

STJ E O NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS

n. 20. 214 p. 2
24 set. 2018

Em 22 de agosto, os contribuintes foram surpreendidos com um novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, diga-se de passagem, nada favorável. Isso porque a Terceira Seção do STJ negou Habeas Corpus (HC) – 399.109/SC – a dois contribuintes que defendiam que o não recolhimento de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em operações próprias, devidamente declaradas ao fisco, não caracterizaria crime, mas tão somente inadimplemento fiscal.

O HC 399.109/SC foi impetrado após decisão desfavorável do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual entendeu que o simples fato do contribuinte deixar de recolher no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, o ICMS das operações próprias, configurava a prática de crime contra a ordem tributária pelos administradores da sociedade.

O tribunal catarinense entendeu que o fato se amoldava à conduta descrita no artigo 2º, do inciso II da Lei 8.137/90, que define o crime denominado pela doutrina como “apropriação indébita tributária”, reformando, assim, sentença favorável aos impetrantes.

O STJ, ao julgar o HC, firmou entendimento de que o “não repasse” do ICMS aos cofres públicos configura o crime de “apropriação indébita”, pois o contribuinte se apropriaria de valores referentes ao tributo que foi destacado na nota fiscal de venda, ao invés de recolhê-los ao Fisco.

Foi afirmado, ainda pelo STJ, que há diferença entre o inadimplemento fiscal e a prática do delito, devendo para tanto, ser analisado, caso a caso, a existência de dolo (fraude) ao se apropriar dos respectivos valores.

De acordo com o relator, Ministro Rogério Schietti Cruz “o fato é típico e, em princípio, não há causa excludente da ilicitude, impondo-se ressaltar que o dolo de se apropriar há de ser reconhecido com base no substrato probatório obtido após a instrução criminal”. Cruz também pontuou alguns aspectos que são essenciais para a configuração da prática do crime.

O primeiro é que, o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não afasta a prática do delito. Outro ponto, refere-se à necessidade do autor do crime ser o agente que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, sendo que o entendimento não se aplica a todos os sujeitos passivos, mas tão somente àqueles que descontam e cobram o tributo.

E, por fim, ele ressaltou a necessidade que a conduta seja direcionada pelo dolo de se apropriar do tributo devido que deveria ser recolhido ao fisco, circunstância essa que deverá ser extraída dos fatos a serem observados no caso concreto.

A decisão da 3ª Seção do STJ é de extrema importância para os sócios e administradores de empresas, uma vez que modifica consideravelmente os critérios para caracterização de crime de apropriação indébita previsto no art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90. Anteriormente havia divergência de entendimento entre as Turmas do STJ, mas a decisão da 3ª Seção uniformizou o entendimento da Corte em sentido desfavorável aos contribuintes.

Apesar das condições estabelecidas na decisão, no intuito de se identificar o dolo do sujeito de se apropriar do imposto, o precedente permite que o Ministério Público inicie ação penal sempre que houver inadimplemento. Antes da decisão, em se tratando de ICMS, era possível o início de ação penal apenas na hipótese em que o tributo não era declarado, em razão dos indícios de intenção de sonegação. Contudo, a decisão do STJ confunde o simples inadimplemento com o crime de apropriação indébita.

O que se verifica com tal decisão é a utilização do direito penal para coagir o contribuinte a realizar o pagamento do tributo, uma vez que é difícil aferir no caso concreto se o contribuinte, que declarou devidamente o tributo devido, realmente agiu com dolo ao não repassar os valores devidos ao Fisco.

O entendimento do STJ, extremamente desfavorável aos contribuintes, pode ainda ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

KAREN ÂNGELA DEODATO

» Advogada da área
tributária do escritório
Andrade Silva