



## Na Mídia

20/12/2019 | [O Estado de S.Paulo](#)

### **STF: Inovação no entendimento da criminalização do não recolhimento de ICMS**

Fabyola En Rodrigues



Nesta quarta-feira, 18/12, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do RHC nº. 163.334, que discute a criminalização da inadimplência do ICMS próprio, regularmente declarado pelo contribuinte.

Por maioria de votos, o Plenário do STF negou provimento ao Recurso em Habeas Corpus apresentado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, firmando a seguinte tese: *“o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no artigo 2º, inciso II, da Lei nº. 8.137/90.*

Nos votos proferidos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal abordaram conceitos inovadores para a criminalização da conduta, como a reiteração da inadimplência do imposto, o dolo em não efetuar o pagamento, fraude ou ardil na conduta, e a violação ao princípio da livre concorrência pelas empresas que se beneficiam economicamente do não recolhimento do ICMS.

Parte dos Ministros defenderam, por exemplo, que o custo do ICMS declarado é embutido no valor da mercadoria e cobrado do consumidor final. Seguindo tal raciocínio, a inadimplência do imposto, sem o recolhimento ao Fisco, significaria uma apropriação indébita.

Ocorre que o tipo penal da apropriação indébita fiscal não contempla a mera inadimplência de imposto regularmente escriturado e declarado pelo contribuinte.

É passível de criminalização, por exemplo, o não pagamento dos tributos descontados pela fonte pagadora. Neste caso, em não havendo repasse ao Fisco, o tipo penal da apropriação indébita fiscal está configurado, já que ocorreu uma cobrança antecipada do imposto.

Também é considerado crime de apropriação indébita fiscal o não pagamento do ICMS em regime de substituição tributária, que é retido por um agente da cadeia econômica, incumbido de recolher o imposto aos cofres públicos, de modo a facilitar a arrecadação.

As operações com ICMS próprio (como é o caso analisado), porém, possuem uma estrutura distinta, e não se encaixam no art. 2º, inciso II da Lei nº. 8.137/90, pois o consumidor final não possui qualquer relação jurídico-tributária com o imposto declarado e escriturado pelo empresário.

Apesar disso, o STF decidiu que o inadimplemento do ICMS declarado será considerado crime, desde que demonstrado o ardil ou fraude na conduta, e o dolo do contribuinte em não repassar os valores devidos aos cofres públicos.

Possíveis impactos na atividade empresarial:

Em razão da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o inadimplemento de ISS, por exemplo, a depender do caso em concreto, também poderá ser interpretado pelo Judiciário como um crime de apropriação indébita tributária, já que o imposto em questão também possui repercussão econômica no preço do produto, tal como ocorre com o ICMS.

É importante esclarecer também que a Súmula Vinculante nº. 24 do STF, que estabelece a não tipificação de crime contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do tributo, não é aplicável ao crime de apropriação indébita fiscal.

Desta forma, eventual inadimplência de ICMS próprio poderá ser objeto de investigação pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, antes mesmo do encerramento do processo administrativo tributário que discute a validade da cobrança.

Neste cenário, tanto os pequenos comerciantes quanto os grandes empresários terão de se preocupar adicionalmente com a responsabilização criminal dos seus administradores em razão do não recolhimento do tributo.

O atual posicionamento do STF reforça a importância de se estruturar a defesa administrativa de maneira ainda mais contundente, desde o recebimento da notificação fiscal até o encerramento da discussão na esfera tributária, evitando desdobramentos na esfera criminal.

**\*Fabyola En Rodrigues, sócia das áreas Penal Empresarial e de Compliance, lidera o Departamento Criminal Empresarial do Demarest**