

Criminalização da dívida do ICMS exige identificação correta do devedor contumaz

Devedor contumaz de tributos atua no mercado de forma ilícita, lesando o erário, a concorrência e a sociedade

HAMILTON DIAS DE SOUZA
HUGO FUNARO

23/02/2019 07:31



Crédito: Pixabay

Diante de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou apropriação indébita declarar e não pagar o ICMS, foi noticiado que o governo paulista pretende processar criminalmente cerca de 16 mil empresários considerados “devedores contumazes”.

A Lei Complementar Estadual nº 1.320/2018, que instituiu o Programa “Nos Conformes”, enquadra nessa categoria quem possui débitos relativos a 6 dos últimos 12 meses, ou dívidas inscritas, exigíveis e não garantidas que superem 40 mil UFESPs (aproximadamente R\$ 1 milhão) e 30% do patrimônio líquido da empresa ou 25% do total de suas transações do último ano.

Sem adentrar aos aspectos penais da questão, importa salientar a insuficiência dos critérios adotados pela legislação paulista para identificar os devedores contumazes, como evidencia o substitutivo do senador Ricardo Ferraço ao PLS-C 284/2017, recentemente aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos e pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor, ambas do Senado Federal.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

O projeto de lei complementar federal estabelece critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios concorrenciais, na forma do art. 146-A da Constituição Federal, e distingue três tipos de devedores: o eventual, que não recolhe tributo de forma isolada, por dificuldade momentânea ou até por considerá-lo indevido; o reiterado, que deixa de recolher o tributo em diversos períodos, por situação conjuntural ou mesmo para gerar caixa e cumprir suas obrigações, fugindo dos altos juros bancários enquanto aguarda eventual “REFIS”; e o contumaz, que se organiza para jamais pagar o tributo devido, visando reduzir artificialmente seus preços e ganhar mercado ilícitamente.

Os devedores eventual e reiterado desenvolvem suas atividades de forma lícita, devendo, em princípio, submeter-se aos mecanismos normais de cobrança. É possível, porém, que a inadimplência reiterada afete a concorrência, por exemplo, se os preços forem reduzidos significativamente. Nessa hipótese, o devedor reiterado poderá ser submetido a regimes especiais de fiscalização e cobrança de tributos, além de sofrer sanções na hipótese de sua inobservância ou de persistência na conduta que os motivou.

Já os devedores contumazes agem de forma ilícita, notadamente por meio de pessoas interpostas ou em favor de terceiros ocultos, possuindo, invariavelmente, patrimônio insuficiente para satisfazer obrigações tributárias, trabalhistas etc. Devem, portanto, ser impedidos de atuar, mediante cassação de inscrição no cadastro de contribuintes. O ordenamento protege a atividade lícita, não servindo de escudo a quem atue no campo da ilicitude.

Daí porque a lei deve estabelecer critérios razoáveis para classificar os contribuintes, de modo a preservar a liberdade de iniciativa dos devedores eventual e reiterado, e reprimir a atuação dos devedores contumazes.

A legislação paulista, porém, trata de modo similar os diferentes tipos de devedores, por se preocupar apenas com o tempo ou o valor da inadimplência, olvidando os indícios de ilicitude que permitam identificar os verdadeiros devedores contumazes. Afinal, quantos empresários sérios não escolheram pagar funcionários em detrimento dos tributos, especialmente durante a crise econômica? Obviamente, não se trata de devedores contumazes, a despeito do tempo decorrido ou do montante devido.

Este exemplo corriqueiro demonstra que boa parte dos contribuintes que o governo paulista poderá incluir entre os “devedores contumazes” para fins de persecução penal são contribuintes comuns de ICMS que cometeram meras infrações fiscais e deveriam ser cobrados pelos meios regulares.

Diante disso e, em linha com o espírito de colaboração, boa-fé e confiança que presidiu a elaboração do programa “Nos Conformes”, a definição de “devedor contumaz” nele contida deveria ser revista, de sorte a evitar injusta criminalização de condutas empresariais justificáveis no contexto peculiar da economia brasileira e, ao mesmo tempo, concentrar esforços no desmantelamento de *“estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial”*, em linha com a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Até porque, a eventual aprovação do PLS-C 284/2017 pelo Congresso Nacional uniformizará a definição de devedor contumaz em âmbito nacional, deixando clara a distinção entre este e os demais devedores. Em decorrência, poderá haver pedidos de indenização por contribuintes afetados por medidas de natureza tributária ou penal voltadas ao combate de devedores contumazes, quando não se tenham verificado os requisitos previstos em lei complementar.

Esse quadro recomenda que o governo paulista, desde já, adote providências de ordem legislativa e administrativa para identificar, de modo correto e eficiente, aqueles que, dizendo-se empresários, são, na realidade, delinquentes que usam pessoas jurídicas como fachada para atuar ilicitamente no mercado, lesando o Fisco, a concorrência e a sociedade.

HAMILTON DIAS DE SOUZA – Advogado, sócio fundador da Advocacia Dias de Souza e da Dias de Souza Advogados Associados, mestre e especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo (USP).

HUGO FUNARO – sócio do escritório Dias de Souza Advogados.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.