

14/01/2015 - 05:00

STJ tranca ação penal por uso de benefício fiscal por empresários

Por **Beatriz Olivon**

A advogada e professora Heloísa Estellita: colocaram nos ombros do contribuinte uma guerra que não é dele e, pior, com processos criminais

Uma decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) traz alívio e um precedente importante para sócios e executivos de empresas processados criminalmente em razão da guerra fiscal entre Estados. A Corte, em decisão de mérito recente, julgou que empresários não podem ser penalizados por uma briga econômica entre Estados - que buscam atrair investimentos pela concessão de benefícios não aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

O processo analisado pelo tribunal refere-se a uma ação penal contra três sócios da Cominas Comercial Minas de Baterias pela acusação de crime contra a ordem tributária. A pena nesse caso varia de dois a cinco anos de reclusão. "Fizeram sobrar nos ombros do contribuinte uma guerra que não é dele e, pior, com processos criminais", afirma Heloísa Estellita, advogada dos sócios no processo e professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV.

Segundo especialistas, a discussão é uma questão de interpretação jurídica. Os contribuintes usam um benefício autorizado por lei de um determinado Estado - o que, para advogados, está dentro da legalidade. Já o Estado que se sente prejudicado interpreta que pode ter ocorrido a redução ou a supressão de um tributo, o que caracterizaria crime contra a ordem tributária. Por essa razão, algumas secretarias de Fazenda encaminham representação ao Ministério Público, que pode pedir a abertura de inquérito policial e, a depender dos resultados, apresentar denúncia criminal ao Judiciário. Fato que ocorreu no caso em questão.

Os empresários foram denunciados pelo MP de Minas Gerais porque usaram créditos de ICMS provenientes de benefícios fiscais de Pernambuco, não aprovados pelo Confaz. Como Minas Gerais não reconhece esse benefício, o Estado entendeu que o contribuinte teria se apropriado de crédito indevido e recolhido menos ICMS. Para o MP, o prejuízo para Minas, teria sido de R\$ 21,8 mil.

Como defesa, os sócios alegaram ser vítimas da guerra fiscal entre Minas Gerais e Pernambuco. "A venda era tributada, a empresa vendedora tinha de apontar o valor do ICMS na venda, mas depois não tinha de pagá-lo integralmente ao Estado de Pernambuco", afirma Heloísa, que lembra estar o incentivo ainda em vigor.

No STJ, a Cominas sustentou que o crédito tributário que tomou seria legítimo por vir de benefício fiscal concedido à empresa de Pernambuco pelo Estado. Sendo legítimo, não poderia se falar em supressão de tributos. Além disso, não haveria registro de que as notas fiscais mencionadas na denúncia fossem falsas. Nesse sentido, não haveria crime.

O relator no STJ, ministro Gurgel de Faria, afastou a alegação de documento falso e de crime. Para ele, o uso de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, sem que tenha havido fraude fiscal, não tem repercussão penal. A decisão da 5ª Turma foi unânime pelo trancamento da ação penal. "Não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural, dentro das normas válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação", afirmou.

Apesar de comum, o criminalista Renato Vieira, do Kehdi e Vieira Advogados, afirma que esse tipo de denúncia pelo MP reduziu bastante nos últimos cinco anos. "O MP confundia uma decisão política de cada ente da federação com aspectos específicos da ação penal, que supõe fraude do contribuinte", diz.

O advogado André Fonseca, da área penal empresarial do Veirano Advogados afirma que o direito penal é usado nesse caso como um instrumento para forçar a legitimação da arrecadação do Estado. "Tanto que se o contribuinte pagar, não é mais criminoso", diz.

No Supremo Tribunal Federal (STF) a matéria foi avaliada apenas por liminar. No caso dos empresários de Minas, foi pedida a suspensão da ação penal. A medida foi concedida pelo ministro Joaquim Barbosa, em 2011. Depois da aposentadoria de Barbosa, em 2014, o ministro Luís Roberto Barroso determinou o arquivamento dos autos. Segundo Heloísa, a liminar concedida por Barbosa já foi usada como base para outros pedidos de trancamento de ação penal ou inquéritos em casos de guerra fiscal.

A discussão de ações penais em casos de guerra fiscal já passou pelo STJ e pelo STF nos anos 90. "Esse julgamento é importante porque os pronunciamentos anteriores do STJ são antigos, de mais de dez anos. Agora temos uma reafirmação", diz Alberto Toron, do Toron, Torihara e Szafir Advogados, que também defendeu os sócios no processo no STJ.

Para tributaristas, as ações penais também são controversas. "Mesmo que essa inconstitucionalidade tivesse sido declarada, essa circunstância, por si só, seria insuficiente para configurar crime de sonegação", afirma Gustavo Brigagão, do Ulhôa Canto Advogados. Ele explica que na sonegação, o agente pratica atos com a finalidade de ocultar ou dissimular a ocorrência do fato gerador, o que não ocorre quando o contribuinte segue apenas as determinações de norma legal.

O advogado Júlio de Oliveira, do Machado Associados afirma que se há um ilícito, ele é cometido por quem concede os benefícios inconstitucionais ou edita normas inconstitucionais induzindo o contribuinte a segui-las.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) ainda pode recorrer da decisão.