





Por Dinir Salvador Rios da Rocha e Natália Saccenti Lopes (*)

Recentemente, a Folha de S. Paulo noticiou que o Governo de São Paulo pretende criminalizar a dívida de 16 mil empresários de ICMS. Isso porque, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 399.109-SC, impetrado pela Defensoria do Estado de Santa Catarina, em favor de Robson Shumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Shumacher, definiu que não pagar valores declarados de ICMS que foram repassados aos clientes caracteriza apropriação indébita tributária, confrontando, assim, o entendimento da 5ª Turma da Corte (AgRg no gravo REsp 1.138.189) sobre o tema.

Em linhas gerais, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina impetrou habeas corpus em favor dos pacientes, alegando que o não recolhimento de ICMS em operações próprias, devidamente declaradas ao Fisco, não caracterizaria o crime, mas mero inadimplemento fiscal, ou seja, “não há tipicidade formal no caso do não recolhimento de ICMS próprio, na medida em que há substituição tributária, mas sujeição passiva tributária direta da pessoa jurídica”.

Com base neste argumento, requereu o reestabelecimento da sentença de primeiro grau para o fim de absolver sumariamente os pacientes, diante da atipicidade formal das condutas pelas quais foram processados criminalmente.

O Ministro Relator, Rogério Schiette Cruz, entendeu que a prática deve ser entendida como crime para que os empresários não considerem ser vantajoso não pagar os valores declarados.

Após voto-vista antecipado do Ministro Félix Fisher, acompanhando o voto do Ministro Relator,

denegaram a ordem, sendo que os votos dos Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik, foram no mesmo sentido.

Em sentido divergente, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, argumentou que a conduta consistente em deixar de recolher, no prazo legal, o valor de ICMS referente às operações próprias, corretamente declaradas pelo contribuinte, não constituiu apropriação indébita, nem sonegação fiscal. Tratando-se de fato atípico não pode o Estado valer-se do direito penal como instrumento de arrecadação, nem o Judiciário acolher pretensão que culminaria, em última análise, em prisão civil por dívida.

Nesse mesmo sentido, votaram com a Ministra os Ministros Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal para análise.

A questão é que, embora o cerne da decisão proferida esteja relacionado ao âmbito criminal, especialmente quanto à possibilidade de criminalização da conduta, o não pagamento de ICMS por esses 16 mil empresários irá refletir em outros setores, como, por exemplo, no mercado de Seguros de Responsabilidade Civil para Diretores e Administradores (também conhecido como Seguro D&O), pois, caso eles possuam este seguro, poderão acionar dois tipos de cobertura: uma relativa aos Custos de Defesa com o inquérito policial; e outra, relativa aos Custos de Defesa com o processo administrativo tributário, caso também figurem no polo passivo.

Além da cobertura básica para os Custos de Defesa, há apólices que possuem Extensão de Cobertura, isto é, coberturas opcionais que podem ser contratadas e preveem a ampliação das Coberturas Básicas contratadas na Apólice. Dentre elas, podemos destacar a cobertura para Responsabilidade por Tributos e a Cobertura de Penhora Online e Bloqueio de Bens.

A extensão de cobertura para Responsabilidade por Tributos abrange as perdas indenizáveis decorrentes de processos relativos a qualquer débito tributário ou qualquer obrigação tributária da Tomadora, pelas quais, o Segurado seja responsabilizado a pagar em algum processo. Ou seja, contratada esta extensão de cobertura, a Seguradora indenizará o valor do débito tributário, sujeito ao limite de indenização por cobertura contratada.

Entretanto, há situações que excluem essa obrigação, como, por exemplo, no caso de o débito ou a obrigação ser exclusivamente da Tomadora; ou, no caso de o objeto da Tomadora ser relacionado direta ou indiretamente com serviços de saúde, serviços de transporte, ou produtos radioativos, dentre outras hipóteses.

No tocante à extensão de cobertura de Penhora Online e Bloqueio de Bens, esta consiste em a Seguradora, no caso de medida judicial, ou extrajudicial de penhora online e/ou bloqueio total ou parciais de bens do Segurado, advindos de processos cobertos pela apólice, efetuar o pagamento das perdas indenizáveis, na medida dos prejuízos financeiros sentidos pelo Segurado.

Em outras palavras, o objetivo desta cobertura é garantir que o Segurado não seja impedido de honrar seus compromissos financeiros pessoais em virtude de uma decisão judicial que determine a penhora online. Assim, via de regra, a Seguradora, em razão desta cobertura, efetuará o pagamento do salário líquido mensal do Segurado, excluído bônus e demais gratificações.

Os empresários, portanto, poderão acionar não só a cobertura para os Custos de Defesa do inquérito policial e/ou processo tributário, mas também as Extensões de Cobertura ora tratadas, desde que observadas as particularidades da apólice.

Nessa linha de ideias, entendemos que, caso a decisão seja mantida pelo Supremo Tribunal Federal, alcançando devedores de ICMS em todos os estados do país, poderá aumentar significativamente o índice de sinistralidade, pois, afinal, serão 16 mil novos sinistros de Seguros D&O. Por outro lado, se de um lado deparamo-nos com possível aumento de sinistralidade, de outro, deparamo-nos com a possibilidade de crescimento do Seguro D&O, pois a questão das

responsabilidades tem sido cada vez mais o principal motivo de interesse para a contratação do seguro.

(*) Sócio e advogada associada do escritório [DR&A Advogados](#).

(11.02.2019)