III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

Apresentação

O GT de DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR, realizado no II Congresso do Vetor Norte – FAMINAS-BH, especificamente no dia 22 de outubro de 2019, trouxe relevantes e profícuos debates de temáticas que envolvem interesse direto da sociedade civil brasileira.

Inicialmente foram discutidos temas envolvendo relações de consumo, direitos dos consumidores perante fornecedores; possibilidade de inversão do ônus da prova; direito a indenização decorrente de condutas ilícitas praticadas pelos fornecedores; propaganda abusiva e enganosa, além de temas que envolvem tanto do direito individual quanto o direito coletivo do consumidor.

No âmbito do direito tributário, foram problematizadas questões atinentes ao ISSQN, ICMS, competência tributária, princípios que regem o direito tributário e, especialmente, o papel do Estado em vincular receitas para a implementação de políticas públicas essenciais à dignidade da coletividade, como é o caso da saúde e da educação.

Ao final, nos estudos propostos no contexto do direito econômico, foi debatido o papel do Estado na intervenção do domínio econômico, com o condão de atuar na erradicação de pobreza, combate à desigualdade regional, repressão à formação de carteis e estímulo da livre concorrência.

Hudson de Oliveira Cambraia

Nina Gabriela Borges Costa

João Salvador dos Reis Neto

DA PRISÃO CIVIL EM RELAÇÃO A DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

CIVIL PRISON IN RELATION TO TAX DEBT

Gabriella Adelina de Farias Coleta
Samuel Moura Miranda

Resumo

O escopo do presente artigo visa discutir os diversos entendimentos relacionados à problemática do não recolhimento de ICMS declarado configurar crime passível de sanções penais ou de mera inadimplência tributária devendo ser penalizadas no âmbito da esfera fiscal. Para tanto, serão analisados os desdobramentos sobre a devida aplicação da lei, ou não, em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, bem como entendimentos doutrinários sobre o tema. O presente trabalho se propõe a realizar uma análise do contexto fático-jurídico da discussão sobre o tema, expondo os aspectos tributários, constitucionais e econômicos, assim como os temerários rumos e interpretações.

Palavras-chave: Sanções penais, Interpretação constitucional, Direitos e garantias fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The scope of this article aims to discuss the various understandings related to the problem of non-payment of ICMS declared to constitute a crime subject to criminal sanctions or mere tax delinquency and should be penalized within the tax sphere. To this end, it will be analyzed the consequences on the proper application of the law, or not, in a decision of the Superior Court of Justice (STJ), as well as doctrinal understandings on the subject. of the discussion on the subject, exposing the tax, constitutional and economic aspects, as well as the reckless directions and interpretations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal sanctions, Constitutional interpretation, Fundamental rights and guarantees

1 INTRODUÇÃO

A problemática deste trabalho se deu a partir da discussão de que o não recolhimento aos cofres públicos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS declarado ao fisco configura-se crime nos termos no art. 2º, II da Lei 8.137/90, ou se tal fato comporta em mera inadimplência tributária. Inicialmente, cabe salientar a importância da Lei 8.137 de 27 de Dezembro de 1990 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, dando outras providências. Esta lei foi idealizada para desestimular e cercear as práticas atentatórias ao fisco, tendo em vista que tais práticas podem gerar um déficit nos cofres públicos e, consequentemente, nos serviços realizados pelo Estado através das arrecadações tributárias (MACHADO, 2009). Tendo em vista que estes serviços estão em prol de toda uma coletividade e da sociedade em geral, respeitando, assim, a supremacia do interesse público resguardada pelo Direito Administrativo, não se poderia correr os riscos de não ter o financiamento adequado para tal fim, haja vista ser um Estado Democrático de Direito e ter disposições constitucionais neste sentido, quais sejam o cuidado com os direitos e garantias fundamentais e individuais (MACHADO, 2009).

Em análise à Lei 8.137/90 percebe-se que esta é resguardada de modo que tenha a necessária austeridade em coibir atos que possam de alguma forma ameaçar a integridade do tesouro público, tanto que impõe medidas severas como altas multas e, até, sanções criminais. Segundo CAPEZ (2012), as sanções penais são empregadas preventivamente com a finalidade de coibir e desestimular possíveis fraudes cometidas contra o fisco por contribuintes, pela seriedade das penas a serem aplicadas como punição de tais atos, bem como são empregadas repressivamente àqueles que lesem as leis fiscais impondo um gravame mais severo.

Com toda certeza a tributação e o devido respeito a seus critérios estabelecidos é essencial e imprescindível para o bom andamento do Estado Democrático de Direito, tanto que para isso foi criada lei que pune quem os descumprem. Entretanto, deve-se observar todos os critérios para se aplicar tais penalidades explicitadas na legislação competente, bem como o devido processo legal, para que se evite arbitrariedades ou excessos ao se punir práticas, supostamente, contrárias à ordem tributária. Isto se mostra relevante tanto em sanções administrativas ou civis, tendo em vista o princípio do não-confisco que impede sanções tão gravosas que inviabilizem o próprio direito do contribuinte, quanto em sanções penais, levando em consideração, especialmente, esta, por se tratar da *ultima ratio* de todos os meios punitivos possíveis do Direito, por lidar diretamente com um bem constitucionalmente resguardado, o direito de liberdade (PRADO, 2009).

2 OBJETIVOS E MÉTODOS

Cumpre verificar neste trabalho se há a correta aplicação da lei nas decisões proferidas na ordem tributária . O que leva ao estudo específico do tema em questão, por este levantar profusa discussão acerca da compreensão do que deveria ser considerado ao analisar o não pagamento de ICMS declarado, bem como seus desdobramentos, para que assim se verifique se as normas são devidamente aplicadas. Para que se chegue ao escopo deste trabalho serão analisados entendimentos divergentes sobre o tema, bem como os desdobramentos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no Habeas Corpus n° 399.019/SC e o Memorial recentemente publicado pela Procuradoria Geral da República e, ainda, conceitos doutrinários amparados sob o relevante papel do Estado Democrático de Direito em tutelar a real necessidade de intervenção do Direito Penal.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL

Como já apresentado da importância da punição de crimes tributários, também será abordado da inconstitucionalidade de prisões que não estejam vinculadas a atos criminosos, isto porque a inadimplência tributária não configura os aspectos legais que fundam a penalidade resguardada pelo Direito Penal. Segundo AZEVEDO (2000), a prisão advinda da esfera civil tem caráter coercitivo, com objetivo de constranger o devedor de uma dívida não paga, fundada em norma jurídica, a quitá-la. Sendo assim, temos que a prisão civil é originada por dívida e não por crime, tendo sua justificativa no incentivo de que se cumpra a obrigação devida. Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, houve algumas alterações, ao que se segue em seu artigo 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988). Desta forma, a partir do entendimento da Constituição ainda vigente, a proibição da prisão civil, salvo o disposto acima, preserva bens jurídicos preciosos como a liberdade e dignidade da pessoa humana.

Houve uma preocupação por parte do legislador em situar o Brasil internacionalmente e também enquanto protetor dos direitos humanos e fundamentais. Assim, foram feitas convenções e acordos internacionais que vinculam o Brasil, entre eles está a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Aos países signatários, como o Brasil, é obrigatório o cumprimento de suas disposições. Deste

modo, ao que concerne com o tema em questão, segundo o PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, em seu artigo 7º, nº7 dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Pela força conferida aos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, sendo este considerados supralegais, devem ser respeitados e seguidos, devendo o país se adequar a estes. Ademais, conforme a Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça, é descabida a prisão civil do depositário infiel, bem como a Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal dispõe que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Assim, não restam dúvidas de que a prisão civil, salvo por inadimplência de obrigação alimentar, é completamente inconstitucional. Além disso, inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais seguem com este entendimento.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO HC 399.019/SC

A Defensoria Pública de Santa Catarina impetrou Habeas Corpus em um pleito que levantou questionamentos plausíveis sobre a aplicabilidade do art 2º, II da Lei 8.137/90 no caso concreto em apreço. O HC 399.019/SC impetrado no caso dos sócios Robson Schumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher, tinha por objetivo a liberação destes das acusações impostas, demonstrando que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dando provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, estaria constrangendo ilegalmente os acusados, vez que esta decisão afasta a sentença que os absolveu sumariamente, determinando, desta forma, a prossecução penal em que foram denunciados pela suposta prática das condutas disciplinadas no dispositivo legal supracitado (STJ, 2018). Dos elementos constituintes do caso em tela, destaca-se que Robson Schumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher enquanto sócios de uma empresa teriam declarado ICMS ao fisco, contudo não fazendo o devido recolhimento do montante apresentado. A defesa entende que o não recolhimento de ICMS devidamente declarado ao fisco, constitui em inadimplemento fiscal, sendo, portanto, considerado dívida, neste caso, não poderia ser considerado como crime, tampouco ser arbitrado qualquer tipo de pena criminal vez que a CF/88 veda tal procedimento (STJ, 2018).

Cada tributo tem sua forma de ser cobrado, a depender de seu tipo. Para que seja cobrado é necessário o lançamento do determinado tributo, que é o meio declaratório da ocorrência do fato gerador, tendo três formas de ser feito, quais sejam: o lançamento de

ofício, no qual o fisco se encarrega de fazer o devido rito; o lançamento por homologação, no qual o contribuinte apresenta e o fisco confere sua exatidão; e, o lançamento por declaração, no qual o contribuinte presta informações acerca do fato gerador de determinado tributo (MACHADO, 2014). Este último é o que conduz o ICMS (tributo em questão), por isso há esta discussão, pois primeiro se declara ao fisco informações da situação de ocorrência do fato gerador, bem como suas implicações e só após efetua-se o pagamento. Além de declarar o próprio tributo há o dever de recolhê-los em pagamento ao fisco, caso não o faço, tem-se, então, o sabido tributo declarado e não pago, vez que a declaração é feita anteriormente ao recolhimento dos valores a serem destinados aos cofres públicos (MACHADO, 2014).

Neste momento que se inicia o conflito de entendimentos acerca de que este não recolhimento se trata de inadimplência tributária, isto é, dívida fiscal a ser penalizada pelas sanções tributárias especialmente de cunho administrativo e cível, ou, se trata de conduta tipificada pela Lei 8.137/90, com a consequente pena de detenção de 6 meses a 2 anos, e multa. Se tratando de mera inadimplência tributária, considerada assim dívida, deve-se levar em consideração o explicitado acima concernente a inconstitucionalidade da prisão civil por dívidas, sejam elas quais forem e de quanto forem. Mas caso seja considerada conduta passível da aplicabilidade do art. 2º, II da Lei 8.137/90, deverá seguir os trâmites legais quanto ao procedimento penal.

O HC 399.019/SC, que também fundamentou-se na alegação de atipicidade da conduta realizada pelos agentes no dispositivo supracitado, foi denegado pela 3ª Seção do STJ sob alegações de que há a devida tipificação e de que inclusive se trata de apropriação indébita tributária. A defesa, porém, continuou no esforço de ter restabelecida a decisão de absolveu os agentes subsidiariamente, desta vez interpondo Recurso em Habeas Corpus de nº 163.334/SC insistindo na premissa de que a simples inadimplência fiscal, não caracteriza crime, pois para se caracterizar crime deve haver fraude, omissão ou falsidade de informações ao fisco, o que não houve, vez que o tributo foi devidamente declarado, não havendo desta forma dolo na conduta dos agentes (STJ, 2018). Bem como insistiu na atipicidade das condutas, por considerar que o ICMS próprio não recolhido, não caracteriza crime por não ter ocorrido, como dito antes, fraude, omissão ou falsidade de informações, tampouco descumprimento de obrigação tributária acessória.

Da mesma maneira, o Ministério Público prosseguiu em defender os mesmos pontos anteriormente explanados, contando dessa vez com o Memorial da Procuradoria-Geral da República que se manifestou quanto a tipicidade da conduta descrita no art. 2º, II da Lei no 8.137 de 1990. Os principais pontos abordados foram os de que se trata de crime formal,

devidamente tipificado pela Lei, onde o contribuinte apropria-se do valor adquirido com a venda da mercadoria, deixando de recolher aos cofres públicos o “quantun” obtido com a circulação da mercadoria, apropriando-se de importância que não o pertence. O Memorial segue por defender a tipicidade da conduta como crime esculpido corretamente e que de todo modo deveria ser aplicada as penas desde que as condutas, como a em questão, se enquadrem nos termos discorridos (STJ, 2018). Defende também que tal conduta atenta diretamente ao bom andamento do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a tributação é um meio importantíssimo para que haja o consequente resguardo do interesse público.

Entretanto, em processos provenientes do próprio Estado de Santa Catarina, a jurisprudência do STJ acolhe o entendimento de que se a declaração apurou corretamente o imposto, fundamentados em documentos fiscais idôneos, e se o ICMS é próprio, ou seja, o contribuinte não é o último na cadeia de circulação e produção, o artigo 2º, II, da Lei 8.137/90 não se confunde com a mera inadimplência tributária, tanto que o Tribunal Superior trancou ações penais nesse sentido. Quando não há a venda ao consumidor final diretamente, o não recolhimento do tributo pode ter ocorrido por vários outros motivos que não a intenção de fraudar os cofres públicos, há de se considerar a crise financeira, falta de recurso, perda dos valores, entre outros, esporadicamente ocorre sim as hipóteses previstas na Lei com intenção de evadir os tributos dos cofres públicos, porém não deve se considerar isto como regra condenando discricionariamente à sanções penais sem considerar todos os aspectos do caso concreto (PANOEIRO, 2011).

Dessa maneira, deve-se haver um cuidado ao verificar se a conduta no caso concreto trata-se de ações que podem punir penalmente, observados os dispositivos constitucionais elencados ou se há apenas uma omissão de obrigações principais e acessórias tributárias, que, portanto, devem ser punidas na esfera civil, como a aplicação de multas e a exigência de obrigações fiscais retroativas, não levando o contribuinte ao âmbito penal e até ao cumprimento de prisão (PRADO, 2009). A avaliação de constitucionalidade para a criminalização do inadimplemento tributário é de extrema importância, pois caso contrário, corre-se o risco de colocar indivíduos ao arbítrio de um Estado que violaria direitos e garantias fundamentais, o que consequentemente levaria o contribuinte a uma prisão ilegal. Como dito pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, no HC 399.019, ao apresentar que os pacientes sofreram constrangimento ilegal, o que incorreu na não aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais supervisionados constitucionalmente.

Segundo PANOEIRO (2011), se o contribuinte reconhece a dívida às claras, declarando-a, mas deixa de pagá-la, há apenas inadimplência. Nesse caso, por mais

importante que seja a arrecadação tributária, como versa o Memorial da PGR, para a consecução dos mais aclamados fins, o instrumento para forçar o contribuinte é a execução fiscal, não a execução penal. O que já ocorre acertadamente com o intuito punitivo das multas, da inscrição do nome na dívida ativa, ajuizamento de execução fiscal, entre outros. Portanto, recorrer à prisão por dívida de tributos, transformando o Direito Penal em instrumento de política fiscal, é prática vedada pela Constituição (artigo 5º, LXVII) e por diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 7º, item 7).

5 CONCLUSÕES

Tendo em vista todo o explanado acima, pelas razões e considerações apresentadas, infere-se à questão do não recolhimento do ICMS declarado caráter de ampla discussão e entendimentos diversos. Contudo, há de se levar em consideração de que as sanções penais não podem ser arbitradas discricionariamente, pois lidam diretamente com princípios e normas constitucionais, como o direito à vida e de liberdade. Devendo, portanto, serem minuciosamente verificadas quanto da sua aplicabilidade para que não ocorra nenhuma arbitrariedade, vez que estas são desastrosas a qualquer um que seja atingido injustamente por elas. O Direito Penal é a ultima ratio, devendo ser aplicado como última opção de todas as penalidades existentes. Desta forma, se é possível penalizar por outro meio que não seja as sanções criminais, assim deve ser feito, desde estes meios solucionem a lesão ao bem jurídico pretendido.

Por todo o explanado e com o devido respeito às disposições constitucionais, acredita-se que a prática em questão não configura crime a ser penalizado penalmente. Trata-se então de inadimplência tributária a ser devidamente penalizada pelas sanções tributárias, que exercem papel desencorajador de atos que atentem contra a ordem tributária, desmotivando eventuais práticas transgressoras e como meio de reparar as já cometidas. Considera-se isso pois, como demonstrado, ao declarar o ICMS o contribuinte está agindo de boa-fé notificando ao Estado da procedência daquele tributo, não há sentido em enunciar que determinado contribuinte iria declarar que tem que recolher aquele tributo e o não o fazer com o dolo de elidi-lo. Ora, caso quisesse apropriar-se daquele tributo, sem declará-lo seria de pronto algo mais acessível. Além disso, sem a ocorrência de fraude, falsificação ou omissão de informações ao fisco, não pode este querer punir penalmente quem apenas não recolhe em tempo hábil o ICMS devido. E mesmo se pudesse, não seria correto, se tratando de que

haveria a falta de dolo em burlar as leis tributárias por parte do agente, partindo do pressuposto de que ao declarar devidamente os tributos a serem recolhidos, este está anunciando ao Estado que deve.

Ademais, analisando o caso concreto trazido e seus desdobramentos, tanto quanto a análise da Constituição e de entendimentos doutrinários, chega-se a inferência de que o mais adequado é tratar do tema na esfera puramente fiscal, penalizando aqueles que intentam contra a ordem jurídica de acordo com a conveniência e razoabilidade adequada. Sendo, contudo, um tema muito abrangente e necessária se faz a continuidade sobre o tema, na tentativa de que cessem possíveis penalidades que julguem maiormente a punição atribuída.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prisão Civil por Dívida. 2. ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Consulta em 21 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. ***Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial***. Vol. 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**; 35ed; São Paulo: Editora Malheiros; 2014.

PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em : <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Consulta em 25 de Julho de 2019.

PANOEIRO, Maria José de Castro. As controvérsias da Lei n. 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico- -criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político- -criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STJ, HABEAS CORPUS 399.109/SC. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira seção, Julgado em 22/08/2018, dje 31/08/2018), JusBrasil, 2018. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643770933/recurso-em-habeas-corpus-rhc-97336-sc-2018-0091406-2>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.