

## Tributário & Penal Tributário

### Não recolhimento de ICMS pode caracterizar crime

Nos casos de não repasse do ICMS aos cofres públicos, configura-se o crime previsto no [artigo 2º](#), inciso II, da Lei 8.137/90, quando o agente se apropria do valor referente ao tributo, ao invés de recolhê-lo ao fisco.

A diferença entre o mero inadimplemento fiscal e a prática do delito, que não se vincula à clandestinidade ou não da omissão no repasse do ICMS devido, deve ser aferida pelo simples dolo de se apropriar dos respectivos valores, o qual é identificado pelas circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

Com esse entendimento, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou habeas corpus a dois empresários que alegaram que o não recolhimento de ICMS em operações próprias, devidamente declaradas ao fisco, não caracterizaria crime, mas apenas inadimplemento fiscal.

“O fato é típico e, em princípio, não há causa excludente da ilicitude, impondo-se ressaltar que o dolo de se apropriar há de ser reconhecido com base no substrato probatório obtido após a instrução criminal”, fundamentou o relator do caso, ministro Rogerio Schietti Cruz.

No caso analisado, os impetrantes deixaram de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeitos passivos da obrigação tributária, o valor do ICMS cobrado do adquirente que os seguia na cadeia de produção.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou configurado o crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, comumente chamado de apropriação indébita tributária, e reformou a sentença que havia absolvido sumariamente os réus.

No STJ, Rogerio Schietti justificou a necessidade de a seção analisar a situação tendo em vista decisões diferentes na Quinta e na Sexta Turma

Fonte: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

Nossos advogados estão à disposição para maiores esclarecimentos, pois este documento foi elaborado exclusivamente para fins informativos, não deve ser considerado como opinião legal ou consulta jurídica.

É vedada a distribuição, reprodução ou divulgação deste documento, total ou parcial, sem o consentimento prévio de Montenegro & Scofano Advogados Associados.

em casos de ICMS incidente em operações próprias e nos casos de substituição tributária.

A defesa afirmou que faltaria tipicidade formal no caso de não recolhimento do ICMS próprio, na medida em que não haveria substituição tributária, mas sujeição passiva tributária direta da pessoa jurídica.

### **Aspectos essenciais**

O ministro destacou quatro aspectos essenciais para a prática do crime.

O primeiro deles é que o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não afasta a prática do delito, "visto que este não pressupõe a clandestinidade".

O segundo e terceiro, defendeu Schietti, é que para a configuração do delito, o seu autor deve ser o agente que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária. Não qualquer sujeito passivo, mas tão somente o que desconta ou cobra o tributo.

E o quarto e último aspecto é que a conduta seja direcionada pelo dolo de se apropriar do tributo devido (requisito subjetivo geral) que deveria ser recolhido ao fisco, circunstância esta a ser extraída dos fatos inerentes a cada caso concreto.

---

**Montenegro & Scofano**

contato@montenegroescofano.com.br

**© 2018 Montenegro &  
Scofano Advogados  
Associados. Todos os  
direitos reservados.**