

Criminalizar inadimplência de ICMS é inconstitucional

Prender por inadimplência de ICMS é inconstitucional e transforma o direito penal em instrumento de cobrança. É a opinião de dois advogados especialistas no tema ouvidos pela **ConJur**.

O tema entrou em debate após o Supremo Tribunal Federal pautar para o dia 11 de dezembro o julgamento de um Recurso Ordinário que debate a criminalização do não pagamento de ICMS declarado.

O julgamento ganhou uma terceira via, após o Sindicom, sindicato que representa os grandes distribuidores de combustível, sugerir que seja criminalizado apenas quando o ato for intencional.

Nelson Jr./SCO/STF



O criminalista Pierpaolo Cruz Bottini afirma que criminalizar a cobrança de impostos enfraquece o Direito Penal^{Nelson Jr/STF}

Um dos maiores criminalistas do país, **Pierpaolo Cruz Bottini** entende que cabe apenas um caminho: negar a criminalização. Decisão em contrário fere a Constituição e enfraquece o Direito Penal.

“Criminalizar a inadimplência é usar o Direito Penal como instrumento de cobrança. É banalizar o direito penal, que deve ser usado apenas para casos de fraude ou sonegação de informações”, afirma Bottini.

O tributarista **Igor Mauler Santiago** também afirma que o Sindicom quer uma solução inconstitucional para o tema.

Paulo Márcio



Tributarista Igor Mauler Santiago afirma que STF só poderia criminalizar não pagamento de ICMS caso tivesse poderes de Judiciário, Legislativo e Executivo^{Paulo Márcio}

"Absurdo total! A prisão por dívida — grande ou pequena, isolada ou reiterada — é vedada pela Constituição. Se houvesse lei no sentido desejado pelo Sindicom, seria inconstitucional.

Não havendo, trata-se de pedir ao Judiciário que institua crime à margem da lei — o que o STF só admite naquelas situações especialíssimas onde há um mandado constitucional de incriminação: racismo, tortura, terrorismo e outras, nenhuma delas nem de longe relacionada à tributação.

O que se quer é que os ministros do Supremo, no tempo de um voto, atravessassem a praça para aprovar uma lei, corram até o Planalto para elaborar uma ADC e voltem aos seus assentos para julgarem-na procedente. Haja preparo físico!"

Crime Reconhecido

O Supremo vai analisar um pedido de Habeas Corpus impetrado pelos comerciantes Robson Shumacher e Vanderléia Shumacher, proprietários de uma loja de produtos infantis em Santa Catarina.

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 seis meses a dois 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. Agora no STF, o caso está sob relatoria de Barroso.

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.

O ICMS é um tributo de competência estadual. Na prática, esse imposto é cobrado de forma indireta, ou seja, o encargo econômico é suportado por pessoa diversa daquela que pratica a conduta típica. No caso

do ICMS calculado sobre as operações próprias da empresa, o valor do imposto é adicionado ao preço do produto comercializado ou do serviço prestado.

De acordo com o Código Tributário Nacional, quando o contribuinte deixa de repassar aos cofres públicos os valores de ICMS, comete um mero inadimplemento de sua obrigação tributária. O próprio STJ já decidiu, em sede de recurso repetitivo, que o mero inadimplemento de tributo não é infração à lei. O entendimento foi fixado no REsp 1.101.728.

RHC 163.334

Date Created

04/10/2019