III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E PROCESSO I

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

FRANCIELLE CALEGARI DE SOUZA

RENATA BOTELHO DUTRA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, criminologia, política criminal e processo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Francielle Calegari de Souza, Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Renata Botelho Dutra – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-282-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais - Anais de pôsteres. 2. Direito penal. 3. Criminologia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E PROCESSO I

Apresentação

No ano de 2020 fomos surpreendidos pela pandemia do COVID-19 e de repente nos vimos desafiados a nos reinventar de todas as todas as formas com o propósito de sobrevivência. Foi necessário aprender e reaprender, adaptar-se e readaptar-se, levantar a cada queda, cultivar a esperança, repensar a vida. Já estamos em 2021 e os desafios permanecem, contudo, é inegável que estamos mais fortes e que muito aprendemos no ano que se passou.

A tecnologia evoluiu e encurtou as distâncias que se fizeram indispensáveis e assim vamos seguindo a vida até que os abraços, os apertos de mãos, os cafés ao final de cada CONPEDI se tornem presenciais novamente. Enquanto isso compartilhamos sorrisos, aprendizado, experiências que saem do aconchego de nossos lares e por meio bits cruzam o Brasil de norte a sul, de leste a oeste, levando a ciência a novas fronteiras.

Em junho de 2020 foi realizado o I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); e agora, um ano depois, realizamos a terceira edição do CONPEDI Virtual que trouxe como tema a Saúde: segurança humana para a democracia.

Na noite de 25 de junho de 2021, autores dos mais diversos lugares do Brasil nos brindaram com temas atuais e de grande relevância, em pesquisas que foram apresentadas no Grupo de Trabalho "Direito Penal, Criminologia, Política Criminal e Processo I", sob a nossa coordenação. Foram apresentados trabalhos que demonstram preocupação com questões como a da mulher violentada e encarcerada, das drogas e políticas públicas, dos bancos de perfis genéticos, da saúde e acessibilidade no sistema prisional entre outros de ordem processual penal.

Gabriele Bandeira Borges sob a orientação do professor Doutor Francisco Geraldo Matos Santos abordou o tema "A culpa é da desistência? Como as mulheres atendidas pela Defensoria Pública de Ananindeua-PA foram tratadas nas desistências de medidas protetivas no ano de 2019" relacionando-o com a criminologia feminista.

Ana Clara Monteiro Cordeiro e João Victor Gomes e Gomes, sob a orientação da Profa. Dra. Linara Oeiras Assunção, abordaram a invisibilidade das mulheres encarceradas com o tema " A aplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá"

Igualmente tratando do encarceramento feminino a autora Natália Cabral Arantes apresentou o trabalho intitulado “ A mulher no sistema carcerário e a violação do direito à saúde na penitenciária feminina Consuelo Nasser no Estado de Goiás”.

Ainda envolvendo a questão de gênero e o sistema o carcerário, o autor Antonio Marcos Ferreira da Silva Orletti apresentou o trabalho cujo título é “ ADPF 527/DF e a evolução dos direitos constitucionais das pessoas trans encarceradas”.

O trabalho “ A banalização da aplicação da prisão preventiva e suas consequências no atual contexto da pandemia do coronavírus” foi apresentado pela autora Raíssa da Silva Porto.

A autora Isamara Dias Santa Barbara trouxe o tema “A (in)coerência da Súmula 438 do STJ: Prescrição em perspectiva da ação penal ante o interesse-utilidade da ação”.

A autora Rafaella Silveira abordou “A criminalização do ICMS declarado e não pago materializada no leading case Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus nº163.334, frente os princípios da legalidade e fragmentariedade do direito penal”.

Com discussões atuais, Robert Rocha Ferreira tratou “A delação premiada e o enfraquecimento das garantias fundamentais do acusado”.

“A desconstituição do trânsito em julgado e o acordo de não persecução penal” foi apresentado por Adriane Garcel sob a orientação do professor Doutor Fabio André Guaragni.

Denner Murilo de Oliveira falou da “Eficiência do sistema penal à margem da criminologia crítica”.

Abordando a delinquência juvenil sob o prisma da teoria do processo de amadurecimento emocional e pessoal, proposta por Donald Winnicott, o autor Rennan Agnus Souza Silva de Oliveira apresentou o trabalho “A delinquência juvenil sob o prisma de D.W. Winnicott”.

As autoras Isadora Marques Barreto e Beatriz Guimarães Machado Canto trouxeram “ A estratégia de redução de danos como uma alternativa viável à administração dos problemas relativos às drogas no Brasil”, tema este, de suma importância.

Igualmente importante e sobre a mesma temática, Ingrid Bessa Campos e Luis Fernando Benedito Gonçalves Souto falaram sobre “A ineficiência e a seletividade da política criminal de drogas: uma análise oportuna”.

Ainda sobre drogas tivemos o trabalho “Ações do CONEN-DF: uma alternativa à prevenção

do consumo abusivo de drogas” da autora Anne Caroline Calixto Nascimento.

Por fim, com semelhante preocupação, Juliana de Pádua Peleja apresentou “ Atuação da Defensoria Pública como órgão amenizador do punitivismo penal em crimes relacionados a drogas”.

O autor Gibran Miranda Rodrigues D’avila sob a orientação da professora Doutora Renata Soares Bonavides trata da questão da ausência de acessibilidade nos presídios e a prisão domiciliar e o perdão judicial como medidas alternativas para a garantia da dignidade humana ao apresentar “A prisão domiciliar e o perdão judicial como meios de assegurar a dignidade da pessoa humana aos deficientes físicos em razão da atual sistemática carcerária brasileira”.

Igualmente envolvendo fragilidades do sistema carcerário, os autores Cibele Lasinskas Machado e Eduardo Bocalete Pontes Gestal apresentaram “ Análise das medidas sanitárias de prevenção ao contágio pela COVID-19 realizadas nos cárceres paulistas em contraposição ao recomendado pelas diretrizes internacionais de saúde”.

Trazendo um tema novo e de grande importância, Lanna Gleyce Mota Luz trata do banco de perfis genéticos ao apresentar “ Aplicabilidade prática do artigo 9º da LEP no Estado de Goiás.”

Desta feita, com a riqueza que os temas apresentam, desejamos a todos uma ótima leitura.

Renata Botelho Dutra

Francielle Calegari de Souza

Marcio Eduardo Serra Nogueira Pedrosa Morais

A CRIMINALIZAÇÃO DO ICMS DECLARADO E NÃO PAGO MATERIALIZADA NO LEADING CASE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS N. 163.334, FRENTE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL

Jonathan Cardoso Régis[1]
Rafaella Silveira

Resumo

Sabe-se que o Direito Brasileiro é regido por uma série de princípios, os quais devem ser observados quando da aplicação da lei no caso concreto.

Recentemente a Suprema Corte entendeu, por meio do julgamento do Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus n. 163.334, pela criminalização do ICMS declarado e não pago, ou seja, mesmo que o contribuinte tenha declarado o quanto deve ao fisco, a título de ICMS, ele poderá responder por um processo criminal caso não adimpla a dívida, enquadrando-se o contribuinte, no tipo penal descrito no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 (Apropriação Indébita Tributária).

Tal entendimento tem gerado inúmeras discussões, tanto na ceara da advocacia tributária e criminal, como também pelos estudiosos e especialistas no tema, vez que grande parte desses profissionais defendem não ser o Direito Penal, mecanismo para ser utilizado na cobrança de dívida, principalmente quando existe a ausência de dolo específico, como é o caso, pois o que caracteriza o crime sedimentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o mero inadimplemento do ICMS declarado, não sendo necessária qualquer intenção de fraudar os cofres públicos, ou seja, o animus do agente é totalmente desconsiderado para fins penais.

Ademais, busca-se com a presente, verificar se a decisão estudada respeitou os princípios básicos do Direito Penal, em especial, o da Legalidade e da Fragmentariedade, sendo que este último, decorre do princípio da Intervenção Mínima.

Nesse diapasão, este trabalho busca analisar a decisão de criminalização do inadimplemento de ICMS declarado, bem como identificar se esta interpretação está de acordo com os princípios básicos do Direito Penal, mais especificamente, com o da Legalidade e da Fragmentariedade.

Tendo em vista o objeto de estudo do presente trabalho, considerando-se os princípios acima narrados, elencou-se como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: a criminalização do ICMS declarado e não pago, respeita os princípios da Legalidade e da

[1] Orientador(a) do trabalho/resumo científico

Fragmentariedade do Direito Penal? O objetivo geral da pesquisa é analisar se a criminalização do ICMS declarado e não pago - materializada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus n. 163.334 – fere os princípios da Legalidade e da Fragmentariedade. No que se refere aos objetivos específicos, elenca-se: (a) Expor acerca da dogmática penal e dos princípios que regem o Direito Penal; (b) Apresentar o julgamento do Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus n. 163.334, tal como, os argumentos que fundamentaram a tese vencida, qual seja: de criminalizar o inadimplemento do ICMS declarado; (c) Analisar, frente a norma principiológica da Fragmentariedade e da Legalidade, se a criminalização da conduta ora estudada está de acordo com os preceitos legais. Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o Método Indutivo, na fase de tratamento de dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente é composto na base lógica indutiva. No que tange aos resultados, tem-se que, a criminalização do ICMS declarado e não pago, fere os princípios mencionados, pois o entendimento que criminalizou a conduta, permite a utilização de um instrumento que tem caráter excepcional (Direito Penal) para compelir o devedor de tributo a pagar a dívida, quando se tem outros meios menos gravosos, tal como a ação de execução fiscal.

Desse modo, até o presente momento da pesquisa, os estudos acerca do tema, levam a crer que esse entendimento do STF, criou um crime novo, uma vez que a conduta criminalizada, exclui totalmente a necessidade de dolo específico, ou seja, não se faz necessário que o agente tenha a intenção de praticar o crime, para nele incorrer, pois basta o não pagamento da dívida declarada para o início da ação penal. Tendo isso em vista, resta claro que a conduta não se enquadraria na apropriação indébita tributária, pois nesta, exige-se a existência de dolo. Portanto, tem-se lesionado o princípio da Legalidade, uma vez que esse consiste na ideia de que "não há crime sem lei anterior que o defina", no caso em comento, não há lei que especifique a conduta criminalizada no leading case, e por este motivo, percebe-se a lesão ao princípio.

Palavras-chave: Criminalização, ICMS Declarado, Princípio da Legalidade

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONFIM, E. M. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. Ed. 18. Juspodivm. 18 set. 2020. 712 p.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Gius: Laterza & Figli, 1989.

FERREIRA, Roberto dos Santos. Crimes contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LISBOA, Lopes Leonuza. A Criminalização no Direito Tribitário. Revista Juris UniToledo. São Paulo, v. 04, n. 04, p. 188-203. 2019. Disponível em: http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/3280/535. Acesso em: 20.3.2021.

MACHADO, Gabriel Soares dos Santos; AMARAL, Thiago Bottino do. A Criminalização do Inadimplemento do ICMS (Próprio). Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 22, N. 44.1. p. 1-24. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/21615/16205. Acesso em: 22.3.2021.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PORTO, Éderson Garin; BECK, Rafael Francis. CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE AO LEADING CASE HABEAS CORPUS N° 399.109 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista de Direito da Empresa e dos Negócios. V. 2, n. 2. 2018. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/18239. Acesso em: 20.3.2021.

Recurso Extraordinário n. 574.706 do estado do Paraná. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550. Acesso em: 27.3.2021.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 163.334 do estado de Santa Catarina. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RHC163334.pdf. Acesso em: 27.3.2021.

ROSA, Alexandre Morais da. Por que o ICMS está fora da aplicação do tipo previsto no art.

2º, II, da lei n. 8.137/90? Florianópolis, 2015. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/por-que-o-icms-esta-fora-da-aplicacao-do-tipoprevisto-no-art-2-ii-da-lei-n-8-137-90-por-alexandre-morais-da-rosa. Acesso em: 24.3.2021.

SANTA CATARINA. Habeas Corpus n. 483.657 do estado de Santa Catarina. Disponível: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1790468&tipo=0&nreg=201803316965&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190215&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 24.3.2021.

SCAFF, Fernando Facury. O erro do STF: Inadimplência do ICMS próprio não é apropriação indébita. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/justica-tributaria-inadimplencia-icms-proprio-nao-apropriacao-indebita#author. Acesso em: 29.3.2021.

SCAFF, Fernando Facury; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O STJ e a criminalização da inadimplência tributária do ICMS próprio. Revista do Advogado, São Paulo, v. 39, n. 141, p. 94-101, 2019.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Apropriação Indébita Tributária?. Biblioteca do Senado. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/297/r136-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 23.3.2021.

TEIXEIRA FILHO, Miguel. Omissão no recolhimento do ICMS não configura crime fiscal. Santa Catarina, 2014. Disponível em: http://www.oab-sc.org.br/artigos/omissao-norecolhimento-do-icms-nao-configura-crime-fiscal/1551. Acesso em: 26.3.2021.

TÔRRES, Heleno Taveira; ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Criminalização do Não Recolhimento de ICMS em Tempos de Crise: sistemas penais econômicos. 2020. Disponível em: https://repositorio.usp.br/item/003007417. Acesso em: 23.3.2021.