

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2018.

AJUR/SIGRAF/RJ.

Circular nº. 146/2018.

**Assunto: Não recolher ICMS foi considerado crime pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).**

Prezado Associado,

Transcrevemos abaixo, matéria extraída do Jornal Valor Econômico:

Não recolher ICMS foi considerado crime pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por seis votos a três, os ministros da 3ª Seção da Corte negaram um pedido de habeas corpus de empresário que não recolheu o tributo, mas o declarou como se tivesse pago.

Para especialistas, a decisão é de extrema importância pelo impacto que pode ter sobre sócios e administradores de empresas que discutem o pagamento do tributo na esfera administrativa ou Judicial.

O tema foi julgado em um pedido de habeas corpus (nº 399.109) proposto pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. No processo, alega que deixar de recolher ICMS em operações próprias, devidamente declaradas, não caracteriza crime, mas "mero inadimplemento fiscal". O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ-SC) afastou a sentença de absolvição sumária.

No STJ, após algumas sessões e pedidos de vista, prevaleceu o voto do relator, ministro Rogério Schietti Cruz. O magistrado votou pela condenação. Em pedido de liminar que negou em 2017, afirmou que apesar dos argumentos da defesa serem semelhantes à fundamentação de decisões da 6ª Turma, a questão ainda não era uniforme na Corte. Há decisões em sentido oposto na 5ª Turma.

No início do julgamento, Schietti destacou que o assunto não diz respeito apenas ao Estado de Santa Catarina e tem relevância social e econômica. Para o relator, muitos que deixam de pagar impostos aproveitam-se das consequências menores do inadimplemento.

Segundo o ministro, os empresários podem pensar que é muito mais vantajoso deter valores do tributo do que se submeter a empréstimos no sistema financeiro, o que teria consequências negativas para os Estados. Para ele, porém, não seria possível absolver os contribuintes que deixaram de recolher o ICMS que foi cobrado do adquirente da cadeia de consumo e que deveria recolher aos cofres públicos.

O valor do tributo é cobrado do consumidor e, por isso, o não repasse pelo comerciante aos cofres públicos foi considerado apropriação, prevista como crime no artigo 2, II da Lei nº 8.137, de 1990. O dispositivo determina que configura crime à ordem tributária deixar de recolher tributo no prazo legal.

De acordo com o voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que acompanhou o relator, o que se criminaliza é o fato de o contribuinte se apropriar de valor de imposto descontado de terceiro do consumidor ou substituto tributário.

Para Fonseca, o ICMS é um valor sobre consumo, repassado ao consumidor de forma integral, diferente de outros custos com atividade operacional, como gastos com aluguel, que são pagos pelo comerciante independentemente da comercialização de mercadorias.

Em seu voto, o magistrado citou precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) que excluiu o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, por entender que não é parte da receita da

empresa -- mas valor que deve ser repassado ao Estado, tratando-se de "simples ingresso de caixa".

Para o advogado Tiago Conde, sócio do escritório Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogado essa é a decisão tributária mais importante do ano. "O Fisco e o Ministério Público poderão usar essa decisão de maneira irrestrita a partir de agora e abre um precedente péssimo", diz.

De acordo com o julgamento, a responsabilização acontece a partir do momento em que o contribuinte deixa de recolher o tributo, mesmo que ele tenha declarado. Conde avalia que o entendimento fere o direito de defesa, por não haver ainda a constituição do crédito tributário. "Isso é o mesmo que uma cobrança de tributo por medo oblíquo. O contribuinte vai ficar com medo de ir à juízo discutir uma cobrança porque pode ser responsabilizado penalmente", diz.

Segundo o advogado, o que pode acontecer é o Ministério Público oferecer denúncia sempre que tiver um processo administrativo ou judicial ainda em curso. "Se o penal for mais rápido que o tributário, posso ser condenado criminalmente e lá na frente o juiz da esfera tributária diz que o tributo não era devido", afirma.

*Atenciosamente,*

*DEPTº.JURÍDICO.*

*Sistema SIGRAF / ABIGRAF-RJ*

**Informamos que nossas circulares são publicadas diariamente no site: [www.sigraf.org.br](http://www.sigraf.org.br)**

PATROCINADOR ESPECIAL



PATROCINADOR PRATA

HEIDELBERG

APOIO

