

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

"CALÇAMENTO" DE NOTAS FISCAIS

Relator

Genésio Nolli

INCONSTITUCIONALIDADE — INSS - LEI 8.212/91 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - FALTA DE RECOLHIMENTO - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - LEI 8.137/90

EMENTA

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE- ESTADO DO AÇÃO PENAL Nº ALEGAÇÕES FINAIS PELO RÉU: e, já qualificados, nos autos da Ação Penal acima identificada, por intermédio do seu advogado que esta subscreve, vem apresentar suas Alegações Finais na forma do art. 500, inciso III do CPP, expondo o seguinte: 1) DO RESUMO O Nobre Representante do Ministério Público, de acordo com a denúncia e as suas Alegações às fls. dos autos, pretende imputar aos Réus as sanções do Art. 2º, II da Lei 8.137/90 e art. 95, "d" da Lei 8.212/91. Atribui-lhes ainda nesta peça tipificação por omissão própria, com o dolo ("animus rem sibi habendi"), como elemento subjetivo do tipo do crime em questão. Diz, consubstanciada a materialidade no Auto de Infração Fiscal, lavrado pela autoridade previdenciária e pelas notificações de lançamento em Livro da empresa. Afirmar condenáveis os Acusados por serem eles sócios de empresa com contrato social por cota de sociedade limitada, assim cientes do ilícito e exclui a punibilidade do Acusado, tomando por verdadeira a configuração deste como sócio figurante de contrato e não administrativo. 2) PRELIMINARES INÉPCIA DA INICIAL a) SOBRE O DOLO Para que ocorra o dolo em qualquer de suas modalidades é necessário a vontade do agente de causar dano. Assim, também é na Lei 8.137/90 e na 8.212/91, não podendo ser o acusado condenado por mera culpa. Ou seja, nestas Leis é indispensável a prova da intenção de lesar o INSS. Porém, não existiu nenhuma vontade do Acusado em lesar o INSS e nem mesmo nos autos é demonstrada tal vontade. Sobre o dolo, ou sua ausência, em crimes contra a ordem tributária, assim têm decidido os nossos Tribunais.: "Crime Fiscal. Artigo 1º, inciso II da Lei 8.137/90. Não comprovação da materialidade. Denúncia e sentença que se basearam apenas e exclusivamente em notificações fiscais expedidas contra o apelante. Ausência do dolo específico, indispensável em sede de crimes contra a ordem tributária. Recurso provido para absolver o apelante com base no art. 386, VI, do C.P.P." (Ac. do T.j.S.C. - Apel. criminal 32.777 de Biguaçu-SC. Rel. Des. Genésio Nolli em 02/05/95 - Bol. Inf. Bonijuris - pg. 3.190). Conclui-se, portanto, que se o crime no qual pretendem incutir o acusado, necessita de dolo específico para sua finalização e dos autos não se retira nada que o comprove, A INICIAL É INEPTA POR FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. b) A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS As Leis 8.137/90 e 8.212/91, nas quais querem inserir o Acusado, desrespeitam frontalmente a Constituição da República. A Carta Magna diz em seu art. 5º, inciso XLVII, que é proibida a prisão por dívida, excetuadas as hipóteses do inadimplemento da pensão alimentícia e a do depositário infiel. Por exclusão, o acusado não se insere nem na forma de alimentante, muito menos na forma de depositário. Em recente artigo, intitulado "Infração Tributária Não é Crime", publicado na revista Boletim Informativo da Saraiva, de agosto de 1996 (fl. 05), o Doutrinador e Professor Eduardo Marcial Ferreira Jardim, entendendo ser a Lei 8.137/90 inconstitucional, assim discorre: "Igual raciocínio aplica-se às hipóteses em que o contribuinte deixa de pagar o tributo supostamente descontado de terceiro, a exemplo do imposto sobre a renda na fonte ou a contribuição previdenciária. Ao contrário dos dizeres literais da legislação de fonte, o que ocorre é o seguinte: ao pagar "x" de salário, o empregado deve pagar "y" de contribuição previdenciária e "z" de imposto de renda na sistemática de fonte. O chamado desconto ou retenção simplesmente inexistente. Mais: se existisse, ainda assim, o contribuinte não estaria exercendo a função de depositário, até porque tal conceito vem cristalizado

no Código Civil - arts. 1.265/1.267, bem como no CPC por intermédio dos artigos 149, 150, 275, inciso II, 824, 825 e 919. Não bastasse isso, cumpre lembrar que a Teoria Geral do Direito não autoriza ao legislador subverter conceitos para estipular novas competências não deferidas pelo sistema normativo. Como se vê o devedor de tributos, qualquer que seja a hipótese, é devedor de dívida própria, o que torna inadmissível a pretendida criminalização da infração tributária. O grau de absurdidade ganha foros de maior repúdio na medida em que a aludida legislação desrespeita frontalmente a Constituição da República... " O contribuinte, em qualquer destes casos, não recebe de ninguém o dinheiro a ser reco