



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA EM APLICAR PENA RESTRITIVA DE  
LIBERDADE EM VIRTUDE DE DÍVIDA DECLARADA DE ICMS

ERICA BARBOZA VENTURINO

Rio de Janeiro  
2021

ERICA BARBOZA VENTURINO

A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA EM APLICAR PENA RESTRITIVA DE  
LIBERDADE EM VIRTUDE DE DÍVIDA DECLARADA DE ICMS

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancelli Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2021

## A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA EM APLICAR PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE EM VIRTUDE DE DÍVIDA DECLARADA DE ICMS

Erica Barboza Venturino

Graduada pela Universidade  
Candido Mendes. Advogada.

**Resumo** – O STF no julgamento do RHC 163.334 decidiu que o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. O Tribunal não esgotou o tema, em absoluto, pois a decisão não foi unânime entre os Ministros e o processo encontra-se concluso para julgamento de recurso de Embargos de Declaração, porém, a tendência do Tribunal restou demonstrada em seus votos. Considerando-se que o Brasil ratificou, sem reservas, o Pacto San José da Costa Rica, que em seu art. 7º aduz que ninguém deve ser detido por dívidas, em conjunto com a supracitada decisão, vem à tona a necessidade de uma profunda análise jurisprudencial e doutrinária sobre os efeitos práticos da tese firmada no RHC 163.334 no âmbito jurídico-social. Esse estudo visa auxiliar os aplicadores do direito na compreensão das controvérsias existentes e servir como norte de pesquisa e discussão sobre o tema.

**Palavras-Chave** - Tributação, Restrição de Liberdade, Dívida Declarada e Não Paga, ICMS.

**Sumário** – Introdução. 1. Da Impossibilidade de prisão por dívidas e sua origem histórica. 2. Inconstitucionalidade da interpretação do RHC 163.334 e da natureza da prisão. 3. Apontamentos sobre as teses vencidas no RHC 163.334. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a apresentação de artigo científico para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, onde analisa-se o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 163.334 em face da tipificação do não recolhimento do ICMS declarado e não pago conforme o art. 2º, inciso II, da Lei nº 8137/1990. Evidente que o tema é de notória controvérsia, uma vez que mesmo o julgamento perante a Suprema Corte causou divisão perante os Ministros, em que, por maioria, restaram vencidos os ilustres Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e fixou-se a tese de que o contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação deixa de recolher ICMS cobrado do adquirente de mercadoria ou serviço acaba por incidir no tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

A tese firmada estabelece requisitos para a caracterização do tipo penal, visando

estabelecer interpretação restritiva, que depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, onde somente considera-se criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, com o objetivo de enriquecimento ilícito.

No entanto, conforme será delineado no presente estudo, apesar da supracitada tese buscar limitar a abrangência do tipo penal, arrebanhando sua aplicação à uma atuação lesiva e, admite-se, específica, do contribuinte, visualiza-se uma problemática intrínseca ao entendimento firmado, quando este é colocado em um contexto histórico-social de abuso do poder da sociedade e do Estado em face do indivíduo inadimplente, que também afeta negativamente a isonomia do Direito Penal, e que certamente enseja a necessidade de uma discussão aprofundada.

Para este fim, será analisado o art. 7º do Pacto San José da Costa Rica, que traz a impossibilidade de prisão por dívidas, e sua origem histórica e social, assim como o histórico da prisão civil em geral; em face disso, o estudo também configurará, de forma decisiva, a prisão prevista pela tese firmada no RHC 163.334 como sendo de natureza estritamente cível, e que, portanto, causaria óbice à princípios constitucionais; em seguimento, os votos vencidos dos Ilustres Ministros serão pormenorizados diante do resto do estudo, e por fim, serão apresentados os efeitos práticos do RHC 163.334 e suas consequências fiscais aos empresários e contribuintes.

## 1. DA IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO POR DÍVIDAS E SUA ORIGEM HISTÓRICA

O instituto da prisão civil por dívidas traz extenso lastro histórico, reconhecido em sua forma inicial, subdesenvolvida, já em 3.000 A.C, nos escritos de povos egípcios, hebreus, indianos, babilônicos, gregos e romanos, que indicam a existência da prisão por dívida, que ensejaria a perda da liberdade *stricto sensu*, sacrifícios físicos, escravização e morte. Até mesmo o Antigo Testamento, Evangelho de Mateus, capítulo 18, versículos 23 a 35, faz menção à prisão do devedor, em caso de não pagamento, resultando no devedor e sua família sendo vendidos como escravos até o total adimplemento da dívida<sup>1</sup>.

No Egito<sup>2</sup>, durante o período do novo império (1550-1175 A.C.), o devedor inadimplente era transformado em escravo do credor, para que através do trabalho forçado pudesse pagar o que valor devido, extinguindo a dívida para posteriormente se tornar

---

<sup>1</sup> GARCIA, A.S.; MONTAGNINI, S.G.; BUDAL, R.; ANTEVELI, A.; DEL'ARCO. DANILO; BIELSKI, K.; NASCIMENTO, L. A. do. A história da prisão civil por dívida. *UNOPAR Cient., Ciênci. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 50, mar. 2001.

<sup>2</sup> Ibid. p. 51.

novamente livre.

Em Roma<sup>3</sup>, o instituto da prisão civil e a execução pessoal por dívida existiram desde o início do Direito Romano, em 753 A.C. Os negócios e obrigações no Direito Romano Arcaico exigiam uma série de formalidades, entre elas, o *nexum*, que estabelecia uma relação de dívida ante o não pagamento (título executivo), que se executava mediante a *manus iniectio*, que dava luz à uma sanção, ou a *manus iniectio*, a submissão do devedor ao cárcere privado credor.

Sobre a Grécia Antiga, cita Bittencourt:

[...] a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim, o devedor a mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a dívida.<sup>4</sup>

Na Idade Moderna, com a consolidação da lucratividade como base essencial da atividade comercial, e o aumento da força da burguesia em face do clero e da nobreza, assim como as inovações científicas e revoluções industriais, o movimento de codificação do direito internacionalmente serviu à melhor documentar as diversas facetas da prisão civil, algumas das quais aqui se menciona, para melhor ilustrar sua jornada histórica<sup>5</sup>.

A falência tornou-se um instituto definido em um estatuto na Inglaterra em 1542 como forma de insolvência legalmente reconhecida e com severas punições. Uma instituição medieval conhecida como “*debtors’s prison*”, ou “prisão do devedor”, inclusive, persistiu por centenas de anos, mesmo na era moderna, até meados do século 19<sup>6</sup>, onde o devedor e sua família eram presos por conta da inadimplência do patriarca, e regularmente esposas e crianças eram enviadas para as ruas para trabalhar ou esmolar. Mesmo neste contexto, a prisão era a última cartada, feita quando os bens do devedor eram insuficientes para cobrir a totalidade da dívida. Os sofrimentos causados por este instituto deram origem à um movimento artístico, exemplificado de forma mais completa na obra “O mercador de Veneza”, de Charles Dickens, que narra o regime de abusos e horrores da prisão civil à época.

No final do século 17, pensadores já insistiam que a prisão dos devedores era

<sup>3</sup> Ibid. p. 56.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 216.

<sup>5</sup> GARCIA, A.S.; MONTAGNINI, S.G.; BUDAL, R.; ANTEVELI, A.; DEL’ARCO. DANILO; BIELSKI, K.; NASCIMENTO, L. A. do. A história da prisão civil por dívida. *UNOPAR Cient., Ciênci. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 59, mar. 2001.

<sup>6</sup> KUTTNER, Robert. *Debtors’ Prison: The Politics of Austerity Versus Possibility*. Reino Unido: Vintage, 2015. n.p.

absolutamente contraproducente, uma vez que “tornaria os devedores mendigos, sem beneficiar significativamente os credores”<sup>7</sup>. Atrás das grades, o devedor, privado de seus bens e sua capacidade de ofício, essencialmente não teria meio de reassumir uma vida econômica produtiva e pagar suas dívidas, contribuindo para a sociedade.

No Brasil, a Constituição Política do Império Brasileiro de 1824, e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, restaram ambas silentes quanto à prisão por dívida, enquanto a Constituição de 1934 trouxe a inexistência da prisão por dívidas, multas ou custas. A Constituição de 1937 foi novamente omissa, abrindo ao legislador ordinário a possibilidade de criá-las. As demais, de 1946 e de 1967, mantiveram a inexistência da prisão por dívidas, com duas problemáticas exceções: o depositário infiel e o devedor de alimentos<sup>8</sup>.

Em seguimento, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>9</sup> (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) foi firmada em 22/11/1969 na cidade San José, na Costa Rica, e entrou em vigência em 18/06/1978, buscando estabelecer um sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos. O objetivo de seu artigo 7 também é amplamente conhecido, de resguardar a liberdade e a segurança pessoal, visando proteger a integridade física de cada ser humano.

O art. 7, inciso 7, aduz que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”<sup>10</sup>. Neste sentido:

*El artículo 7.7 de la Convención prohíbe la prisión por deudas y deja a salvo los mandatos de una autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios. Con esta salvedad se sustraen de la prohibición los casos de arrestos coercitivos previstos en algunos ordenamientos, mediante los cuales, dadas ciertas condiciones, se puede privar de la libertad al obligado en alimentos para compelerlo a satisfacer la obligación alimentaria. Conviene finalmente aludir a otras exigencias destinadas a proteger la libertad personal que no están explícitas en el artículo 7 de la Convención pero que la jurisprudencia interamericana ha formulado en atención, principalmente, al deber de garantía de los derechos humanos, en particular de la libertad personal, que el artículo 1.1 de la Convención –que no siempre es invocado explícitamente– impone a los Estados, en concordancia con el artículo 7 de la Convención. Al fundamentar estas obligaciones implícitas a veces se aduce también el artículo 2 de la Convención, relativo a la necesidad de adoptar disposiciones o medidas de orden interno para asegurar la efectividad de los*

<sup>7</sup> MANN, Bruce H. *Republic of Debtors*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. n.p.

<sup>8</sup> GARCIA, A.S.; MONTAGNINI, S.G.; BUDAL, R.; ANTEVELI, A.; DEL’ARCO. DANILO; BIELSKI, K.; NASCIMENTO, L. A. do. A história da prisão civil por dívida. *UNOPAR Cient., Ciênci. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 60, mar. 2001.

<sup>9</sup> BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

Acesso em: 15/02/2021.

<sup>10</sup> *Ibid.*

*derechos*.<sup>11</sup>

Outrossim, a Convenção estabelece e cria exceção *especificamente* quanto ao inadimplemento de alimentos, como um “ponto fora da curva”, tornando-se a única origem de prisão civil que é permitida de acordo a Convenção. Entende-se, portanto, que qualquer outra prisão de natureza cível estará em total desacordo com o Pacto.

Atualmente, a Constituição prevê, em seu art. 5º, inciso LXVII<sup>12</sup>, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, excusando, novamente, a prisão civil, em duas únicas exceções: em caso de obrigação alimentícia e o depositário infiel. No entanto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”<sup>13</sup>, retornando à um aparente cumprimento dos termos especificados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Isto é, até o recente julgamento do RHC 163.334.

## 2. INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO RHC 163.334 E DA NATUREZA DA PRISÃO

Conforme evidenciado no capítulo anterior, a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza, em seu art. 5º, LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, salvo duas únicas exceções, uma das quais já foi superada por entendimento jurisprudencial sumulado.

Retorna-se, desta forma, ao entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal, tema principal do presente estudo, de que “O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”<sup>14</sup> Em leitura das razões do Ilustre Relator, ele faz

<sup>11</sup> STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Fundação Konrad Adenauer, 2014. p. 221.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>13</sup> BRASIL. *Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 15/02/2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RHC 163334/SC*. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Recorrente: Robson Schumacher, Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de novembro de 2020. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Santa Catarina, v. 1, p. 2, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344963121&ext=.pdf>. Acesso em: 25/02/2021.

o seguinte questionamento:

A questão aqui examinada, portanto, é a seguinte: deixar o comerciante de recolher ICMS próprio, escriturado e declarado, repassado economicamente ao comprador da mercadoria ou tomador do serviço, é crime? (...) Embora o tema seja controverso, convenci-me de que, desde que preenchidos outros pressupostos, a resposta é positiva. (...) A existência de alguns julgados no STJ reconhecendo a atipicidade da apropriação de ICMS fez com que diversos contribuintes passassem a declarar os valores devidos, sem recolhê-los, contando com a impunidade. (...) Nem todo devedor de ICMS comete o delito. Não haverá crime nos casos em que o comerciante, em virtude de circunstâncias excepcionais, deixar de pagar o tributo em um ou outro mês. A situação é diversa em relação aos devedores contumazes, que fazem do inadimplemento seu *modus operandi*. Trata-se de devedores que utilizam os valores de ICMS arrecadados dos consumidores para financiar suas atividades empresariais, permanecendo no mercado, de forma predatória, por vários anos. (...) É preciso, portanto, que se constate que a inadimplência do devedor é reiterada, sistemática, contumaz, verdadeiro modelo negocial do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. Trata-se de elemento de valoração global do fato, a ser apurado pelo juiz em cada processo concreto.<sup>15</sup>

Primeiramente, com o devido respeito ao entendimento promovido pelo Relator, mas a interpretação acima elencada traz uma série de questões de suma importância: primeiramente, a mais grave, o “elefante na sala”, que é a subjetividade do que é o denominado “devedor contumaz”, reiterado, que “financia” sua atividade empresária com o que deixa de repassar, julgamento este que é transferido inteiramente ao magistrado, o que causa enorme insegurança jurídica. Levanta-se a questão de quando, exatamente, um devedor passa a ser “contumaz” ou “reiterado”, de quando a sua conduta pode ser considerada sistemática. Certamente, quando se trata do Direito Penal, tais perguntas não são apenas simples questões a atizar a curiosidade de um doutrinador, mas nortes que ditarão a ilicitude de um ato, que no momento, é um bônus garantido inteiramente ao Estado, em uma análise “*case-by-case basis*” (caso a caso). A discussão sobre a existência de dolo específico de apropriação é completamente inócua diante da inexistência de tipicidade objetiva.

Não apenas isso, mas a premissa da qual parte o Ilustre Relator, de que a falta do recolhimento equivale à sonegação (não equivalentes pela lei, mas pelo resultado do ato), e por fim equipara a gravidade de sua punição, é falha. Tratar o inadimplemento *per se* como apropriação é uma premissa falha, também, como se delineará a seguir.

Quando o Relator menciona em suas razões os inegáveis problemas causados pela sonegação fiscal, reiteradamente, tenta construir a narrativa de que a simples inadimplência fiscal, sem a prática de fraude, é também causa destes problemas, e a persecução penal, a única

---

<sup>15</sup> Ibid.

solução.

Em análise simplificada de mérito, o conceito do inadimplemento entre indivíduos e o inadimplemento tributário possuem semelhanças que o Relator ignora; ambos trazem consigo a necessidade de pagamento e a exequibilidade do crédito, a inerente insatisfação do credor, e os efeitos sociais negativos, que não são, em absoluto, exclusividade do inadimplemento tributário. A inadimplência entre indivíduos afeta negativamente a economia de um país, aumentando o desemprego e a taxa de juros dos bancos, causa insegurança contratual, e sobrecarrega o judiciário. Porém, mesmo assim, a prisão civil do devedor foi devidamente rechaçada por nossa Constituição. Torna-se, desse modo, evidente o tratamento especial dado ao crédito tributário.

Um devedor contumaz, fora do espectro tributário, não comete ilícito penal, embora cause, mesmo que de forma indireta, os problemas acima delineados, afetando o credor diretamente. Mesmo assim, nossa Constituição preferiu que a discussão sobre dívidas permanecesse na seara do Direito Cível, e o motivo é óbvio, visualizando o histórico terrível da prisão civil e de sua absoluta inefetividade como forma de garantir o pagamento das dívidas. Mas todo este contexto parece ser deixado de lado quando se trata do dinheiro que o Estado delimita como seu de direito. Deve-se analisar o que torna o devedor tributário “contumaz” não apenas um devedor, mas um apropriador, um criminoso, e se isso não ocorreria como resultado social de seu inadimplemento, como os Ilustres Ministros tanto reiteraram em suas razões.

Se a tipicidade do inadimplemento tributário decorre do resultado (no caso, por exemplo, do contribuinte deixar de pagar tributo que seria, eventualmente, destinado à saúde), resultado igual também se visualiza no caso de inadimplemento de dívida que beneficiaria credor doente, que, por conta de falta do pagamento, não consegue comprar seus remédios. Nesse caso, levanta-se o questionamento de se o inadimplente seria, assim, um criminoso. Ambos os resultados afetam diretamente direitos sociais de suma importância em nosso ordenamento, porém, apenas um é considerado como decorrente de um crime.

Se a tipicidade decorre do enriquecimento ilícito, que gera ou não competição injusta, a análise passa não somente ao resultado do inadimplemento perante terceiros, mas ao resultado do inadimplemento perante o próprio devedor. Novamente, inexistente distinção entre devedores fora do escopo tributário e estes supostos devedores “contumazes” de tributos, que podem ou não se beneficiar de eventual inadimplemento. Uma empresa que adquire significativo empréstimo e consegue diminuir o preço que cobra por seus serviços, mas posteriormente não paga o empréstimo que tomou, se beneficiou temporariamente de seu inadimplemento, porém, em sua atuação não há crime. Se o contribuinte acaba se beneficiando de seu inadimplemento,

inexiste óbice a manter a discussão na seara exclusiva do Direito Cível. Certamente, não justifica a adoção da grave última medida, a persecução penal, somente por este motivo. Quando o contribuinte se torna inadimplente tributário, está sujeito ao pagamento de seu débito acrescido de multa e juros de mora, entre outras formas de sanções, sem haver qualquer necessidade de elevação das medidas impostas. Quem deixa de pagar passa a ser devedor do fisco, e pode ser executado, multado, e responder com seu patrimônio pessoal<sup>16</sup>.

Em análise final das razões do ilustre Relator, não se encontra a característica do débito tributário que o eleve acima dos demais de forma a justificar o tratamento diferenciado. Esta especificidade de abordagem do devedor tributário demonstra a falta de consistência do Estado na criação e aplicação de suas sanções e certamente denota uma excessiva gana punitiva decorrente apenas do interesse do próprio Estado de receber o que considera devido. Todas as razões trazidas na tese formada pelo Supremo Tribunal Federal a justificar a sanção penal poderiam facilmente ser aplicadas também ao inadimplemento fora do escopo tributário, porém, sabe-se que isto seria abusivo e ilegal.

A diferença entre o ilícito penal e tributário é ontológica, com inegável distinção em sua origem. É outorgado ao Estado o supremo poder de privar a liberdade de um indivíduo para proteger seus próprios interesses, pois a tipificação do ilícito tributário, em suma, visa proteger, acima de tudo, o interesse do Estado; porém, a natureza do inadimplemento não se modifica, conforme dito acima, daquele praticado entre indivíduos e empresas da sociedade. O que muda, efetivamente, é seu “alvo”: o erário público. Usar a punibilidade como forma coercitiva para o adimplemento de um débito transforma o Direito Penal em instrumento de cobrança, banalizando sua importância e sua finalidade social, simplesmente para servir à política arrecadatória do Estado. Punir com a sanção criminal, como perfeitamente colocado por Estellita e Junior (2019), “envolve o ônus de demonstrar que todas as outras medidas legais disponíveis ao Fisco são insuficientes”<sup>17</sup>.

No momento de declaração da dívida pelo contribuinte, afasta-se definitivamente a sonegação, ou fraude contra o fisco. Declara-se naquele momento a intenção de adimplir *civilmente* a dívida, o que torna eventual mora uma dívida de natureza civil. A mera ausência de pagamento de ICMS só é relevante se vier acompanhada de fraude, sonegação, dissimulação

---

<sup>16</sup> HIRECHE, Gamil Foppel El; MINARDI, Josiane Ribeiro. Sobre a criminalização do inadimplemento do ICMS (próprio): considerações críticas ao entendimento do RHC 163.334. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v.4, 2020.

<sup>17</sup> ESTELLITA, Heloísa.; PAULA JÚNIOR, Aldo de. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária? *Notícias Jurídicas*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-umaproposta-de-punicao](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-umaproposta-de-punicao). Acesso em: 10/04/2020.

ou omissão dolosa de obrigações acessórias.

Por conseguinte, a hipótese de prisão trazida pela tese do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 163.334 em caso de ICMS declarado e não pago, possui natureza de prisão cível, o que, conforme previamente exposto, é uma impossibilidade no atual cenário jurídico.

A Constituição veda a prisão civil por dívida, com sua única atual exceção, que não engloba o ilícito tributário decorrente de inadimplemento; como o Judiciário não possui a competência para legislar, visualiza-se nesta situação um abuso de competência do Judiciário, adentrando a missão do Legislativo, que deve ser rechaçada, sob pena de violação do princípio da legalidade.

### 3. APONTAMENTOS SOBRE AS TESES VENCIDAS NO RHC 163.334

Para evidenciar a notoriedade das problemáticas *in casu*, traz-se alguns pontos-chaves perfeitamente colocados pelos Ministros vencidos no julgamento do RHC 163.335. Em sua fundamentação, o Ministro do STF Gilmar Mendes, e, em seguida, o Ministro Lewandowski, mencionam:

Transcrevo o tipo penal em debate, previsto no inciso II do referido artigo de lei: “Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;” Nessa linha de raciocínio, acerca do inciso II, o dolo, com a necessária consideração do elemento subjetivo especial do injusto em comento, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário e com a intenção de não recolhê-los, deve, imperiosamente, ser levado em conta. (...) Isso significa que o mero dolo de não recolher o tributo, de uma forma genérica, é insuficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, sendo necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do fisco para materializar o elemento subjetivo especial do tipo em apreço. Tal *animus* se manifesta pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos e se exclui, logicamente, com a devida declaração da espécie tributária junto aos órgãos da administração fiscal. (...) No caso em tela, o tipo objetivo se caracteriza pelo não recolhimento do tributo devido, e o elemento subjetivo especial pela apropriação fraudulenta dos valores que se manifesta pela ausência de sua devida declaração. Sendo assim, quando uma clara demonstração do liame subjetivo entre autor e fato não é suficientemente levada a cabo pela acusação – e é este aqui o caso –, estar-se-á diante de uma verdadeira imputação criminal pelo mero inadimplemento de uma dívida fiscal.

Naquela assentada, ressalvei, enfaticamente, que as condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas, aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o imposto devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Assim, esclareço, a norma não trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1991 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a *ultima ratio* para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal. (...) Na espécie, o tipo penal

em comentário não traz qualquer limitação a respeito do alcance da expressão “sujeito passivo de obrigação”, abrangendo, assim, tanto o contribuinte quanto o responsável tributário que, nessa qualidade, tenha descontado ou cobrado o valor do tributo de terceiro e não tenha repassado ao Fisco. Todavia, como bem observou a Ministra Maria Tereza de Assis Moura em seu voto divergente proferido na decisão que ora se combate, “[o] consumidor não é contribuinte do imposto, no sentido técnico, nem sujeito passivo da obrigação, o que significa que ele jamais será cobrado pelo pagamento do imposto devido na operação. Não existe relação jurídica tributária possível entre o Fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele ‘cobrado’ ou ‘descontado’”.<sup>18</sup>

Concorda-se, em absoluto, com os fundamentos trazidos pelos Ilustres Ministros. No caso do ICMS declarado e não pago, há uma relação jurídico-tributária existente apenas entre o comerciante e o Estado, sendo por isso incabível falar que o contribuinte deixou de repassar tributo na qualidade de sujeito passivo aos cofres públicos. O que ocorre é a declaração por parte do contribuinte que realizou o fato gerador do ICMS, pois efetuou venda, e deixou de recolher o tributo ao Estado, tratando-se, assim, de mero inadimplemento de tributo, o que não pode ser considerado como crime por si só<sup>19</sup>.

*Permissa venia*, em sua antecipação ao voto do RHC 163.334, o Ilustre Ministro Ricardo Lewandowski apresentou a situação com precisão cirúrgica:

Na data de ontem, Senhor Presidente, confesso que saí extremamente preocupado, porque, pelas estatísticas apresentadas em Plenário, cheguei a pensar que o Brasil é um paraíso fiscal, um paraíso dos sonegadores, um paraíso dos inadimplentes. E saí muito preocupado, Presidente, mas logo me consolei lembrando de um dito de Mark Twain. Mark Twain é um grande escritor americano do começo do século passado e um dos meus escritores da adolescência. Li com muito gosto *As Aventuras de Tom Sawyer*, companheiro de Huckleberry Finn. Mas dizia este grande escritor americano, consagrado: que os fatos são teimosos, mas as estatísticas são flexíveis. E, aí, Senhor Presidente, para afastar a minha preocupação que acabei de veicular, hoje de manhã, entrei em contato com o Conselho Nacional de Justiça, que Vossa Senhoria tão superiormente comanda, e fui procurar alguns dados sobre a execução fiscal no Brasil, até porque me lembrava dos tempos que fui Presidente daquele órgão, o CNJ, que, dentre as várias metas que o CNJ fixava para a magistratura brasileira, era aumentar o índice de execuções fiscais em curso no País. E, em atendimento a essa orientação, não direi determinação, do CNJ, ano a ano, Senhor Presidente, as execuções fiscais no Brasil foram crescendo. Em 2016, por exemplo, a receita recuperada pelo Poder

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RHC 163334/SC*. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Recorrente: Robson Schumacher, Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de novembro de 2020. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Santa Catarina, v. 1, p. 87 e 153, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344963121&ext=.pdf>. Acesso em: 25/02/2021.

<sup>19</sup> HIRECHE, Gamil Foppel El; MINARDI, Josiane Ribeiro. Sobre a criminalização do inadimplemento do ICMS (próprio): considerações críticas ao entendimento do RHC 163.334. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v.4, 2020.

Judiciário nesse tipo de ação correspondeu a 22 bilhões. Em 2017, a 30,2 bilhões. Em 2018, correspondeu a R\$ 38,1 bilhões. Uma quantia extraordinariamente relevante, importante! (...) Portanto, Presidente, não me impressionam os dados, que foram apresentados da tribuna e veiculados aqui em Plenário, de que a Fazenda Pública estaria totalmente inerte e desguarnecida de instrumentos legais para cobrar os sonegadores. Esses valores - 38,1 bilhões de execuções fiscais mais 2,8 bilhões de execuções previdenciárias - mostram a pujança do Judiciário e mostram realmente que a Fazenda Pública está plenamente aparelhada para combater a sonegação fiscal e a inadimplência no Brasil. Quando mais não seja, a Lei 6.830, que é a Lei de Execução Fiscal, é uma lei draconiana, uma das leis mais severas, mais rigorosas que temos no ordenamento legal brasileiro, é uma verdadeira máquina de moer contribuintes!<sup>20</sup>

Nestas breves palavras, o Ministro deixa patente a falha existente nas premissas que fundamentam a tese da relatoria do RHC 163.334. Os números supostamente assombrosos de sonegação fiscal não podem ser analisados de forma singular, no vácuo, e sim, em face dos valores devidamente arrecadados pelo fisco e recuperados pelo Judiciário, demonstrando, diferentemente do que alguns dos votos deixam transparecer, que o fisco tem plena capacidade de combater e buscar o adimplemento no âmbito cível, com resultados satisfatórios.

Aliás, as palavras do Ministro Lewandowski escancaram uma das facetas mais problemáticas da tese do Relator: de que o inadimplemento somente se torna tipo penal face a incapacidade estatal de regular e promover adequadamente sua cobrança tributária. Se o Estado fosse mais eficiente, então a sonegação seria um problema de menor gravidade, e a solução não precisaria, necessariamente, ser discutida no âmbito penal. Porém, como não é o caso, a única solução é criminalizar o ato, no intuito de “combater a corrupção”. Tal é a ideia que se extrai dos argumentos do Relator. Imputa-se ao contribuinte a responsabilidade pelos altos percentuais de sonegação com o aumento da gravidade das punições, apesar de demonstrado que o fisco possui todos os utensílios necessários para promover o cumprimento de sua coleta de forma mais pacífica, não envolvendo o Direito Penal.

## CONCLUSÃO

A moralidade do inadimplemento invariavelmente acaba sendo confundida com questões econômicas práticas. A necessidade de pagamento de uma dívida é considerada uma

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RHC 163334/SC*. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Recorrente: Robson Schumacher, Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de novembro de 2020. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Santa Catarina, v. 1, p. 150, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344963121&ext=.pdf>. Acesso em: 25/02/2021.

obrigação moral, enquanto a austeridade e o “sacrifício mútuo”, mesmo quando economicamente irracional, são preferíveis, como forma de redenção por pecados anteriores. Tal irracionalidade é visível na condenação e privação de liberdade do devedor, que não apenas não soluciona o problema da dívida, mas muitas vezes a piora ou impossibilita qualquer futuro adimplemento. Para o sistema capitalista funcionar, o débito deve deixar de ser uma questão moral e se tornar uma questão meramente instrumental, onde a funcionalidade e a praticidade devem tomar as rédeas.

Quando alguns dos Ilustres Ministros trazem, em suas razões, exemplo de Estados brasileiros onde há endurecimento dos ilícitos tributários, seguido de exemplo de Estado onde a fiscalização é mais leniente, para demonstrar a diferença na taxa de sonegação e inadimplemento fiscal, trata-se de fundamentação que não pode nem ao menos ser considerado como evidência estatística, uma vez que compara apenas duas amostras, e ignora centenas de outros fatores que possam afetar de alguma forma o percentual de inadimplência naquelas regiões específicas.

Portanto, os reflexos fáticos da criminalização prevista pela tese do STF somente podem ser discutidos no campo lógico-teórico, considerando a limitada amostra de dados estatísticos válidos capazes de direcionar algum entendimento em detrimento de outro. Qualquer afirmação sobre o tema invariavelmente possui natureza hipotética, porém, algumas aferições conseguem ser demonstradas através de operações lógicas, o que se fará adiante.

Primeiramente, o senso comum dita que a lei penal mais severa causa a diminuição da criminalidade, que o que, na prática, não poderia estar mais distante da realidade. Causa estranhamento que alguns dos Ilustres Ministros do STF tenham tecido argumentações no sentido de que a criminalização do devedor “contumaz” objetivamente (supostamente, na verdade) diminuiria esta prática, sendo que a realidade demonstra repetidamente que normas penais mais duras e a criação de novos tipos penais não solucionam ou diminuem a prática dos atos criminosos, meras demonstrações estéticas de esforços paliativos, infrutíferos. Pelo contrário, no caso em tela, como já informado, a prisão do devedor não servirá o propósito de adimplir a dívida, nem diminuirá o percentual de inadimplentes; porém, a sede persecutória do Estado estará devidamente saciada. Àqueles que ousaram desafiar o fisco terão sofrido as consequências, apesar do resultado não servir nem à sociedade nem ao Estado.

E mesmo que haja realmente uma diminuição real na taxa de inadimplemento fiscal, esta não pode existir em detrimento da liberdade daqueles que, do ponto de vista constitucional, são inocentes de qualquer crime. Um suposto bem-maior não pode ser fundamento para políticas públicas e sociais que firam de plano os direitos humanos dos indivíduos. Retorna-se

aos pontos chaves do estudo acima delineados, em que a inexistência de fraude descaracteriza o mero inadimplemento fiscal como o crime previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

Este estudo constatou a problemática entre a tese firmada pelo STF no julgamento do RHC 163.334 em face de normas constitucionais, assim como o Pacto San José da Costa Rica. O Supremo Tribunal Federal acaba atuando fora de sua competência, legislando sobre matéria tributária e criando tipo penal, mas que por sua natureza somente pode ser considerada como uma prisão civil, motivo pelo qual esta tese é inconstitucional e enseja imediata rediscussão, sob pena de ferir direitos humanos basilares de contribuintes que sofrerão a gana persecutória do Estado em nome do adimplemento fiscal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 22/03/2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm). Acesso em: 22/03/2021.

\_\_\_\_\_. *Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 15/02/2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RHC 163334/SC*. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Recorrente: Robson Schumacher, Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de novembro de 2020.

ESTELLITA, Heloísa.; PAULA JÚNIOR, Aldo de. *O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária? Notícias Jurídicas*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-umaproposta-de-punicao-](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-umaproposta-de-punicao-). Acesso em: 10/04/2020.

GARCIA, A.S.; MONTAGNINI, S.G.; BUDAL, R.; ANTEVELI, A.; DEL'ARCO. DANILO; BIELSKI, K.; NASCIMENTO, L. A. do. A história da prisão civil por dívida. UNOPAR, *Ciênci. Juríd.* 2001.

HIRECHE, Gamil Foppel El; MINARDI, Josiane Ribeiro. Sobre a criminalização do inadimplemento do ICMS (próprio): considerações críticas ao entendimento do RHC 163.334. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v.4, 2020.

KUTTNER, Robert. *Debtors' Prison: The Politics of Austerity Versus Possibility*. Reino Unido: Vintage, 2015.

MANN, Bruce H. *Republic of Debtors*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Fundação Konrad Adenauer, 2014.