

A AMEAÇA DA PRISÃO POR DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Ives Gandra da Silva Martins¹

Igor Mauler Santiago²

Há mais de cinquenta anos o Supremo Tribunal Federal veda a apreensão de mercadorias do contribuinte inadimplente. Há quase uma década o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o não pagamento de tributo declarado, embora constitua ilícito da empresa, punível com multa, não é infração pessoal do administrador, cujo patrimônio não responde pela dívida.

Onde não cabe reter as mercadorias da empresa, cabe prender o seu gestor? Pode este pagar com a liberdade por aquilo a que não responde com os seus bens? As negativas parecem óbvias, mas o STJ inesperadamente respondeu que sim, deixando prosseguir denúncia contra os dois sócios de uma pequena empresa que declarou e não pagou R\$ 30 mil de ICMS (HC 399.109). O recurso dos empresários foi distribuído ao Ministro Roberto Barroso e aguarda julgamento pelo Pleno do STF (RHC 163.334).

Os integrantes da 3ª Seção do STJ merecem a nossa admiração intelectual e pessoal. Neste caso, porém, somos forçados a dizer que a corrente majoritária partiu de uma premissa inexata e seguiu um método inadequado. A lei define como crime “deixar de recolher valor de tributo *descontado* ou *cobrado*, na qualidade de sujeito passivo” (apropriação indébita). *Desconto* de tributos na fonte é coisa corriqueira. A premissa equivocada foi a de que a *cobrança* de tributo por um particular contra outro não existiria na prática, pois só o Fisco teria tal poder. Daí decorreu o desvio metodológico: entender que, inadmitindo leitura jurídica, o termo mereceria interpretação econômica, alcançando as situações em que há mero repasse para os preços do ônus tributário, como no ICMS.

Ora, são muitos os casos de cobrança de tributo por pessoas privadas. Basta pensar na contribuição para a iluminação pública, cobrada dos consumidores pela distribuidora de energia, na conta mensal. Ou na substituição tributária para a frente, onde o atacadista cobra do varejista, por fora do seu preço (onde está embutido o ICMS do primeiro), um valor apartado a título de antecipação do imposto correspondente à futura venda a ser realizada pelo segundo. Já sobre o desvio metodológico, vale lembrar que a influência da Economia sobre o Direito dá-se no momento da criação ou modificação deste pelo legislador, mas não no de sua interpretação pelos juízes, que devem ater-se aos critérios próprios da ciência jurídica.

¹ Professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado da FecomércioSP no pedido de atuação como interessada no processo perante o STF.

² Doutor em Direito. Membro da Comissão Tributária do Conselho Federal da OAB. Advogado de um dos recorrentes perante o STF.

Ao comprar uma mercadoria, o consumidor paga apenas preço, e não tributo. O ICMS é devido em nome próprio pelo vendedor, que não é mero depositário de um inexistente imposto a cargo do comprador. Longe de ser uma tertúlia entre iniciados, o tema reveste-se de enorme repercussão jurídica, econômica e social.

Primeiro porque a prisão por dívida – módica ou avassaladora, pouco importa – é vedada pela Constituição e por tratados assinados pelo Brasil. Segundo porque a decisão do STJ ameaça a liberdade de milhares de empresários (16 mil só em São Paulo, informa a capa desta Folha em 19.12.2018), debilitando a atividade econômica e a geração de empregos e também de tributos. E terceiro porque essa orientação é contraproducente: se está sujeito à prisão caso sonegue (o que é indiscutível), mas também caso declare e não pague, o contribuinte sem recursos tenderá a adotar a primeira conduta em vez da segunda, deixando de colaborar com o Fisco para apostar na chance de não ser descoberto.

Não prender não é ser leniente. A lei é dura também para o devedor confesso: multa, negativa de certidão, protesto. A criminalização da dívida tributária foi rechaçada pelo STF no auge do período autoritário (RE em HC 67.688). Não é na democracia que haverá de prosperar.

A2019-040 a ameaça de prisão por dívida trib. – IVES E IGOR

TENDÊNCIAS / DEBATES

folha.com/tendencias debates@grupofolha.com.br

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do jornal. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate dos problemas brasileiros e mundiais e de refletir as diversas tendências do pensamento contemporâneo.

A ameaça da prisão por dívida tributária

Decisão do STJ põe em risco milhares de empresários

Ives Gandra da Silva Martins e Igor Mauler Santiago

Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP, advogado e professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra

Membro da Comissão Tributária do Conselho Federal da OAB, advogado e doutor em direito

Há mais de 50 anos, o STF (Supremo Tribunal Federal) veda a apreensão de mercadorias do contribuinte inadimplente. Há quase uma década, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu que o não pagamento de tributo declarado, embora constitua ilícito da empresa, punível com multa, não é infração pessoal do administrador, cujo patrimônio não responde pela dívida.

Onde não cabe reter as mercadorias da empresa, cabe prender o seu gestor? Pode este pagar com a liberdade por aquilo a que não responde com os seus bens? As negativas parecem óbvias, mas o STJ inesperadamente respondeu que sim, assentando que comete crime o administrador da empresa que não paga o ICMS confessado nos seus documentos fiscais. A matéria está sob o crivo do STF, em recuso sorteado ao ministro Roberto Barroso.

Os integrantes da terceira seção do STJ merecem a nossa admiração intelectual e pessoal. Neste caso, porém, somos forçados a dizer que a corrente majoritária partiu de uma premissa inexistente e seguiu um método inadequado ao interpretar o artigo 2º, II, da lei 8.137/90, que define como apropriação indébita tributária o ato de "deixar de recolher valor de tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo".

O desconto de tributos na fonte é corriqueiro. A premissa equivocada foi a de que não existiria cobrança de tributo por um particular contra outro, pois só o Fisco teria tal poder. Daí decorreu o desvio metodológico: entender que, não tendo sentido jurídico possível, o termo cobrado deveria ser compreendido na sua acepção econômica, alcançando as situações em que há mera repercussão do tributo nos preços, como no ICMS.

Ora, são muitos os casos de cobrança de tributo por pessoas privadas. Basta pensar na contribuição para a iluminação pública, cobrada dos consumidores pela distribuidora de energia, na conta mensal. Ou no ICMS por substituição tributária para a frente, onde o atacadista, além do seu preço (que embute o seu próprio imposto), cobra em separado do varejista — para repassar ao Fisco — o imposto que este só teria de pagar quando revendesse a mercadoria.

Num plano mais abstrato, importa lembrar que a influência da economia sobre o direito dá-se no momento da criação deste pelo legislador, mas não no da sua interpretação pelos juízes, que devem ater-se aos métodos da ciência jurídica.

Ao comprar uma mercadoria, o consumidor paga preço, e não tributo. O ICMS é devido em nome pró-

prio pelo vendedor, que não é mero agente de cobrança e repasse de um inexistente imposto a cargo do comprador. Tanto que, segundo os tribunais superiores, o comerciante deve recolhê-lo mesmo que o cliente não lhe pague o preço. Não é possível que aquele seja contribuinte para fins tributários, mas que este é que o seja para fins penais.

A questão reveste-se de enorme repercussão jurídica, econômica e social.

Primeiro, porque tratar inadimplência de tributo próprio como apropriação de tributo alheio é analogia penal vedada pela Constituição.

Segundo porque a prisão por dívida — módica ou avassaladora — é vedada pela Constituição e por tratados assinados pelo Brasil.

Terceiro, porque a decisão do STJ ameaça a liberdade de milhares de empresários (16 mil só em São Paulo, informa a primeira página desta Folha em 19 de dezembro de 2018), debilitando a atividade econômica e a geração de empregos e tributos.

E, quarto, porque essa orientação é contraproducente: se está sujeito à prisão caso sonegue (o que é indiscutível), mas também caso declare e não pague, o contribuinte sem recursos ou convicto de que nada deve adotará a primeira conduta em vez da segunda, deixando de colaborar com o Fisco para apostar na chance de não ser descoberto e na certeza de que, caso o seja, contará com vantagens que a confissão lhe retiraria: direito ao processo administrativo e suspensão da ameaça penal até o fim deste.

Não prender não é ser leniente. A lei é dura também para o devedor confesso: multa, negativa de certidão, protesto. A criminalização da dívida tributária foi rechaçada pelo STF no auge do período autoritário (RE no HC 67.688). Não é na democracia que haverá de prosperar!