

Punir não recolhimento de ICMS não criminalizar dívida, diz parecer

A criminalização do não recolhimento de tributo ou contribuição social aos cofres públicos prevista no artigo 2º, inciso II, da [Lei 8.137/1990](#), não deve ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses de omissão no recolhimento de valores devidos de ICMS.

Dollar Photo Club



Criminalização de todas as hipóteses de não recolhimento de ICMS resulta na criminalização da dívida, diz professor.
Dollar Photo Club

O entendimento é do professor de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP **Alamiro Velludo Salvador Netto**, em consulta jurídica feita pela Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), *amicus curiae* no recurso ordinário em Habeas Corpus em [trâmite](#) no Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Para Netto, ao entender ser possível a ocorrência do crime previsto na Lei 8.197/1990 em todas as hipóteses de não recolhimento do ICMS incidente em operações comerciais, o Superior Tribunal de Justiça acaba criminalizando a dívida, hipótese vetada pelo artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

"Dada a própria redação do tipo penal, a omissão do recolhimento apenas tem relevância penal se precedida da conduta comissiva prévia de 'descontar' ou 'cobrar' tributo, situações que somente podem ser compreendidas na relação jurídico-tributária", afirma.

"A tipificação depende, portanto, da constatação de um dever normativo que exige a existência de um vínculo negocial do responsável tributário com autêntico contribuinte, apto a ensejar as práticas de cobrança ou desconto de valor capaz de ser apropriado por omissão sequencial no recolhimento", completa.

Para o professor, o crime em questão, no âmbito do ICMS, só atinge o "substituto que cobra e recebe o



ICMS/ST por fora do preço, mas não o repassa ao Estado (substituição tributária para a frente)". Ele afirma que "é atípica a conduta de omissão de recolhimento de ICMS próprio, ainda que embutido no preço", uma vez que o adquirente não é contribuinte do imposto em questão, não existindo cobrança ou desconto de valor tributário.

"O contribuinte apenas paga o preço total da mercadoria, não possuindo sujeição alguma perante o Fisco", ressalta. "Em resumo, não se pode confundir dever jurídico-tributário que recai sobre o empresário-contribuinte com o mero ônus econômico que é suportado pelo adquirente", concluiu.

O caso

Em agosto de 2018, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça [decidiu](#), no julgamento do Habeas Corpus 399.109, que não pagar valores declarados de ICMS que foram repassados aos clientes caracteriza apropriação indébita tributária. A sentença negou o HC de empresários condenados nesta situação.

O pedido foi proposto pela Defensoria Pública de Santa Catarina, que alegava que deixar de recolher ICMS declarado seria inadimplimento fiscal e não crime. Mas o ministro relator Rogério Schietti Cruz destacou a relevância social e econômica do tema. Para ele, a prática deve ser entendida como crime para que os empresários não considerem ser vantajoso não pagar os valores declarados. Agora no STF, o caso (RHC 163.334) está sob relatoria do ministro Roberto Barroso.

Clique [aqui](#) para ler a íntegra do parecer.

Autores: Redação ConJur