

Salo de Carvalho
Organizador

Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo

Autores:

Alexandre Wunderlich
Aramis Nassif
Bruno Heringer Júnior
Cláudia Marlise Alberton
Daniel Gerber
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Francis Rafael Beck
Gilberto Thuns
Lenora Azevedo de Oliveira
Marcelo Machado Bertoluci
Natalia Gimenes Pinzon
Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Paula Gil Larruscahim
Ronya Soares de Brito e Souto
Thaís Prestes Veras

LUMEN JURIS | editora



A Incompatibilidade entre a Criminalização do Inadimplemento de Tributos e o Direito Penal Garantista*

Marcelo Machado Bertoluci

Introdução

Como primeiro passo, é fundamental lançarmos um olhar retrospectivo sobre a legislação penal brasileira – para nos darmos conta do quanto o Estado-legislador tem incrementado o seu poder de ação por meio de leis interventivas da liberdade individual, infelizmente marcadas pelo utilitarismo penal. É nossa intenção produzir uma crítica amparada na análise principiológica, considerando que a criminalização em pauta decorre de duas marcantes crises (do Estado Interventivo e do Estado Fiscal), caracterizando marca indelével da violência institucional. Tal crítica privilegia-se por uma concepção interdisciplinar de saberes – abarcando pontos relevantes desde a pouca valoração do patrimônio público por nossa sociedade até a perquirição sobre o conceito vago e impreciso de “coisa pública” e sua baixa representatividade.

Diante dessa problemática, assumimos o compromisso de discutir o tema tendo como norte os modernos critérios político-criminais, embasados nos iluminadores princípios da proporcionalidade e isonomia aplicáveis no Estado Democrático de Direito.

Respeitaremos os princípios do Direito Penal garantista, pleiteando uma revisão da criminalização do inadimplemento de tributos e contribuições, mediante um (re)pensar do atual sistema, enfocando a necessidade da descriminalização da conduta com vistas ao seu

* Este texto compreende a síntese enxuta da Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PUCRS, apresentada à Banca Examinadora em 2001, e representa um estudo sobre a problemática advinda do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, que abarca a criminalização do inadimplemento de tributos e contribuições. O enfoque procura relacionar a baixa valoração social que a sociedade brasileira dá ao bem jurídico tutelado (o patrimônio público) e o deletério vício da inconstitucionalidade dessa criminalização em especial.

disciplinamento por intermédio do Direito de Intervenção ou do Direito de Mera Ordenação social.

1. As Características do Estado Intervencionista

As transformações ocorridas no século XX modificaram profundamente o papel do Estado, em suas características fundamentais, bem como a relação dos administradores públicos com os governados. Muitos são os fatores que colaboraram para a ocorrência dessas mudanças. A concepção desenvolvida no século XIX, segundo a qual o Estado deveria atuar restritivamente, enfrentou severos questionamentos. Naquele século, "aceitava-se como exceção a interferência do Estado nos assuntos em que fosse predominante o interesse individual, sendo raros os que não eram assim considerados" (STRECK; MORAIS, 2000, 10p. *passim*).

No decorrer da História, houve flagrante alteração nos papéis do Estado – a qual abarcou desde um aparente absenteísmo até a tarefa de intervenção. Para compreender esta mutação, citamos alguns fatores que colaboraram sobremaneira para o desenvolvimento da tarefa interventiva: a Revolução Industrial, com suas conseqüências de proletarização, o advento da 1ª Guerra Mundial, que rompeu a tradição do liberalismo econômico, dilatando as exigências de armamento e evidenciando a necessidade do controle da atividade econômica, como também a Constituição de Weimer e a crise de 1929, que produziram reflexos internacionais, com a intervenção do Estado no domínio econômico. Também contribuiu, para a afirmação do Estado Interventivo, o conjunto de concepções teóricas formuladas pela Igreja Católica, notadamente as Encíclicas Papais conhecidas como "doutrina social da Igreja". A mutação ocorrida resultou num Estado Intervencionista, caracterizado por novas funções, cuja construção teórica (economia e política sempre ligadas) é atribuída a John Maynard Keynes (*apud* VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 11).

O nascimento do Estado Interventivo ocorreu num momento marcado pela necessidade de ele zelar pelo equilíbrio adequado dos poderes sociais, bem como de atuar contra os processos de concentração, garantindo, em linhas gerais, a harmonização adequada dos interesses conflitantes. Sabe-se, hoje em dia, que o mercado livre, por princípio, não tem capacidade para resolver satisfatoriamente certos problemas de política econômica e social, dado que está unilateralmente orientado para promover a oferta dos bens mais rentáveis. Ele não promove, ou fá-lo de modo apenas insuficiente, outras tarefas da

comunidade política, como, por exemplo, cuidar da Justiça Social ou assumir tarefas culturais, preservar o meio ambiente natural ou adotar medidas de proteção contra riscos da própria existência.

A transição ocorrida entre o sistema liberal e o sistema intervencionista trouxe, como inegável conseqüência, a busca do bem-estar público, como também a procura pela Justiça Social. As transformações das funções do Estado, igualmente, ocorreram no Brasil, quando a ação do Estado-Providência aumentou sobremaneira: assistência social, proteção ao trabalho, regulação e fornecimento de prestações públicas, políticas sanitárias, habitacionais, urbanas, educacionais, culturais, dentre outras tarefas de fundamental relevância.

Em função dessa própria ampliação das atribuições do Estado contemporâneo, logicamente, a tarefa destinada à obtenção dos recursos públicos torna-se de fundamental importância para a satisfação das múltiplas prestações por ele devidas. A transição operada entre o Estado-Liberal e o Estado-Social pode ser estruturalmente comparada com a transição deste para o denominado Estado Fiscal. NORBERTO BOBBIO (1995, p. 404) leciona com precisão:

R. Goldscheid pôs em relevo a tendência histórica a um progressivo empobrecimento do Estado, já que a burguesia conseguiu criar um Estado dependente, no que respeita à disponibilidade financeira, às suas concessões. Se na época do Estado Absoluto os que detinham o poder representavam igualmente o Estado, e a riqueza do Estado era a sua riqueza, na época do Governo Constitucional, ao contrário, o Estado e a propriedade se separaram. Esta separação originou a dependência – a dependência fiscal – do Estado à sociedade.

Dessa forma, a fonte de recursos para a sustentação de suas obrigações passa a ter preponderância nas pautas de discussão, tanto assim que o Estado Intervencionista necessita um incremento cada vez maior das receitas públicas, a fim de implementar e fazer frente às suas múltiplas funções. Isto porque as exigências da sociedade são cada vez maiores e, por conseguinte, aumentam os desafios do Estado-providência.

1.1. O Estado Intervencionista Brasileiro

Efetivamente, o esforço de agilização da conduta do Estado justificou a sucessiva criação das autarquias e das sociedades mistas;

mas, à medida que esses se desenvolviam, o Estado foi, aos poucos, retirando-lhes a necessária autonomia e flexibilidade. Ocorreu, assim, a chamada "desautarquização das autarquias", fazendo com que lhes fosse aplicado o mesmo regime legal imperante em relação à administração direta na maior parte de suas atividades e na sua relação com os seus funcionários. Após a frustração da solução autárquica, desenvolveu-se a economia mista, cujo declínio, já em 1954, foi previsto pelo Professor BILAC PINTO (1957), mas que, desde então, continuaram a se multiplicar. Por muito tempo, não se admitiu nem a presença do Estado como simples acionista minoritário, nem a gestão realmente privada das empresas mistas, cuja personalidade de Direito privado escondia uma atuação que, mesmo fora da ação monopolista, obedecia de fato a um regime semipúblico, com uma camisa-de-força em matéria de licitações que falseava a adequada competição que deve existir entre atividades comerciais públicas, mistas e privadas.

A criação de novos Ministérios, como o do Trabalho, o da Educação e Saúde, com atividades mais de prestação de serviços do que simples registros burocráticos, indica uma tentativa de modernização e adaptação da estrutura administrativa a novas contingências da vida brasileira. Inicia-se um amplo esforço de elaboração legislativa, com a criação das Comissões Legislativas. E em dois setores principais o Governo Provisório vai estabelecer regime inteiramente novo, prenunciadores do Direito público econômico nascente, o regime das águas e energia elétrica, e o regime das minas. Em ambos os casos, os novos códigos, regulando a matéria, afastam-se claramente das simples disposições privatistas, para dar ao Estado poderes os mais amplos, transformando as relações contratuais de Direito privado em relações de Direito público, nas quais se tinha como objetivo principal o interesse público. A Constituição de 1934 já se enquadra neste novo espírito das Constituições européias do pós-guerra, refletindo o desenvolvimento de uma ordem econômica e social mais consentânea com as aspirações das classes trabalhadoras e com as novas atividades do Estado.

Além do aumento crescente da tarefa interventiva, verificamos no cenário nacional um incremento da ação normativa estatal na seara do Direito Penal: a Carta da República de 1937, que oficializou o período do Estado Novo e estabeleceu a intervenção estatal no domínio econômico, definiu de forma mais explícita que o Estado promulgaria leis mais severas em defesa da economia.

Pode-se perceber que o legislador brasileiro sempre deu atenção especial à propriedade privada e aos detentores do patrimônio. O próprio Código Penal de 1941 evidencia a existência de um descompasso entre a eleição de bens jurídicos e a gravidade das sanções penais.

A política intervencionista é evidenciada na Consolidação das Leis do Trabalho, ditada por Getúlio Vargas em 1943; igualmente o Decreto-Lei nº 7.661/45, originando a Lei de Falências, e o Decreto-Lei nº 7.666/45, punindo atos contrários à ordem moral-econômica.

Em 1946, com o advento da Constituição liberal, a legislação brasileira adotou posição mais flexível, contrariando o rumo à hipercriminalização por meio de uma política normativa implantada no período do Estado Novo.

Ademais, no governo do Presidente Getúlio Vargas, a Lei nº 1.521/51, Lei da Economia Popular, revolucionou a legislação à época. Numa verdadeira hemorragia de novos crimes, esta lei criou mais de vinte tipos penais, adotando uma forma sumária para o seu processamento (art. 10) e implantando o Júri da Economia Popular (art. 12 *usque* 30).

Posteriormente, nos anos sessenta, aparece a Lei nº 4.137/62, com o intuito de intervir no domínio econômico.

Nesse período, destacaram-se, ainda, as Leis nº 4.395 e nº 4.728, ambas de 1965. A primeira criou o Conselho Monetário Nacional, dispondo sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. A segunda disciplinou o mercado de capitais, prevendo medidas para o seu desenvolvimento.

Com a nova Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, é estabelecido que

(...) a ordem econômica tem por fim a realização da justiça social com base nos princípios da liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores da produção, desenvolvimento econômico e da repressão do abuso do poder econômico.

Em 1986, o Estado (legislador) segue com mais ênfase em sua política de intervenção na ordem econômica, promulgando a Lei nº 7.492, conhecida como a Lei dos Crimes do Colarinho Branco, tutelando o Sistema Financeiro Nacional.

1.2. O Tributo como Instrumento de Arrecadação

Para que o Estado-Providência implemente suas variadas prestações, torna-se imperioso que o instrumento da receita e o aprimoramento das técnicas de instrumentalização das finanças públicas sejam eficazes para viabilizar o custo financeiro da atividade Estatal.

Além da dimensão sociológica e histórica do tributo, outra dimensão é a denominada de caráter normológico (ver DE JUANO, 1990). O poder de tributar representa um aspecto da própria soberania estatal e, além de relação de poder, constitui-se em relação jurídica cuja origem remonta à imposição do vencedor sobre o vencido.

1.3. Os Princípios Estruturais da Tributação

A defesa do sistema tributário e do próprio regime jurídico da tributação opera-se por um conjunto de limitações estatais do poder de tributar. Os princípios básicos do sistema tributário (ver BELSUNCE, 1982, p. 67) representam padrões mínimos de atuação estatal e devem significar manifestação da Justiça tributária.

Por sua vez, os princípios constitucionais tributários, expressos ou implícitos, são os mandamentos nucleares do sistema, seu alicerce e fundamento, definidores de sua lógica e racionalidade (MELO, *apud* ATALIBA, 1984, pp. 35-36).

Dentre os princípios basilares do fenômeno da tributação destacam-se os que mais se relacionam ao presente trabalho: princípio da capacidade contributiva; da economia do tributo; da igualdade jurídica ou isonomia em matéria tributária, os quais, no caso de virem a ser violados, causam uma área de atrito de graves proporções entre o fisco e o contribuinte.

a) Princípio da Capacidade Contributiva

A Constituição Federal de 1988 restabeleceu a norma que expressamente consagra na Constituição de 1946 o princípio da capacidade contributiva.

De acordo como o art. 145, § 1º, os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva representa a potencialidade do sujeito passivo da relação tributária de agregar, ao patrimônio

e necessidades do Erário, recursos que não afetem sua própria possibilidade de gerá-los. Entende-se, por outro lado, como função distributiva de riquezas aquela finalidade estatal de reciclar seus ingressos tributários, permitindo que outras pessoas atinjam capacidade contributiva.

No sistema tributário brasileiro, assistimos à violação do estrutural princípio da capacidade contributiva (MARTINS, 1998, p. 20), sendo muitos os fatores indicativos dessa constante transgressão, a qual causa uma área de atrito de graves proporções entre o fisco e o contribuinte.

b) Princípio de Economia do Tributo

Por considerá-lo exato para este estudo, transcrevemos o conceito do princípio da economia do tributo de autoria de DINO JARACH (1990, p. 304), iluminado por ADAM SMITH:

Consiste este princípio, según la acepción de A. Smith, en lograr que los impuestos impongan al contribuyente la menor carga posible por encima del monto que efectivamente ingrese en las arcas del fisco.

Este princípio tem sido reiteradamente violado no Brasil, sobretudo porque a carga tributária brasileira se apresenta como elevadíssima, marcada pelo excesso de soberania do Estado na área da tributação, chegando, muitas vezes, a apresentar natureza confiscatória.

O Estado Fiscal brasileiro desenvolveu-se rapidamente e a intervenção no domínio econômico ganhou contornos exagerados. Tanto assim que ARNOLD WALD considera ser o Brasil um dos países em que o estado mais intervém na economia (1998, pp. 60-61).

Esta excessiva carga tributária praticada em nosso país impressiona pela profunda ingerência no patrimônio dos governados, configurando, inclusive, ameaça a princípios sagrados, como pondera NABAIS (1998, pp. 233-234) – o qual chega, até, a falar no “domínio da fiscalidade”.

c) Princípio da Igualdade Jurídica ou Isonomia em Matéria Tributária

O princípio da igualdade para o Direito Tributário é a projeção geral de isonomia jurídica, segundo o qual todos são iguais perante a