

Quem nunca foi cobrado não pode ser processado por sonegação fiscal



Igor Mauler Santiago
Advogado

“Devemos agir de modo a que em qualquer altura já tenhamos vivido o

bastante, coisa fora do alcance de quem está sempre procurando um rumo para a sua vida. E não penses que são poucos os homens nessas circunstâncias: são praticamente todos! Há mesmo quem comece a viver na hora em que devia morrer. Parece-te estranho? Pois vou dizer-te uma coisa aparentemente ainda mais estranha: *há homens que deixaram de viver antes mesmo de terem começado!*” (Sêneca. Cartas a Lucílio. Livro 3, Carta 23)

Uma coisa pode acabar antes mesmo de se iniciar? O paradoxo calha bem na lição do estoico, expressa em linguagem figurada e voltada ao campo da moralidade. Mas não tem lugar no mundo denotativo, pretensamente lógico e cronologicamente linear do Direito.

Ou não deveria, pois é a isso que temos assistido, incrédulos, nos domínios do Direito Penal Tributário. Referimo-nos às denúncias de sonegação fiscal dirigidas contra gestores de empresas não incluídos como coobrigados no lançamento do tributo supostamente evadido.

Como se sabe, a Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal afirma que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do *lançamento definitivo* do tributo”, isto é, da sua confirmação pelas instâncias administrativas de julgamento. Mais de uma vez alertamos para a insuficiência do enunciado, que não impede a injustiça de alguém ser condenado criminalmente e depois ver extinto, na esfera *judicial*, o débito que lastreara a acusação (clique [aqui](#) e [aqui](#) para ler).

Hoje vamos explorar o seu alcance subjetivo, buscando garantir a preservação daquele pouco que o Supremo já consagrou. Uma das funções do lançamento listadas no artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN) é identificar o(s) sujeito(s) passivo(s) da obrigação. É dizer: não basta dizer que há tributo devido, sendo imperativo responder: *devido por quem?*

Quem não é devedor, por não constar do lançamento, não pode sofrer os efeitos da respectiva

confirmação, a qual se terá dado contra terceiros (o contribuinte e os responsáveis acaso indicados), sem o atingir de nenhuma maneira. Noutras palavras, para deixar mais claro o inusitado da situação: não pode ser tachado de sonegador aquele de quem jamais se exigiu pagamento algum!

Se não se pode oferecer a denúncia antes do *encerramento* do processo administrativo, muito menos se pode ofertá-la antes do seu *início*, que ocorreria com a lavratura do auto de infração contra a pessoa física do gestor — ou melhor, com a sua inclusão, como coobrigado, na autuação lavrada contra a empresa que administrava ao tempo do fato imponível.

Isso lhe garantiria a oportunidade de defesa administrativa, que o STF qualifica como direito fundamental do contribuinte (Pleno, RE 389.383/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 29.6.2007). Finda essa etapa, com confirmação do débito e da vulneração ao artigo 135 do CTN (prática de ilícito justificadora da responsabilização pessoal), aí sim seria admissível a denúncia contra ele.

Foi o que ressaltaram os ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim ao votarem no Habeas Corpus 81.611/DF, relatado pelo primeiro (Pleno, DJ 13.5.2005), acórdão que serviu de base à elaboração da Súmula.

“Princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem” — anotou o relator — “que se subtraíam do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia de questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório (...) para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal”.

“Um cidadão vai ser compelido a pagar por estar sob pressão do Ministério Público...?”, indagou o ministro Nelson Jobim. E respondeu de pronto que, a ser assim, estar-se-ia “suprimindo um direito constitucional de defesa na esfera administrativa”.

Isso para não falar que, como vigorosamente alertou o ministro Cezar Peluso, “seria inexplicável e intolerável (...) autorizar o Fisco a exigir, pela força coercitiva da ignomínia” — pois o pagamento extintivo da punibilidade é a única forma de livrar do processo criminal o gestor a quem não foi dado defender-se da imputação fiscal — “tributo que não pode exigir por via de ação civil”.

É certo que a jurisprudência do STJ — criticada com enorme brilho por Leonardo José Corrêa Guarda em dissertação de mestrado que tive a satisfação de avaliar^[1] — admite o redirecionamento de execução fiscal mesmo contra terceiros não mencionados na certidão de dívida ativa, desde que a Fazenda Pública comprove o cumprimento dos requisitos do artigo 135 do CTN (1ª Seção, REsp. 1.182.462/AM, Relatora para o acórdão ministra Eliana Calmon, DJe 14.12.2010).

Sobre esse esdrúxulo mecanismo — a que a repetição deu um ar de falsa normalidade — muito há a dizer, quem sabe em futura coluna. Por ora anotamos apenas que se trata de lançamento feito pelo juiz, com quebra da separação dos Poderes, e temporalmente desvinculado da ocorrência do fato gerador (ao contrário do que predica a regra geral do artigo 173, inciso I, do CTN), sujeito que está ao período de cinco anos contados do *evento processual* consistente na citação do devedor principal ou, como querem outros, do implemento da condição desencadeadora da responsabilização tributária — mas nunca do fato gerador.

Seja como for, parece-nos claro que a aplicação literal da Súmula Vinculante 24 impede a persecução

criminal desse administrador tardiamente acionado, visto que para ele não houve e nem haverá o processo administrativo a cujo desfecho o verbete condiciona a admissibilidade da denúncia.

Conclusão oposta depende, ou da alteração do texto da Súmula, o que só o Supremo pode fazer, ou de uma interpretação construtiva no sentido de que a expressão “lançamento definitivo”, no caso de lançamento judicial (o redirecionamento da execução fiscal), alude à decisão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica dos artigos 133 a 137 do CPC.

Pois, por maior que seja a dignidade de um juiz, não se concebe que uma decisão repentina, não raro pouco fundamentada e tomada *inaudita altera parte*, baste para justificar a agressão ao patrimônio de quem, até aquele momento, estava totalmente alheio à discussão do débito tributário.

Insistir nessas filigranas na quadra atual de hipertrofia dos poderes do Estado, onde o massacre dos direitos fundamentais do cidadão é aplaudido em praça pública e timidamente homologado nas Cortes; onde são difamados os advogados que os reivindicam e os juízes que os garantem, e não só pelos leigos; onde o voluntarismo colonizou a hermenêutica jurídica a ponto de a indiferenciar da simples querela política; onde é preciso quase envergonhar-se por defender uma interpretação metódica das normas jurídicas — e não falamos só do Direito Penal, mas também das controvérsias tributárias de forma e de fundo —, insistir nesses detalhes de técnica jurídica em tal cenário chega a parecer ingênuo.

Mas é, ao contrário, uma renitente profissão de fé no Direito como instrumento para a proteção dos inocentes tanto quanto para a punição dos culpados, e sobretudo para a serena distinção entre uns e outros.

1 Aspectos Processuais da Responsabilidade Tributária de Terceiros. PUC/SP, 2014.

Date Created

03/05/2017