuinte brasileiro é sonegar (PLUTARCO: 2012).

Para este raciocínio, relevante apresentar primeiro modelo de decisão de sonegação desenvolvido. Trata-se de modelo em que se baseia na conduta do contribuinte em declarar ao Estado sua renda, seja integralmente ou parcialmente (sonegação), bem como sua propensão ao risco. Os únicos parâmetros considerados são a punição e a probabilidade de detecção pelo Estado. Este modelo nada mais é do que uma evolução da teoria de Gary Becker já acima resumida, mas aplicada a evasão fiscal e aos crimes tributários. A possibilidade de detecção é um dado inconstante, e depende da estrutura do ente tributante, da qualidade do agente, da atualização dos seus dados na repartição fiscal, da movimentação econômica do contribuinte, entre outros<sup>27</sup> (ALLINGHAM; SANDMO, 1972).

Considere-se o valor atual para que a Procuradoria da Fazenda Nacional intente as Execuções Fiscais Federais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), segundo Portaria do Ministério da Fazenda de nº. 75/2012<sup>28</sup>. Sendo que em caso de crime de sonegação fiscal, a multa tributária

<sup>27</sup> Vale ressaltar que não foram encontrados quaisquer dados sobre a probabilidade de fiscalização pela Receita Federal. Contudo, há valor de referente ao número de Representações Fiscais para Fins Penais expedidos em 2016. De todas as ações fiscais de fiscalização encerradas, 2437 (27,05%) resultaram em aparente crime de sonegação fiscal. (RFB, 2017). Não se adotou este número como parâmetro para probabilidade de fiscalização por não haver demonstração de sua metodologia.

<sup>28</sup> Este valor não foi escolhido aleatoriamente. A jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores decidiu que o princípio da insignificância é aplicado integralmente aos crimes tributários. Neste aspecto, o patamar de valor escolhido foi o citado no texto. Ou seja, é necessário que se trate de crime tributário em que a dívida seja, pelo menos, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para que se fale em início de processo criminal (STF - HC 126191/PR)

pode chegar até 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do tributo<sup>29</sup>. Conclui-se que ao falar de crimes tributários, seria necessário que o contribuinte desembolsasse, pelo menos, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) do seu patrimônio, isso sem considerar qualquer atualização monetária e ônus moratório. O valor é significativo, principalmente para empresas que se enquadrem como Microempreendedor Individual (MEI), em que o faturamento anual máximo é de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais)<sup>30</sup> ou Microempresas, em que a receita bruta anual máxima é de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)<sup>31</sup>. Nestes casos, é possível que os pequenos contribuintes optem por sair do mercado. Por outro lado, para empresas com maior capital, a opção pela manutenção na sonegação é aparentemente viável. Somente o tempo, as condições financeiras e eventuais embaraços a continuidade empresarial são limites a manutenção da sonegação<sup>32</sup>. Em caso de ação criminal, bastaria a este sonegador realizar o pagamento do tributo, tendo em seu benefício extinta a punibilidade pelo crime tributário.

A assimetria de informações entre o Estado (principal) e o contribuinte (agente) quanto ao cumprimento da obrigação de pagamento, resulta na opção racional deste pela sonegação. Sem o controle do principal das atitudes do agente<sup>33</sup>, e sendo seus interesses antagônicos, não existem incentivos para o pagamento do tributo. Em consequência, caso se intente ação criminal, basta o pagamento para a impossibilidade de penalização criminal. Na prática, o que se tem é que somente os grandes sonegadores terão condições financeiras de se manter no mercado, ainda que sejam penalmente processados. Por sua vez, os pequenos contribuintes – ou pequenos sonegadores - quando acusados do crime tributário, e sem condições de sustentar a carga do pagamento para a extinção da punibilidade, optarão pela saída do mercado. Este modelo de simplificação demonstra a seleção adversa, demonstrando que a tendência é que somente os sonegadores se mantenham no mercado.

Outra consequência do exposto acima é que também aqueles contribuintes que optem pelo cumprimento correto das obrigações tributárias – ou que não queiram sair do mercado – também tenderão a prática da sonegação fiscal, pois observarão as vantagens no não pagamento do tributo, adotando a mesma conduta oportunista dos outros sonegadores. É o que se tem como risco moral.

A ideia de risco moral<sup>34</sup> começou com trabalho de Kenneth Arrow, em 1963, sobre o mercado de saúde. A tese do trabalho se baseou em revolucionária visão da assimetria de

<sup>29</sup> Lei nº 9.430/96: Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: §1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

<sup>30</sup> Lei Complementar de nº. 123/2006: Art. 18-A, §1º. Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo

<sup>31</sup> Lei Complementar de nº. 123/2006: Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aфирa, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) [...].

<sup>32</sup> Embora se saiba que o embaraço a atividade empresarial fere princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170, CF), o STF já se manifestou parcialmente favorável aos casos de cassação de registros de empresas que comercializam cigarros – ou outros produtos regulados pelo Estado. (RExt 550769/RJ)

<sup>33</sup> Não se ignora a existência de regimes de fiscalização especiais ou de modelos de tributação diferenciada. Contudo, para fins de análise e simplificação do modelo, estas duas considerações são desconsideradas.

<sup>34</sup> As implicações do risco moral na teoria do Direito, são exploradas pela doutrina em diversas temáticas, com ênfase, primordialmente, nas situações de responsabilização civil. Ver. por todos: BUGARIN, Tomás Tenshin Satoka; BUGARIN, Maurício Soares. Danos sociais e *Punitive Damages*: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na Responsabilidade Civil. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, n. 1, pp.88-117, jan.-jun. 2016.

### **Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento: Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

informação, aplicada ao mercado de saúde, resumindo-se em cinco pontos principais. Primeiro, a natureza da demanda deste mercado é diferente das outras, visto o caráter excepcional da doença, o que dificulta as escolhas racionais dos consumidores (pacientes). Segundo, devido ao caráter de expertise dos médicos, os consumidores precisam confiar no tratamento que lhe são passados, inclusive pela impossibilidade de testar previamente a “mercadoria”. Existe, portanto, grande relação de confiança entre médico-paciente. Terceiro, há incerteza em relação ao “produto”. Como dito, cabe ao paciente uma relação de confiança com a expertise do médico. Afinal, por muitas vezes o paciente desconhece todas as implicações do tratamento ao qual está submetido. Quarto, as condições de oferta do mercado de saúde são diferentes de outros mercados competitivos. As características de difícil formação dos médicos e licenciamento para atuação nos mercados de saúde impossibilita a livre coordenação dentro deste setor, tornando-o menos competitivo. Quinto, as políticas de discriminação de preço por renda e pagamento limitadas do setor (inexistindo a possibilidade de pagamento antecipado, por exemplo, pagando-se por serviço). Apontando todos estes dados, discorre sobre o risco moral, seja do paciente, seja do médico. No primeiro caso, o paciente segurado tende a ser menos cauteloso com sua saúde. No segundo, o médico não percebe incentivos para passar tratamentos mais baratos (ARROW: 1963).

Após a contratação, como o principal não possui condições de fiscalizar todas as condutas do agente, este recebe pouco incentivo para agir em interesse imediato daquele. (POSNER: 2000; MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO: 2001). Como no exemplo do de seguros, ou de planos de saúde acima citado. Ainda que antes da contratação o segurado (agente) responda uma série de questionamentos padrões sobre sua forma de dirigir e hábitos de vida, não existe garantia que após a contratação estas condutas serão seguidas. Não existe, para a seguradora (principal), qualquer garantia real que o segurado (agente) irá honrar o compromisso adotado. Dessa forma, resulta em prejuízo para a seguradora, que a depender do contrato, terá riscos que não existiriam caso o contrato fosse seguido.

Em relação ao tema dos crimes tributários, a mesma relação e ordem de principal-agente apresentada em tópico anterior se mantêm. Neste caso, novamente considera-se a lei como “contrato” entre o Estado (principal) e o sujeito passivo (agente). Como a Lei de nº. 10.684/03 nada fala sobre limitações a utilidade do benefício, e a jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no sentido de permitir a utilização do benefício até mesmo depois do trânsito em julgado, não há qualquer garantia que o sujeito passivo (agente) seja dissuadido pela pena criminal, optando por seguir espontaneamente a legislação do Estado (principal). Pode-se, inclusive, afirmar que a Lei nº 10.684/03 e a jurisprudência acabam por induzir a prática dos crimes tributários. O risco moral se configurará, portanto, com o possível descumprimento reiterado da legislação tributária e consequente prática reiterada de sonegação.

Há a possibilidade de os programas de parcelamento tributário resultarem em problema semelhante ao apresentado neste trabalho. Entretanto, programas de parcelamento podem ser considerados como postergações das obrigações tributárias (risco moral). Por sua vez, tal conduta resulta em adaptação dos contribuintes sonegadores. A consequência é a criação de um ambiente de concorrência desleal entre adimplentes e inadimplentes, o que faz com que aqueles passem a se comportar como estes (seleção adversa). (GONÇALVES 2016).

Verifica-se que a seleção adversa e o risco moral são consequências cabíveis da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Trata, no primeiro caso, de prejuízo para toda a sociedade, pois com a proliferação da sonegação, ter-se-ia queda na arrecadação, sem contar o desrespeito a ordem tributária. No segundo caso, trata de incentivo ao descumprimento da legislação tributária, razão que desencadeia o risco moral. Portanto, é cabível afirmar que a extinção da punibilidade, prevista no art. 9º, §2º, da Lei nº 10.864/03, influencia condutas

oportunistas dos sujeitos passivos tributários. Por sua vez, tais condutas resultam, invariavelmente, em casos de seleção adversa e risco moral.

## **5. Conclusão**

Conclui-se, diante do exposto, que a extinção da punibilidade nos crimes tributários, previsto no art. 9º, §2º, da Lei de nº. 10.684/03 influencia no comportamento dos sujeitos passivos tributários. Apresentou-se, através do instrumental da Análise Econômica do Direito e da Teoria da Agência, como este dispositivo influencia condutas oportunistas que resultem em seleção adversa e risco moral.

Na primeira parte, concluiu-se que os crimes tributários visam proteger, em imediato, a arrecadação, e em mediato, a ordem tributária. O recebimento do tributo é direito subjetivo do Estado, desde que o sujeito passivo realize a conduta prevista em lei para o seu pagamento. Já o legislador optou por agraciar os sujeitos passivos que se encontrem na situação de acusados de crimes tributários com a extinção da punibilidade pelo pagamento. O instituto não é novo no Brasil e nem no exterior, sendo aplicável e alvo de constantes críticas. Na segunda parte, analisou-se jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema da extinção da punibilidade nos crimes tributários. Concluiu-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é em muito benéfica para os sujeitos passivos, vez que possibilita a extinção da punibilidade depois da condenação (STF/STJ) até mesmo depois do trânsito em julgado (STJ), e que, portanto, deve ser considerada quando da opção do sujeito passivo de sonegar ou pagar tributos. Na terceira parte, apresentou-se o instrumental da Análise Econômica do Direito, da Análise Econômica do Crime e da Teoria da Agência. Concluiu-se, nesta última, pela posição de “principal” para o Estado e de “agente” para o sujeito passivo. O problema da assimetria de informações entre estes resulta na possibilidade de condutas oportunistas do sujeito passivo.

A Lei de nº. 10.684/03, com a extinção da punibilidade dos crimes tributários até mesmo depois do trânsito em julgado, a depender da jurisprudência, influencia a prática de condutas oportunistas que resultam em seleção adversa e risco moral. Na primeira, somente os grandes sonegadores, utilizando-se do benefício legal, terão condições financeiras de se manter no mercado, ainda que sejam penalmente processados. Na segunda, aqueles consumidores que optem pelo correto cumprimento das obrigações tributárias – ou que prefiram não sair do mercado – tenderão a também sonegação fiscal, tornando-se sonegadores e descumprindo a legislação tributária. A extinção da punibilidade pelo pagamento previsto na Lei de nº. 10.684/03, em seu art. 9º, §2º, tendo em vista os crimes tributários e a jurisprudência do STF e do STJ, influencia a prática de condutas oportunistas por parte dos sujeitos passivos tributários. Estas resultam em casos de seleção adversa e risco moral. Na primeira, com a manutenção apenas de grandes sonegadores no mercado. Na segunda, com o incentivo dos outros contribuintes também à sonegação fiscal.

## **6. Referências**

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 84, No. 3. pp. 488-500, ago., 1970.
- ALLINGHAM, Maurice; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, Amsterdam, v. 1, p. 323-338, 1972.
- ARROW, Kenneth. Uncertainty and the welfare economics of medical care. **American Economic Review**, v. 53, p. 941-973, 1963.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

**Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento:  
Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BLUMENSTEIN, Ernst. **Sistema di Diritto delle Imposte**. Milão: A. Giuffrè, 1954.
- BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka; BUGARIN, Maurício Soares. Danos sociais e *Punitive Damages*: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na Responsabilidade Civil. In: **Economic Analysis of Law Review**, v. 7, n. 1, pp.88-117, jan.-jun. 2016.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**: estudios de derecho financiero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, t. IV.
- CABRAL, Ana Rita Nascimento. **A Teoria do Fato Gerador e o Fato Gerador Presumido**. 91 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.
- CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A efetividade da repressão aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito. In: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio o Ricardo Staffen. (Org.). **Direito Penal e Constituição**. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 320-338.
- CARMO, Claudio Roberto da Silva. **O problema da assimetria de informações nas atividades da Receita Federal do Brasil**. Prêmio. Monografia Premiada. – 4ª Prêmio Schötang de Criatividade e Inovação: São Paulo, 2005
- CARRAZA, Roque Antonio. **Reflexões sobre a obrigação tributária**. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHAL, Raquel Lourenço; BORDEAUX-RÊGO, Ricardo. Teoria do agente, teoria da firma e os mecanismos de governança corporativa no Brasil. **Relatórios de Pesquisa em Engenharia de Produção**, v.10, n.13, p. 01-11, 2010. Disponível em: [http://www.producao.uff.br/conteudo/rpep/volume102010/RelPesq\\_V10\\_2010\\_13.pdf](http://www.producao.uff.br/conteudo/rpep/volume102010/RelPesq_V10_2010_13.pdf). Acesso em: 16 mai .2017
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: Fundamentos Jurídicos de Incidência. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHRISTOPOULOS, Basile G. C.; BASTOS, Frederico S. Administração Tributária Eficiente, Democracia e Desenvolvimento: experiências internacionais sobre índice de transparência fiscal e sua utilidade para o Brasil. **Revista Discente DIREITO GV – redGV**, v .1, n. 2, p.1-30, 2012.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CROCKER, Keith; SLEMROD, Joel. Corporate Tax Evasion with Agency Costs. **Journal of Public Economics**, 89, 9-10, p.1593-1610, set., 2005.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FOROUNGE, Carlos María Giuliani. **Conceitos de Direito Tributário**. São Paulo: Edições Lael, 1973.
- GIANNINI, Acchile Donato. **Instituciones de Derecho Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1, n.1, p.7-33, jan./jun. 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento law and economics. **Revista da Presidência, Brasília**, Presidência da República. v.7, pp. 01-10, nº 73, jun/jul, 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/437/431>> Acesso em: 10/06/2017.

GONCALVES, A.. Comportamento de Risco Moral e Seleção Adversa oriundos dos Programas de Refinanciamentos de Débitos Tributários Federais Reiterados. **Congresso Anual da AMDE**, Brasil, ago. 2016. Disponível em: <[http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VIII\\_AMDE/paper/view/128/92](http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VIII_AMDE/paper/view/128/92)>. Data de acesso: 08 Jun. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. Saraiva: São Paulo, 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JARACH, Dino. **O Fato Imponível: teoria geral do direito tributário substantivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LÁNZ, Francisco Javier Gómez. Dos Cuestiones Recientes en torno a la Regulariación Tributaria: la Declaración Tributaria Especial de Marzo de 2012 y La Reforma del Artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, nº 1, p.53-80, 2013.

LEVI, Margaret. A State of Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret. **Trust and Governance**. New York: Russel Sage Foundation, pp.77-101, 1998.

LIMA, Leandro M. M. de. A aplicação do dever de eficiência à Administração Pública Tributária e sua relação com a Moral Tributária dos contribuintes. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 2, n.1, p. 273-292, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos em Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Política Fiscal e Política Criminal: o Direito Penal nas estratégias arrecada tórias do Estado brasileiro. **Artigos DIREITO GV (Working Paper)**, jul., 2009.

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David. An Introduction to the Economics Information. 2 ed. Londres: Oxford University Press, 2001.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. El delito de defraudación tributaria. *Revista Penal*, n. 1, p. 55-66, 1998

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias**. 2. ed. São Paulo: Jospe Bushatsky Editor, 1974.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PLUTARCO, Hugo Mendes. A Sonogação e a Litigância Tributária como Forma de Financiamento, **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n.1, p. 122-147, jan./jun.,2012.

POSNER, Eric A. Agency Models in Law and Economics. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, nº. 92, 2d series, Law School, University of Chicago, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito: Adaptado ao Novo Código Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Plano Anual da Fiscalização 2017**. Distrito Federal: Ministério da Fazenda, 2017.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature & Significance of Economic Science**. Londres: MacMillan & Co.,Limited. 1932

**Crimes Tributários e a Extinção da Punibilidade Pelo Pagamento:  
Meio de Seleção Adversa e Risco Moral?**

RODRIGUES, Sávio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.) **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília: Ideal, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia?”**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2 ed. (rev. e atual.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários**. São Paulo: Dialética, 2012.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v.9, n.3, p.555-581, set./dez., 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.