

A CRIMINALIZAÇÃO POR DÍVIDA DE ICMS DECLARADO

Em polêmica e recente decisão, o Plenário do STF, por 7 votos a 3, no dia 18/12/2019, finalizou o julgamento do RHC 163.334 e decidiu que o contribuinte contumaz e com o evidente dolo de apropriação, ao deixar de recolher ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Assim, restou decidido que constitui crime de apropriação indébita a dívida fiscal do contribuinte que declara, reconhece a existência de um débito de ICMS, mas não o quita.

O entendimento da maioria dos Ministros se fundamentou no voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o ICMS não constitui patrimônio da empresa, que é mera depositária do valor e, portanto, há o dever de ser repassado ao Fisco Estadual.

Mas ressalvas foram destacadas para a efetiva configuração do tipo penal.

De fato, em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, a despeito de acolher a tese da criminalização por dívida de ICMS declarado, se manifestou acerca da indispensabilidade da inequívoca demonstração de que o responsável ou o contribuinte tem consciência e vontade explícita e contumaz de não adimplir com o Fisco. Nas exatas palavras do Ministro, *“deve ser demonstrada a vontade consciente e deliberada de apropriação dos valores do fisco.”*

Na mesma linha se pronunciou o Ministro Luiz Fux em entrevista antes da finalização do julgamento: *“A criminalização do ICMS declarado e não pago não pode ser aplicada de modo genérico. É preciso cautela, devendo ser considerados crimes apenas os casos em que houver intenção de fraudar. A decisão deve ser aplicada com cautela. Só pode valer para o devedor fraudulento. Não se pode inviabilizar a atividade empresarial”. Segundo o ministro, a criminalização é “medida extrema para o devedor contumaz, para o grande fraudador, que vive às custas do erário.”*

Mas como será, na prática, aplicada a decisão do STF? Quais serão os mecanismos para apuração, pelo Fisco, da intenção deliberada de fraudar?

O grau de subjetividade é manifesto e causa insegurança aos contribuintes.

Não raramente o pagamento de tributos fica em aberto em razão de o contribuinte atravessar situação financeira que pode inviabilizar o regular desenvolvimento de sua atividade. Logo, para sobrevivência da empresa, a opção fica pelo não recolhimento do tributo.

Em defesa do contribuinte, pode-se dizer que a declaração de que o tributo, no caso o ICMS, é devido, já demonstra a boa-fé.

Vale dizer, o tema ainda gerará muitas controvérsias, desta feita em relação à comprovação da intenção de fraudar e da existência de dolo.

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares