



OAB pede que Supremo não considere crime deixar de pagar ICMS

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pediu ao Supremo Tribunal Federal, nesta segunda-feira (18/2), para ser aceito como *amicus curiae* no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334. O Plenário da corte irá decidir se o não pagamento de ICMS declarado é crime. A OAB quer que o STF não considere que a medida é um delito.

Na petição, assinada por Felipe Santa Cruz (presidente), Luiz Gustavo Bichara (procurador especial tributário), Juliano Breda, Oswaldo Ribeiro Júnior e Bruno Lopes, a OAB afirma que, como tem a função de proteger os direitos fundamentais, pode agregar valor à discussão do caso.

De acordo com a Ordem, o fato de o contribuinte registrar em livros fiscais o imposto devido e não o pagar não é crime de apropriação indébita tributária. Isso porque o autor não se apropria de dinheiro público nem descumpre, de forma dolosa, nenhuma obrigação fiscal com o intuito de lesar os cofres públicos.

Para a OAB, só podem ser considerados crimes tributários aqueles casos em que há, além do não pagamento do imposto, o uso de artifícios como fraude, falsidade ou omissão. Caso o contribuinte declare o ICMS e não o pague, haverá apenas inadimplência fiscal, argumenta a entidade.

Além disso, a Ordem sustenta que, nas situações em que o contribuinte deve recolher ICMS por ele devido, não pode praticar apropriação indébita tributária. Afinal, não há apropriação de imposto devido por terceiros, já que o ICMS é devido pelo próprio contribuinte. E cabe a ele decidir se repassa esse custo ao consumidor final.

"Importante destacar que o ônus econômico do ICMS pode ou não ser repassado ao consumidor final, isto é, pode ser embutido no preço então praticado na operação final. O fato de que geralmente é feito esse repasse não permite presumir que sempre assim o será. Essa incerteza, por si só, impede a condenação por uma suposta apropriação indébita, já que a responsabilidade penal depende, no mínimo, da demonstração de que o imposto foi descontado ou cobrado".

Em seu dia a dia, as empresas atravessam períodos de dificuldades financeiras, destaca a OAB. Assim, é um exagero tornar crime o atraso no pagamento de tributos.

"Num país como o Brasil, que já passou por diversas crises econômicas, e, segundo especialistas, vive a pior retomada de sua história, não é incomum que contribuintes de boa-fé se vejam com dificuldades para arcar com suas obrigações tributárias, atrasando o pagamento de ICMS e outros tributos".

Dessa maneira, a OAB pede, além do ingresso como *amicus curiae*, que o STF aceite o recurso dos contribuintes e decida que o não pagamento de ICMS não é crime.

Decisão do STJ

A decisão é aguardada tanto por empresários quanto por juristas. Os primeiros temem passar a responder criminalmente por inadimplência, ainda que declarada ao Fisco. Os segundos [criticam](#) o entendimento



firmado no Superior Tribunal de Justiça por entendê-lo desproporcional. Especialistas ouvidos pela **ConJur** apontam que não há como levar a dívida fiscal ao tratamento do Direito Penal. Uma decisão pela criminalização seria uma mudança radical na jurisprudência até aqui.

Em agosto de 2018, por seis votos a três, os ministros da 3ª Seção do STJ negaram Habeas Corpus de empresários que não pagaram valores declarados do tributo, depois de repassá-los aos clientes. Ao seguir o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a prática foi considerada apropriação indébita tributária, com pena de 6 meses a 2 anos, além de multa.

Até aquele momento, havia divergência entre as turmas da corte. Se, por um lado, os ministros da 5ª Turma consideravam o ato crime, por outro, os da 6ª decidiam em sentido oposto.

O HC foi proposto ao STJ pela Defensoria Pública de Santa Catarina depois de o Tribunal de Justiça do estado afastar sentença com absolvição sumária. No caso, o Fisco constatou que os denunciados apresentaram as declarações fiscais devidas, mas, em alguns meses de 2008, 2009 e 2010, não recolheram os valores apurados aos cofres públicos. O montante foi inscrito em dívida ativa e não foi pago nem parcelado.

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da petição.

RHC 163.334

Date Created

19/02/2019