



Alberto Toron: STJ surpreendeu ao trancar ação sobre guerra fiscal

29/12/2014

Na última sessão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2014 fomos (todos) brindados com uma grata surpresa: conduzindo o julgamento dos Embargos declaratórios no Habeas Corpus 196.262-MG, o ministro Gurgel de Faria, ex-presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, atribuiu-lhe efeito infringente e concedeu a ordem para trancar a ação penal por crime fiscal em favor dos pacientes. A expressiva ementa fala por si:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.
2. Constatada a existência de omissão no julgado acerca da atipicidade da conduta, a questão deve ser alvo de enfrentamento.
3. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial em sede de habeas corpus constitui "medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito" (**HC 281.588/MG**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 05/02/2014).
4. Hipótese em que os embargantes foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 1º, IV, e 2º, II, da Lei 8.137/1990, por duas vezes, porque teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas.
5. Situação que retrata a guerra fiscal entre estados federados, consubstanciada na concessão de incentivo fiscal a uma das partes da operação comercial, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, conforme determina a LC n. 24/1975.
6. "A guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de instalação, os embates continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação

subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/88)." (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais*. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 134).

7. Afasta-se a configuração do delito capitulado no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990, se os dados informados na nota fiscal são exatos e correspondem à realidade, refletindo fiel e cabalmente os detalhes da operação de compra e venda de mercadoria, com os lançamentos tributários exigidos por lei e já com pagamento antecipado e tempestivo do ICMS devido.

8. O aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, ainda que possa ser passível de eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não caracteriza o delito descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990.

9. 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 (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação.

10. Embargos acolhidos, para não conhecer do habeas corpus e conceder a ordem, de ofício, determinando o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 16 de dezembro de 2014 (Data do julgamento).

O STJ, como se pode observar das ementas dos julgados do RHC 7.700 — publicado em 14/12/1998 — e HC 4.307 — publicado em 26/5/1997 —, ambos da relatoria do ministro Vicente Leal, já havia se pronunciado anteriormente sobre o tema, evidenciando que *“a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa a persecução penal sem justa causa”*. Idem o STF: Inq. 1.059, ministro Celso de Mello, DJ 25.08.1995.

No caso que o STJ acaba de julgar, os pacientes, diretores de uma importante empresa, foram denunciados por crime contra a ordem tributária por terem lançado nas notas fiscais o valor cobrado por aquele Estado a título de ICMS nas operações: 12% de valor da operação. *Toda a escrituração fiscal foi feita correta, transparente e precisamente pelos dois contribuintes envolvidos*: a vendedora, no Estado de Pernambuco, e a compradora, no Estado de Minas Gerais. Tendo sido recolhido o ICMS devido a este último Estado da Federação tempestivamente, antes da entrada da mercadoria nos limites do Estado, documentos estes que acompanhavam regularmente a mercadoria transportada.

A despeito disso, no Posto Fiscal mineiro o Fisco glosou os documentos fiscais. Fê-lo ao argumento de que, gozando a vendedora de benefício fiscal concedido regularmente pelo Estado de Pernambuco quanto ao pagamento do ICMS devido (instituído no exercício por tal Estado da Federação no âmbito de sua competência tributária constitucionalmente instituída), o valor creditado pela compradora era maior do que o ICMS efetivamente pago pela vendedora. Disso resultaria que o valor do abatimento feito (creditamento) fora maior do que o devido e, conseqüentemente, o valor recolhido antecipadamente a título de ICMS fora inferior ao devido.

O ponto é que “*Não é dado ao Estado de destino, mediante glosa à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negar efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes*” (STF, AC 2.611, Min. Ellen Gracie, DJe 28/06/2010) e, por outro lado, não há fraude no proceder do vendedor que escriturou a operação corretamente.

Em que pese a clareza dos fatos, o caminho foi longo até se perceber a ilegalidade que a ação penal por crime fiscal representava (artigos 1º, inciso IV, e 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, por duas vezes), pois, segundo a denúncia, teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas.

Negada a ordem de *habeas corpus* no TJ-MG, impetrou-se outro, substitutivo do recurso, no STJ. Como a liminar fora negada e o início da instrução criminal se avizinhava, considerando manifesta a ilegalidade do caminhar da ação penal, impetramos novo *writ* no STF e o ministro Joaquim Barbosa, em decisão impecável (memorável), superou a Súmula 691 e concedeu a medida liminar pleiteada para sobrestar a ação penal até o julgamento do *habeas*. Fê-lo nos seguintes termos:

“Com efeito, do modo como a conduta dos está narrada na denúncia, não estão presentes, ao menos na análise superficial permitida em sede preliminar, os elementos típicos dos crimes que lhes são imputados, assim previsto na Lei 8.137/90:

‘Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;’

‘Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.’

Com efeito, a denúncia não imputou aos pacientes o uso, elaboração ou emissão de qualquer documento falso ou inexato, nem qualquer declaração falsa, omissão, ou fraude empregada com o fim de recolhimento a menor do imposto.



Conforme se extrai dos autos, os pacientes, por meio de sua empresa domiciliada em Minas Gerais, adquiriram baterias automotivas junto a empresa domiciliada no Estado de Pernambuco.

No momento do recolhimento do ICMS-ST devido em Minas Gerais, os pacientes deduziram o valor de ICMS da operação própria, tal como registrado na nota fiscal emitida pela empresa de Pernambuco como incidente sobre a operação de compra-e-venda.

A denúncia sustenta que essa dedução consubstanciaria crime, pois a empresa vendedora não pagou, ao Estado de Pernambuco, o valor de ICMS da operação própria.

Contudo, o fato de a empresa remetente não ter efetivamente pago o valor do tributo por ela devido, com amparo em benefício fiscal concedido pelo Estado de Pernambuco, não torna falsa ou inexata a nota fiscal por ela emitida e utilizada pelos pacientes-compradores para o cálculo do tributo devido ao Estado de Minas Gerais. Os documentos que acompanharam a denúncia revelam que todos os dados informados na nota fiscal em questão — origem da operação (Pernambuco), fato gerador (compra-e-venda de baterias automotivas), valores envolvidos (base de cálculo, alíquota incidente, montante do ICMS devido na origem) — são exatos e correspondem à realidade.

Assim, a questão resume-se a saber se os pacientes tinham ou não direito de deduzir, do valor do ICMS-ST por eles devido ao Estado de Minas Gerais, o valor do ICMS incidente sobre a operação própria - do remetente -, tendo em vista que o Estado de Pernambuco, em contrariedade à Resolução do Confaz, dispensa o pagamento do referido tributo, como incentivo fiscal às empresas locais.

Segundo o Conselho dos Contribuintes: 'a Fiscalização considerou o recolhimento incorreto, em função do abatimento indevido do valor integral do ICMS normal, destacado na nota fiscal, quando a mesma foi remetida por Contribuinte do Estado de Pernambuco (PE), contrariando os termos do art. 1º, item 10.1, da Resolução 3.166/01, juntamente com as modificações introduzidas pelas notas 26, 27 e 28, item 3 da Resolução 3.282/02'. Salienta, ainda, que não podem ser considerados, no cálculo do ICMS-ST, os 'créditos destacados nos documentos fiscais e não cobrados na origem, nos termos da Resolução nº 3.166/01, tendo em vista que o benefício fiscal foi concedido à revelia da legislação tributária'.

Tal como narrada na denúncia, a alegada sonegação fiscal não ultrapassa os limites do direito tributário. Em momento algum os pacientes são acusados de terem omitido ou declarado falsamente a origem da operação configuradora do fato gerador (compra de mercadoria junto a empresa sediada em Pernambuco), os valores envolvidos na operação de compra-e-venda, a data, a alíquota incidente, nem alterado a exatidão desses fatos ou praticado fraude sobre o documento fiscal utilizado pelos pacientes. Com isso, os elementos objetivos e normativos dos artigos



1º, IV, e 2º, I, da Lei 8.137/90 não estão, numa análise prefacial, narrados na denúncia.

Do exposto, defiro a liminar para, superando a Súmula 691 deste Supremo Tribunal Federal, determinar a suspensão da Ação Penal 478.08.34925-0 (sic), em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Pedra Azul/MG, até o julgamento do mérito do presente *writ*” (STF, HC 107.489, Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 25.03.2011, grifos nossos).

Pois bem. Para nossa surpresa, a 5ª Turma do STJ, ao julgar o *habeas* ali impetrado, mesmo tendo ciência da liminar concedida pelo STF, em acórdão relatado pelo desembargador convocado Adilson Vieira Macabu, denegou a ordem sem apreciar a questão da atipicidade da conduta narrada na denúncia (conforme acórdão do HC 196.262). Pior do que isso, é que, passados três anos da decisão proferida pelo ministro Joaquim Barbosa, o seu substituto na cadeira, ministro Luís Roberto Barroso, revendo o entendimento anterior à vista do julgado do STJ, cassou a liminar com um conjunto de frases ecumênicas apontando que “*o trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa...*” ou que “*o habeas corpus não é a via processual adequada para o reexame do conjunto fático do processo de origem...*”. Sim, expressões conhecidas, mas que não diziam com a matéria discutida, puramente de direito e de fácil percepção.

Extinto o *habeas* no STF restou-nos olhar para os esquecidos embargos declaratórios no STJ — sim, o HC no STJ ficou parado três anos com as sucessivas trocas de ministros, até chegar alguém com capacidade de compreensão, disposto a ler e a entender o absurdo que se passava — e impedir que a absurda ação penal persistisse. Os embargos declaratórios, sempre tão difíceis de serem conhecidos, salvaram a pele dos empresários, digo, fizeram justiça!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-dez-29/alberto-toron-stj-surpreendeu-trancar-acao-guerra-fiscal/>