

ICMS e crime: mais reflexões sobre a nova postura do STF

17/08/2020



Pierpaolo Bottini
advogado e professor

A decisão do Pleno do STF, no RHC 163.334, de reconhecer como

criminosa a conduta do comerciante que deve ICMS próprio, declara e não paga já é conhecida, bem como são as corretas críticas aos fundamentos da decisão¹.

O tema da presente reflexão é outro: o impacto prático de uma passagem específica do voto vencedor do Ministro Roberto Barroso no caso em questão, que reconheceu como típica a conduta do comerciante inadimplente apenas se a prática for *contumaz*:

É preciso, portanto, que se constate que a inadimplência do devedor é *reiterada, sistemática, contumaz*, verdadeiro modelo negocial do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. Trata-se de elemento de valoração global do fato, a ser apurado pelo juiz em cada caso concreto. Além da própria conduta atual de inadimplência reiterada, também deve-se levar em consideração o histórico de regularidade de recolhimentos tributários do agente, apesar de episódios de não recolhimentos específicos, justificados por fatores determinados (sem grifos).

Embora o voto tenha relacionado essa *contumácia* ao dolo — em verdade a uma especial intenção para além do dolo típico —, em verdade, o critério não parece ter relação com a vontade do agente. A contumácia ou não de uma conduta é constatável objetivamente, pela repetição dos atos ou omissões, independente da intenção envolvida.

Se o comerciante que deixa de pagar ICMS de forma *pontual*, por um problema financeiro específico, tiver um histórico de adimplência fiscal, não pratica o crime, na visão do voto do relator. Por outro lado, se a prática for *contumaz* será reconhecida a tipicidade objetiva. Um ou

poucos atos de não pagamento não são suficientes para a caracterização do delito. Apenas o conjunto de reiteradas inadimplências revelaria o crime descrito no art.2º, II da Lei 8.137/90.

A adoção desse critério tem *consequências importantes*. A inclusão do elemento objetivo “*contumácia*” pelo voto do relator confere uma natureza *habitual* ao delito em questão. E, nos crimes *habituais* “*só pela reiteração põe-se em risco o bem jurídico tutelado e não por uma atitude ocasional*”², de forma que “*a consumação somente existirá quando houver a reiteração de atos, com habitualidade, já que cada um deles, isoladamente, constitui um indiferente penal.*”³

Assim, o *crime habitual*, ainda que apenas *acidentalmente habitual*, por mais que seja composto por *diversas condutas*, não implica *concurso de delitos*, mas crime *único*. Aquele que pratica *diversos atos fraudulentos* em uma instituição financeira, por exemplo, não comete *vários delitos de gestão fraudulenta*, mas apenas um *único*⁴.

Se no delito *habitual* a existência de uma só conduta é atípica e apenas o conjunto delas consome o crime, ao exigir a *contumácia do não pagamento de ICMS próprio* para a tipicidade do crime previsto no art.20, II da Lei 8.137/90, o STF acaba por reconhecer que a inadimplência *seguida*, por *diversas vezes*, do tributo exigido constitui um *único crime*, e não vários. Não faria sentido definir que uma conduta isolada não é suficiente à tipicidade, para reconhecer no momento de fixar a pena a existência de *diversos crimes*.

Assim, pelas premissas estabelecidas pelo STF, o não pagamento reiterado do ICMS próprio caracteriza crime único. Ainda que o comerciante deixe de pagar por um longo período o tributo em questão, não haverá *concurso material* ou *crime continuado*, mas apenas um delito, punível com a pena de 6 meses a 2 anos e multa, ao qual são aplicáveis, em regra, a *transação penal*, *aplicação antecipada de pena* ou da *suspensão condicional do processo*, previstas na Lei 9.099/95.

¹ Borges, Ademar; Leite, Alaor. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019> Acesso em 14.jul.2020; Estellita, Heloisa; Junior, Aldo de Paula. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição de mera inadimplência tributária? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019> Acesso em 14.jul.2020; Bottini, Pierpaolo Cruz; Estellita, Heloisa. Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos> Acesso em 14.jul.2020

² REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal. Parte Geral*. Vol.1. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.280

³ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Volume 1 – Parte Geral (Arts. 1º a 120)*. [Livro eletrônico] 26. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1178



4(HC 39.908/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 03/04/2006, p. 373); (HC 89364, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-03 PP-00674); (HC 87987, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 23-06-2006 PP-00054 EMENT VOL-02238-02 PP-00232 RTJ VOL-00202-01 PP-00220 RB v. 18, n. 514, 2006, p. 32-33 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 496-498)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-17/direito-defesa-icms-crime-reflexoes-postura-stf/>