

“Empreendedores são aqueles que entendem que há uma pequena diferença entre obstáculos e oportunidades e são capazes de transformar ambos em vantagem.”

Maquiavel

Sumário

STF DECIDE QUE DEIXAR DE PAGAR ICMS DECLARADO É CRIME.....	2
SUPREMO DEFINE QUAIS REGRAS SÃO VÁLIDAS PARA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE FILANTRÓPICAS.....	3
A LEI DE FALÊNCIAS E ODIREITO DE ERRAR	3
PROCEDIMENTOS PARA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO PROGRAMA ROTA 2030	6
FORNECIMENTO À RECEITA DE DADOS SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA TEM LEGITIMIDADE	6
MINAS APROVA PRORROGAÇÃO DE ICMS MAIS ALTO PARA PRODUTOS SUPÉRFLUOS.....	8
TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA SOBRE APOSENTADORIA DE QUEM VIVE NO EXTERIOR É INCONSTITUCIONAL.....	8
EXTINÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE 10% SOBRE OS DEPÓSITOS DE FGTS	9
TESE DO STF SOBRE NÃO PAGAMENTO DE ICMS VALE PARA OUTROS TRIBUTOS.....	10

STF DECIDE QUE DEIXAR DE PAGAR ICMS DECLARADO É CRIME

Fonte: Valor Econômico. O contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação deixa de recolher ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço comete crime.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concluíram, nesta quarta-feira, o julgamento sobre a possibilidade de empresários serem condenados criminalmente quando declararem ao Fisco o ICMS que deveriam recolher, mas não pagarem o imposto. O voto do presidente Dias Toffoli, o único que faltava e foi proferido hoje, fechou o placar favorável à criminalização, em 7 a 3.

Após a conclusão, os ministros fixaram tese para deixar claro que a medida só servirá para os casos em que ficar demonstrado dolo (intenção) e o comportamento reiterado por parte do contribuinte.

Na tese fixada consta o seguinte: “o contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação deixa de recolher ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal previsto no artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137, de 1990”.

Já havia maioria de votos, desde a semana passada – quando teve início o julgamento –, no sentido de que ficará caracterizado crime de apropriação indébita tributária nos casos em que o ato tiver sido praticado com dolo. A pena prevista é de seis meses a dois anos de detenção. Na semana passada, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, e também os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia haviam votado pela possibilidade de criminalização e, hoje, foram acompanhados pelo presidente Dias Toffoli. Eles entenderam que cobrar o ICMS do consumidor e não repassar à Fazenda pode ser considerado apropriação indébita.

Já os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio divergiram. Para eles, trata-se de mero inadimplemento e, por esse motivo, não deveria ser considerado crime.

O ministro decano Celso de Mello não estava presente nas sessões da semana passada, nem na realizada hoje.

Contexto

Os ministros analisaram esse tema por meio de recurso apresentado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que considerou crime o não recolhimento de ICMS declarado. No caso, dois empresários eram sócios e administradores de uma empresa em Santa Catarina e declararam operações de venda ao Fisco, mas deixaram de recolher ICMS entre 2008 e 2011.

A empresa entrou em três programas de parcelamento e não pagou. A dívida discutida no processo é de R\$ 30 mil.

SUPREMO DEFINE QUAIS REGRAS SÃO VÁLIDAS PARA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE FILANTRÓPICAS

Fonte: Valor Econômico. Entendimento contrário, segundo a PGFN, poderia acarretar perda de mais de R\$ 76 bilhões, se a União tivesse que devolver às entidades os valores recolhidos nos últimos cinco anos

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quarta-feira, que os critérios para a concessão de imunidade tributária a entidades filantrópicas podem ser definidos por lei ordinária. O entendimento valida, por exemplo, a Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social (Cebas) - documento concedido pelo governo federal para as organizações que desenvolvem projetos na área de saúde, educação e assistência social terem direito ao benefício.

Entendimento contrário, segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), poderia acarretar perda anual de R\$ 15,6 bilhões na arrecadação e de mais de R\$ 76 bilhões, se a União tivesse que devolver para as entidades os valores recolhidos nos últimos cinco anos. Na prática, a decisão da Corte mantém as atuais regras para o enquadramento das entidades e minimiza o impacto aos cofres públicos.

Os ministros tinham que decidir se a fixação dos procedimentos poderia ser feita por lei ordinária, ou se somente por meio de lei complementar específica - e, na ausência dela, seguir o Código Tributário Nacional (CTN). Essa segunda hipótese facilitaria a concessão do benefício porque o CTN prevê menos requisitos.

Esse tema foi julgado em embargos de declaração. Os ministros analisaram se havia divergência entre o decidido no recurso extraordinário (RE) nº 566.622 e nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nº 2036, 2621, 2028, 2228.

No RE foi fixado que qualquer normatização relativa às filantrópicas deveria estar vinculada à lei complementar. Nas ADIs havia ficado definido que os aspectos procedimentais (certificação, fiscalização e controle) poderiam ser definidos por lei ordinária.

A maioria dos ministros entendeu que deveria prevalecer a decisão proferida na ADI. Somente o ministro Marco Aurélio divergiu.

A LEI DE FALÊNCIAS E O DIREITO DE ERRAR

Fonte: Por Bruno Valladão Guimarães Ferreira para Valor Econômico. A atual versão do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.229/2005 deve corrigir alguns relevantes defeitos da falência.

Numa sociedade que adote a ideia do livre mercado, em que o indivíduo, e não o Estado, é o responsável pela geração de riquezas, é necessário que todos tenham o direito de tentar criar produtos e serviços. E como é inerente a essa tentativa, tenham também o direito de errar - e não uma, mas muitas vezes.

Com isso, a lei falimentar empresarial precisa oferecer sucessivas chances ao empreendedor. Todavia, infelizmente, nunca foi assim no Brasil.

Em praticamente todo período colonial, nosso território foi regulado pelas ordenanças dos reis de Portugal, inspiradas nos rígidos estatutos de cidades italianas da Idade Média e hostis à segunda chance ao comerciante falido. Sua reabilitação comercial era condicionada ao pagamento de todos os credores em curto prazo, ou ao decurso do prazo de alguns anos após pagar alguns deles, ou até terminarem de cumprir pena na prisão.

Entre 1769 e 1850, vigeu a “Lei da Boa Razão”, que mandava aplicar a lei das “nações cristãs, iluminadas e polidas”. Na prática, os juízes adotaram preponderantemente as diretrizes do Código Comercial da França de 1807, o qual, por sua vez, refletia a rigorosa visão de Napoleão de que a lei deveria presumir a quebra fraudulenta, com a imediata prisão do comerciante para depois apurar-se se a fraude ocorreu, prevendo até as penas de prisão e de trabalho forçado ao devedor.

Esse Código francês também influenciou nosso Código Comercial de 1850, cujo processo de falência era, na prática, considerado lento, complicado e dispendioso.

Em 1908, foi publicada a Lei nº 2.024, cujas regras assemelham-se às atuais. Por ela, os falidos não condenados por quebra culposa ou fraudulenta poderiam ser reabilitados se conseguissem pagar ao menos 25% dos credores, e ainda precisariam aguardar o decurso de 20 anos contados da quebra, praticamente inviabilizando o exercício da profissão de comerciante por quem tivesse a falência decretada.

Após, em 1945, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 7.661. Aqui, as regras da reabilitação foram levemente alteradas com relação à legislação anterior, exceto quanto à falência culposa, extinta pelo Decreto-Lei; e as regras do procedimento judicial também foram ajustadas, sob a visão de que o processo deveria dividir-se em duas fases consecutivas: de informações e de venda de bens.

A Lei atual, de nº 11.101/2005, contém novidades nos processos de recuperação judicial e extrajudicial - embora este guarde algumas semelhanças com as antigas moratórias e concordatas preventivas.

No entanto, sua parte de falência é bem parecida com aquela de 1908, mantida pelas posteriores - aliás, a influência das leis pretéritas também é provada com o fato de que a de 2005 refere-se por diversas vezes a “o falido” para designar não só o empresário individual falido, mas, também, a sociedade falida, e assim o faz porque as leis anteriores foram editadas

em épocas em que o comércio era realizado mais por comerciantes individuais do que por sociedades.

Com isso, a parte de falências da Lei de 2005 manteve defeitos de três gêneros das leis anteriores: foco, mentalidade e rito processual.

Com relação ao foco, permanece sendo o de reunir informações, postergando-se a venda dos bens o que, todavia, retira-lhes liquidez.

Quanto à mentalidade, parece persistir a visão dos legisladores de se preocuparem mais em punir do que dar uma segunda chance ao comerciante de boa-fé.

E, como consequência desses dois defeitos, a lei atribuiu exagerados ônus sobre o empresário e os administradores de sociedades falidas, e que perdurarão até sua reabilitação para empreender, a qual, na comum hipótese de a totalidade dos credores não ser paga, é verificada cinco anos depois do fim do processo de falência.

Não bastassem esses problemas, o rito processual da falência, por sua vez, continua lento, em decorrência, a nosso ver, de três fatores. Primeiro, a lei contém excessivos assuntos para serem tratados simultaneamente - verificação dos créditos, cumprimento de contratos não rescindidos de imediato; arrecadação e avaliação dos bens, para posterior venda; eventuais ações de restituição de bens; eventuais ações revocatórias de atos praticados antes e depois da decretação da quebra; e eventual ação de responsabilidade civil dos envolvidos -, sendo difícil dedicar-se com eficiência a todos eles.

Segundo, há temas em demasia para se solucionar depois de resolvidos tais assuntos simultâneos: exame das contas e do relatório final do administrador; sentença de encerramento do processo de falência e recursos; e a reabilitação do falido e administradores, que contém etapas e prazos semelhante aos do Decreto de 1890, época na qual a velocidade de comunicação era totalmente diferente da atual. E, terceiro, falta didática em sua própria redação. As seções dos capítulos não estão em ordem cronológica e há excessivas remissões. Com isso, a Lei mistura as sequências de atos, o que dá ensejo a discussões entre os intérpretes e, conseqüentemente, atrasa a tramitação do processo.

Todavia, apesar desse passado e do presente, existe luz no fim do túnel: a atual versão do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.229/2005 deve corrigir alguns relevantes defeitos da falência. Destaque-se o foco na rápida venda dos ativos e a reabilitação do falido em três anos do começo do processo de falência e não em, ao menos, cinco anos de seu término. Torçamos para que sua redação final, pela primeira vez na história, possibilite um célere processo de falência e incentive o empresário honesto a tentar novamente o mais rápido possível e, com isso, seja importante fonte de incentivo para o empreendedorismo no Brasil.

PROCEDIMENTOS PARA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO PROGRAMA ROTA 2030

Fonte: IOB. A Portaria Spec nº 13.873/2019 trouxe os procedimentos para fiscalização do cumprimento dos requisitos exigidos de fabricantes e importadores de veículos novos, que possuam registro de compromissos, ou empresas habilitadas ao Programa Rota 2030 – Mobilidade e Logística ou ao Regime de Autopeças Não Produzidas, na forma dos arts. 1º, 2º, 13, 34 e 36 do Decreto nº 9.557/2018, e os procedimentos para o credenciamento de firmas de auditorias independentes a serem contratadas pelos interessados para fins de comprovação de tais requisitos.

A pessoa jurídica habilitada no Programa Rota 2030 – Mobilidade e Logística pode deduzir do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) devidos o valor correspondente à aplicação da alíquota e adicional do IRPJ e da alíquota da CSL, sobre até 30% dos dispêndios realizados no País, no próprio período de apuração, desde que sejam classificáveis como despesas operacionais pela legislação do IRPJ e aplicados em:

- a) pesquisa, abrangidas as atividades de pesquisa básica dirigida, pesquisa aplicada, desenvolvimento experimental e projetos estruturantes (art. 22 do Decreto nº 9.557/2018); e
- b) desenvolvimento, abrangidas as atividades de desenvolvimento, capacitação de fornecedores, manufatura básica, tecnologia industrial básica e serviços de apoio técnico (art. 23 do Decreto nº 9.557/2018).

Serão fiscalizados, nos termos da norma em referência:

- a) os fabricantes e importadores de veículos novos que tenham registrado os
- b) compromissos de que trata o art. 1º do Decreto nº 9.557/2018, na forma do art. 2º do mesmo Decreto;
- c) as empresas habilitadas ao Programa Rota 2030 – Mobilidade e Logística, na forma do art. 14 do Decreto nº 9.557/2018; e
- d) as empresas habilitadas ao Regime de Autopeças Não Produzidas, nos termos do art. 36 do Decreto nº 9.557/2018.

FORNECIMENTO À RECEITA DE DADOS SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA TEM LEGITIMIDADE

Fonte: Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Fornecimento à Receita de dados sobre movimentação financeira de escritórios de advocacia tem legitimidade.

O plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) aprovou, na sessão plenária extraordinária desta segunda-feira (16/12), o parecer do relator Fábio Martins de Andrade, da

Comissão de Direito Financeiro e Tributário, favorável à Instrução Normativa 1.571/2015 da Receita Federal. Ela determina aos bancos o fornecimento de informações acerca da movimentação financeira de pessoas jurídicas, a título de dar eficiência à fiscalização tributária. “O ato normativo da Receita Federal tem legitimidade e atinge as pessoas jurídicas de um modo geral, e não somente os escritórios de advocacia, como chegou a ser cogitado”, afirmou o relator. Ainda segundo ele, “a norma não promove quebra de sigilo bancário, tampouco de sigilo profissional”.

O relator explicou que a medida da Receita Federal apenas regulamenta o disposto na Lei Complementar 105/2001, que trata do sigilo das operações de instituições financeiras, para garantir o pagamento dos tributos. Na sua análise, o advogado tratou do art. 6º da lei. De acordo com o dispositivo, “as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Além disso, conforme o parágrafo único do artigo, “o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”. O advogado ressaltou que a constitucionalidade do artigo foi questionada no Supremo Tribunal Federal (STF). Em julgamento de repercussão geral, a Corte Suprema decidiu que o dispositivo “não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Fábio Martins de Andrade disse que, após a edição da Instrução Normativa 1.571/2015, várias ações foram protocoladas na Justiça, entre as quais mandados de segurança coletivos impetrados pela OAB/RJ e a OAB/ES, com o objetivo de que fossem reconhecidas “a ilegalidade e a inconstitucionalidade” do ato, o que não ocorreu. O advogado falou que, após examinar todas as ações e decisões judiciais correspondentes, constatou que “não há no ato normativo a pecha de ilegitimidade, que implicaria inconstitucionalidade e/ou ilegalidade”.

De acordo com o advogado, “a jurisprudência do STF já assentou a legitimidade da chamada transferência do sigilo, inicialmente bancário e depois fiscal, quando o Fisco pode se valer de informações e dados fornecidos pelas instituições financeiras para realizar a fiscalização tributária”.

MINAS APROVA PRORROGAÇÃO DE ICMS MAIS ALTO PARA PRODUTOS SUPÉRFLUOS

Fonte: Por Marcelo da Fonseca para Estado de Minas Gerais. A Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG) aprovou na tarde desta terça-feira (17) a lei que prorroga a cobrança adicional de 2 pontos percentuais no ICMS sobre produtos supérfluos. Foram 44 votos favoráveis e 13 contrários.

O projeto apresentado pelo governador Romeu Zema (NOVO) prevê que a alíquota cobrada permaneça em 27%. Caso não fosse aprovado pelos deputados, a partir de 1º de janeiro a alíquota cairia para 25%.

No entanto, o texto aprovado no plenário da Casa reduziu o tempo da prorrogação. De acordo com a proposta do Executivo, o prazo da nova lei seria de seis anos, ou seja, até 2025. O texto substitutivo aprovado na comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária alterou o prazo, reduzindo para três anos. Dessa forma, a cobrança da alíquota maior valerá até 31 de dezembro de 2022.

A prorrogação das alíquotas do ICMS representam uma arrecadação de cerca de R\$ 850 milhões a mais para os cofres estaduais por ano. Entre os produtos afetados estão bebidas alcoólicas (exceto aguardente de cana ou melão) e cervejas sem álcool, cigarros e produtos de tabacarias, armas, refrigerantes, bebidas isotônicas, energéticos, rações pets, perfumes, cosméticos, celulares, smartphones, câmeras fotográficas, equipamentos de som e de pesca esportiva.

TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA SOBRE APOSENTADORIA DE QUEM VIVE NO EXTERIOR É INCONSTITUCIONAL

Fonte: Resenha de Notícias Fiscais. O Juiz Federal Pedro Henrique Meira Figueiredo, do Juizado Especial Federal Cível de Sorocaba, SP, reconheceu a ilegalidade da incidência da alíquota de 25% no Imposto de Renda (IR) sobre a aposentadoria de um salário mínimo de brasileira que vive nos Estados Unidos (EUA). Para o Magistrado, a cobrança diferenciada caracteriza quebra da isonomia no tratamento de brasileiros residentes no exterior.

O fato de residir em país distinto fez com que os proventos mensais da contribuinte fossem retirados da faixa de isenção tributária (artigo 1.º, inciso IX, da Lei 11.482/07), aplicável a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

“O simples fato de o contribuinte residir nos Estados Unidos da América (ou em qualquer outro país de qualquer continente) não traduz, por si só, qualquer circunstância juridicamente relevante para fins de tributação diferenciada de sua renda”, declarou.

Na decisão, o magistrado pondera que a incidência do IR, retido na fonte, sobre os proventos de aposentadoria da parte autora, à alíquota de 25%, no ano de 2016, violou, a um só tempo, os princípios da legalidade e da irretroatividade tributária.

O Juiz Federal explicou que à União não é dado cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

“Não obstante, verifico no caso concreto que, mesmo a Lei nº 13.315/2016 tendo estabelecido o início da vigência de seu art. 3º em 1º de janeiro de 2017 (art. 5º, I), restou efetuada a incidência do IRPF, retido na fonte, à alíquota de 25%, já no mês de julho de 2016.” Além disso, ao prever a taxaçaõ dos aposentados em alíquota única, no patamar de 25%, o Juiz Federal afirmou que o legislador se esqueceu da necessidade de observância do caráter progressivo do IR, de modo a atender o princípio constitucional da capacidade contributiva.

“É expresso o artigo 153, parágrafo 2.º, inciso I, da Constituição da República, ao prever que o Imposto sobre a Renda será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.”

Com esse entendimento, o Magistrado reconheceu a ilegalidade (antes da vigência da Lei 13.315/16) e a inconstitucionalidade (após a vigência da Lei 13.315/16) da incidência de IR sobre os proventos de aposentadoria auferidos pela parte autora à alíquota única de 25%, de modo que a tributação sobre sua renda se dê independentemente do local de sua residência permanente, segundo a lei vigente a todos os brasileiros e estrangeiros aqui domiciliados.

“Beira, pois, a situação de confisco, visto que o salário mínimo, como diz a própria nomenclatura, destina-se a garantir um mínimo de dignidade à pessoa humana. Tolher-se um quarto de tais valores, sem que se tenha uma justificativa amparada normativamente para a efetuação do discrimen em relação aos demais brasileiros na mesma situação socioeconômica, carece totalmente de razoabilidade, desnaturando por completo a própria noção de capacidade contributiva em matéria tributária.”

EXTINÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE 10% SOBRE OS DEPÓSITOS DE FGTS

Fonte: Por Amal Nasrallah para Tributário nos Bastidores. Nos termos do artigo 12, da Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019, a partir de 1º de janeiro de 2020, fica extinta a contribuição social instituída por meio do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001.

Trata-se da contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Essa multa já estava sendo questionada no STF.

Os contribuintes discutem a questão do exaurimento da finalidade da multa de 10% do FGTS pelo atingimento do objeto financeiro. Atualmente a questão está aguardando julgamento com repercussão geral reconhecida no STF no RE 878313 RG.

Além disso, nas ações diretas de Inconstitucionalidade nº 5050, nº 5051 e nº 5053 também se discute a multa de 10% com os seguintes argumentos: que o destino da contribuição tem sido desviado, pois ao invés de ser incorporado ao FGTS, é destinado para o reforço do superávit primário, por intermédio da retenção da União, além de ser utilizado para financiar outras despesas estatais, como o Programa Minha Casa Minha Vida; e porque com o advento da EC 33/01, que fixou novas bases de cálculo às contribuições de intervenção ao domínio econômico, a contribuição de 10% do FGTS tornou-se incompatível com a CF, pois sua base é diferente das novas bases econômicas acrescidas pela superveniente EC 33/01, que incluiu o § 2º, III, "a", no art. 149 da CF/88.

Note-se que a controvérsia continua a existir em relação aos anos anteriores a 2020.

Com essa revogação, será menos oneroso aos empregadores demitir empregados sem justa causa. Em contrapartida, foi mantida a multa de 40% do FGTS em caso de rescisão sem justa causa ou indireta, devida ao trabalhador.

TESE DO STF SOBRE NÃO PAGAMENTO DE ICMS VALE PARA OUTROS TRIBUTOS

Fonte Por Pierpaolo Cruz Bottini e Heloisa Estellita para Consultor Jurídico – CONJUR. Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime.

No dia 12 de dezembro a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal decidiu considerar crime o não pagamento de ICMS próprio, ainda que declarado pelo contribuinte (apenas com o voto contrário do ministro Gilmar Mendes). Ao embutir o valor do ICMS na mercadoria, o comerciante estaria cobrando tal valor do consumidor e, portanto, se apropriando deles ao não o repassar ao Fisco. Um pedido de vista do ministro Dias Toffoli suspendeu o julgamento.

Tal raciocínio acaba por confundir institutos. Há tributos que são cobrados ou descontados dos contribuintes por terceiros para facilitar a arrecadação. É o caso dos tributos descontados pela fonte pagadora ou do ICMS em substituição tributária. Neles, o consumidor ou o empregado são os contribuintes, e o comerciante ou o empregador apenas descontam os valores e os transferem ao Fisco. Tais recursos não integram o patrimônio daquele que os cobra ou desconta. Nesses casos, o não repasse dos recursos caracteriza a apropriação de algo alheio.

Não é o caso do ICMS próprio. Nesse caso, o consumidor não é o contribuinte. Ele não tem relação jurídica com o Fisco, não é devedor do tributo, não tem capacidade contributiva. Ele apenas arca com o ônus econômico do tributo que — às vezes — está embutido no preço da mercadoria. Da mesma forma que paga nesse momento parte dos encargos trabalhistas e das despesas com aluguel do comerciante. Isso não cria para o consumidor uma relação empregatícia ou de inquilinato com empregados ou com o dono do estabelecimento comercial, da mesma forma que não o torna contribuinte dos tributos com os quais arca ao comprar a mercadoria.

Mantida a posição do STF, o não pagamento de outros tributos também será delito. O Imposto de Renda, o ISS e inúmeros outros impostos têm repercussão econômica no preço do produto. Pela lógica até agora prevalente, a inadimplência de qualquer deles será apropriação indébita.

Tal orientação não leva em consideração que no ICMS próprio e nos demais tributos citados o comerciante é o contribuinte direto, original. Ele não cobra o imposto do consumidor, mas apenas o preço da mercadoria. E o valor pago ingressa no seu patrimônio, não existe uma parcela estranha, independente, destinada exclusivamente ao Fisco.

O fato do STF ter decidido há algum tempo que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e do Cofins não altera sua natureza. A corte apenas entendeu que o tributo não faz parte da receita do comerciante, de modo a afastar a incidência de tributo sobre tributo, mas esteve longe de decidir que o ICMS é coisa alheia passível de apropriação.

Em outras palavras, o comerciante que não paga ICMS própria não se apropria de nada. É devedor do Fisco e merece a execução fiscal, mas não comete crime. A Constituição veda a prisão por dívida — exceto no caso de alimentos — de forma que o STF acaba por desprestigiar o próprio texto maior ao criminalizar a inadimplência fiscal.

O não pagamento de impostos é reprovável e merece atenção do Estado por suas consequências sociais e econômicas. No entanto, é preciso diferenciar a conduta daquele que reconhece e declara a dívida — caso em discussão — daquele que sonega com fraude ou omissão de informações. São situações distintas, de gravidade distinta, e devem ser tratadas de forma diferente. Na primeira é cabível a execução fiscal, que deve e merece ser aprimorada. Na segunda é legítima a atuação do Direito Penal.

Mas, como dito, esse não é o entendimento da maioria dos ministros do STF até o momento. A corte, se não mudar de posição, legitimará a incidência da pena sobre os inadimplentes de ICMS próprio, mesmo que declarada, reconhecida e registrada a dívida.

Isto não significa que tais comerciantes poderão ser automaticamente denunciados pelo delito contra a ordem tributária. Em primeiro lugar, porque um giro deste da jurisprudência, tornando crime o que antes não era, não deve retroagir. Em homenagem a segurança jurídica, o STF

deveria modular sua decisão a fim de salvaguardar aqueles que agiram em um contexto jurisprudencial diferente.

Segundo porque enquanto presunções se aplicam no Direito Tributário, não são cabíveis no processo penal. Será necessário que se demonstre, em cada caso concreto, a decomposição do preço de cada produto ou serviço em suas componentes de custos operacionais, custos tributários, custos trabalhistas, lucro etc. Mais do que isso, deve ser comprovada que os custos tributários foram embutidos integralmente no preço naquela específica operação de venda ou de prestação de serviço, sem abatimentos, e que o consumidor efetivamente pagou o custo tributário antes da data prevista para o pagamento do tributo.

Os obstáculos, quase intransponíveis, para a realização desse cálculo são conhecidos dos tributaristas, mas, ademais, no processo penal, há que se fazer prova de cada um desses elementos. Certamente, a não cumulatividade do ICMS agregará bastante complexidade à pretensão de comprovar a alegada “apropriação” dos valores devidos aos Fiscos estaduais: sim, porque nem tudo o que o contribuinte de ICMS “recebe” do consumidor tem de ser “entregue” ao Fisco.

Mais do que isso, será necessário demonstrar o dolo de apropriação. Mais do que não pagar, o agente deve ter a intenção de tornar sua a coisa alheia, de dispor dela de maneira definitiva, situação dificilmente compatível com o ato de declarar e registrar a dívida.

Como se vê, sem prejuízo de a corte mudar seu rumo e retornar a legalidade na retomada do julgamento, muito haverá de ser discutido nos casos concretos até que se alcance a segurança jurídica e entendimentos uniformes.

O conteúdo dos artigos reproduzidos neste boletim é de inteira responsabilidade de seus autores, não traduzindo, por isso mesmo, a opinião legal do Grupo BornHallmann.

O boletim jurídico da BornHallmann Auditores Associados é enviado gratuitamente para clientes e usuários cadastrados. Para cancelar o recebimento, favor remeter e-mail informando “CANCELAMENTO” no campo assunto para: <noticiasfiscais@bhauditores.com.br>.