



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 747361 - SC (2022/0172202-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : SILVESTRE SOARES DE CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, IMPETRADO QUANDO O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DA VIA RECURSAL CABÍVEL NA CAUSA PRINCIPAL AINDA NÃO HAVIA FLUÍDO. INADEQUAÇÃO DO PRESENTE REMÉDIO. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO QUE AGREGA ÓBICE À COGNIÇÃO DO PEDIDO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA. ICMS. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA E DOLO DE APROPRIAÇÃO. INVERSÃO DA PREMISSE FÁTICA ASSENTADA PELA CORTE LOCAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO, INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. DELITO CARACTERIZADO A CADA LANÇAMENTO MENSAL DO IMPOSTO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É incognoscível, ordinariamente, o *habeas corpus* impetrado quando em curso o prazo para interposição do recurso cabível. Nesse sentido, "*verifica-se a possibilidade do manejo da via adequada para a obtenção do intento defensivo ou, ao menos, de uma resposta jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, de modo que qualquer pronunciamento imediato desta Corte Superior quanto ao pleito vindicado pela impetrante seria precoce, além de implicar a subversão da essência do remédio heroico e o alargamento inconstitucional de sua competência para julgamento de habeas corpus*" (STJ, AgRg no HC n. 733.563/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2022, DJe 16/05/2022).

2. Nem o trânsito em julgado da causa principal em data posterior à impetração do *writ* sana o vício de conhecimento do *habeas corpus*. A formação da coisa julgada, que tornaria a condenação originária definitiva, agrega, ainda, outro óbice à cognição do pedido, pois, consoante pacífica jurisprudência desta Corte "[n]ão deve ser conhecido o writ que se volta contra acórdão condenatório já transitado em julgado" (STJ, AgRg no HC n. 751.156/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe 18/08/2022).

3. Hipótese na qual é incabível a concessão de ordem de ofício.

4. A Corte local, soberana na análise dos fatos e das provas, entendeu que, a partir do conjunto probatório angariado, estaria, sim, comprovada a presença de

contumácia e o dolo específico de apropriação. Para infirmar a premissa fática delineada no acórdão de origem seria necessário incursionar, verticalmente, no acervo probatório, providência incompatível com a estreita via do *writ*.

5. A conclusão adotada pela Jurisdição Ordinária quanto à continuidade delitiva parece não divergir do entendimento desta Corte, a qual "*entende que, na hipótese de ICMS declarado e não pago, cada lançamento mensal caracteriza um delito*" (AgRg no AREsp n. 2.224.484/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2023, DJe 16/02/2023).

6. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 29 de maio de 2023.

Ministra LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 747361 - SC (2022/0172202-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : SILVESTRE SOARES DE CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, IMPETRADO QUANDO O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DA VIA RECURSAL CABÍVEL NA CAUSA PRINCIPAL AINDA NÃO HAVIA FLUÍDO. INADEQUAÇÃO DO PRESENTE REMÉDIO. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO QUE AGREGA ÓBICE À COGNIÇÃO DO PEDIDO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA. ICMS. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA E DOLO DE APROPRIAÇÃO. INVERSÃO DA PREMISSE FÁTICA ASSENTADA PELA CORTE LOCAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO, INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. DELITO CARACTERIZADO A CADA LANÇAMENTO MENSAL DO IMPOSTO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É incognoscível, ordinariamente, o *habeas corpus* impetrado quando em curso o prazo para interposição do recurso cabível. Nesse sentido, "*verifica-se a possibilidade do manejo da via adequada para a obtenção do intento defensivo ou, ao menos, de uma resposta jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, de modo que qualquer pronunciamento imediato desta Corte Superior quanto ao pleito vindicado pela impetrante seria precoce, além de implicar a subversão da essência do remédio heroico e o alargamento inconstitucional de sua competência para julgamento de habeas corpus*" (STJ, AgRg no HC n. 733.563/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2022, DJe 16/05/2022).

2. Nem o trânsito em julgado da causa principal em data posterior à impetração do *writ* sana o vício de conhecimento do *habeas corpus*. A formação da coisa julgada, que tornaria a condenação originária definitiva, agrega, ainda, outro óbice à cognição do pedido, pois, consoante pacífica jurisprudência desta Corte "[n]ão deve ser conhecido o writ que se volta contra acórdão condenatório já transitado em julgado" (STJ, AgRg no HC n. 751.156/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe 18/08/2022).

3. Hipótese na qual é incabível a concessão de ordem de ofício.

4. A Corte local, soberana na análise dos fatos e das provas, entendeu que, a partir do conjunto probatório angariado, estaria, sim, comprovada a presença de

contumácia e o dolo específico de apropriação. Para infirmar a premissa fática delineada no acórdão de origem seria necessário incursionar, verticalmente, no acervo probatório, providência incompatível com a estreita via do *writ*.

5. A conclusão adotada pela Jurisdição Ordinária quanto à continuidade delitiva parece não divergir do entendimento desta Corte, a qual "*entende que, na hipótese de ICMS declarado e não pago, cada lançamento mensal caracteriza um delito*" (AgRg no AREsp n. 2.224.484/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2023, DJe 16/02/2023).

6. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por SILVESTRE SOARES DE CARVALHO contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos (fl. 310):

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, IMPETRADO QUANDO O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DA VIA RECURSAL CABÍVEL NA CAUSA PRINCIPAL AINDA NÃO HAVIA FLUÍDO. INADEQUAÇÃO DO PRESENTE REMÉDIO. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO QUE AGREGA ÓBICE À COGNIÇÃO DO PEDIDO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA. ICMS. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA E DOLO DE APROPRIAÇÃO. INVERSÃO DA PREMISSA FÁTICA ASSENTADA PELA CORTE LOCAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO, INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. DELITO CARACTERIZADO A CADA LANÇAMENTO MENSAL DO IMPOSTO. PEDIDO NÃO CONHECIDO."

Consta nos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o ora Agravante foi condenado às penas de "*9 (nove) meses de detenção, em regime aberto (art. 33, § 2º, "c" do CP), além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal (art. 49, § 1º do CP), por infração ao art. 2º, II da Lei nº 8137/90, por 6 vezes, em continuidade delitiva (art. 71, caput, do CP)*" (fl. 233).

Inconformado o Sentenciado apelou ao Tribunal de origem, que desproveu o recurso em acórdão assim ementado (fls. 1348-1365; sem grifos no original):

"APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2.º, II, DA LEI N. 8.137/90, POR SEIS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO FUNDADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA E NA FALTA DE MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO CABIMENTO. [...] **TEMA JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL NO STF. TEMA 937. CONTUMÁCIA E DOLO ESPECÍFICO DE APROPRIAÇÃO EVIDENCIADAS PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO PRESENTE CASO. ACUSADO QUE, ALÉM DAS SEIS CONDUTAS IMPUTADAS, RESPONDE PELA PRÁTICA DE OUTROS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (MAIS DE CINQUENTA). INAPLICABILIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 408 DO ANEXO 6, TÍTULO II, DO RICMS-SC. ADEMAIS, CONTUMÁCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A HABITUALIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO**

MANTIDA.

[...]

3 O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, assentou que "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 tipo penal do art. 2.º, II, da Lei nº 8.137/1990" (RHC n. 163.334/SC, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18/12/2019).

4 Se demonstrado que o não recolhimento dos tributos ocorria de forma reiterada e contumaz, tem-se como configurado o dolo específico de apropriação.

AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE 6 (SEIS) INFRAÇÕES. DELITO CONSUMADO MENSALMENTE. MAJORAÇÃO DA PENA NO PATAMAR DE METADE (1/2) ACERTADA. DOSIMETRIA PRESERVADA.

[...]

RECLAMO CONHECIDO E NÃO PROVIDO."

Na inicial deste feito, a Defensoria Impetrante pleiteou, de início, a absolvição do Recorrente, pois "em nenhum momento a contumácia da inadimplência do Paciente ou o dolo específico de apropriação foram comprovados no processo" (fl. 06), circunstâncias que entende imprescindíveis para a condenação pelo crime tipificado no art. 2.º, inciso II, da Lei n. 8137/90. Afirmou que "o acórdão concluiu haver as elementares 'contumácia' e 'dolo de apropriação' com base, exclusivamente, na mera descrição do período de inadimplência fiscal, o que é evidentemente insuficiente para comprovar a imputação da contumácia e o dolo de apropriação, que passaram a ser exigidos pelo STF" (fl. 07). Subsidiariamente, argumentou ser necessário afastar o aumento da continuidade delitiva, reconhecendo-se a existência de crime único, uma vez que o crime imputado ao Agravante configuraria delito habitual. Sustentou que "a exigência de contumácia significa que o crime do art. 2.º, II, da Lei 8.137/90 passa a ser um crime habitual: a tipificação da conduta pressupõe a reiteração de condutas de deixar de recolher o ICMS não pagamentos" (fl. 08).

Requeru, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento deste writ. No mérito, pugnou pela concessão da ordem de *habeas corpus* para que fosse absolvido o Recorrente ou, subsidiariamente, afastado o acréscimo da continuidade delitiva, reconhecendo-se a ocorrência de crime único.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 298-303, de seguinte ementa (fl. 298):

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. HABITUALIDADE. PRESSU- POSTO DO CRIME CONTINUIDADE DELITIVA. TESE DE CRIME ÚNICO. REDUÇÃO DA PENA. NECESSI- DADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. JURIS- PRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não é cabível *habeas corpus* substitutivo de recurso, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegali- dade no ato judicial impugnado, conforme a jurispru- dência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não é possível na estreita via do *habeas corpus* reanalisar todo o conjunto fático-probatório para afastar as conclusões a que chegou a Corte de origem e decidir de modo diverso.

3. Parecer pelo não conhecimento do writ ou pela denegação da ordem."

Às fls. 310-316, não conheci do pedido.

No presente recurso, a Defesa alega, preliminarmente, que "*o habeas corpus se constitui em ação autônoma de impugnação, prevista como garantia fundamental dos cidadãos (art. 5º, LXVIII, da CF), que pode ser ajuizada independentemente da existência de prazo para a interposição do recurso especial*" (fl. 326). No mais, reitera os mesmos argumentos declinados na exordial. Assevera que "*o Tribunal a quo deixou de demonstrar o dolo de apropriação no caso em concreto*" (fl. 330) e que o Réu não seria devedor contumaz do tributo suprimido. Argumenta que deve ser afastada a continuidade delitiva, pois "*atos isolados de inadimplência não são suficientes para caracterizar o crime fiscal, o que significa que os atos praticados configuram apenas o conjunto de reiteradas inadimplências*" (fl. 333).

Ao final, requer "*o conhecimento e provimento do presente Agravo, para [...] reconsiderar de ofício a r. decisão para declarar a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de absolver o agravante, em virtude da atipicidade formal da conduta que lhe foi imputada de deixar de recolher ICMS próprio, por ausência de provas da “contumácia” e do “dolo de apropriação”. Subsidiariamente, para afastar a continuidade delitiva no crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990*" (fl. 333).

É o relatório.

VOTO

A despeito dos fundamentos consignados às fls. 322-335, a decisão agravada não comporta nenhum reparo.

Conforme destaquei no *decisum* impugnado, há óbice processual à análise do presente pedido de *habeas corpus*.

O acórdão impugnado foi assinado eletronicamente em 23/05/2022 (fl. 42). O *writ* foi impetrado em 04/06/2022 (fl. 1), indicando-se que este feito foi manejado antes do *dies ad quem* para a interposição da via de impugnação própria na causa principal, o recurso especial.

Dessa forma, a presente impetração é incabível por consubstanciar inadequada substituição ao recurso cabível ao Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 753.464/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 20/09/2022, DJe 29/09/2022 e AgRg no HC n. 733.563/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2022, DJe 16/05/2022; v.g.).

Ademais, o trânsito em julgado da causa principal em data posterior à impetração deste *writ* não sana o vício de conhecimento do *habeas corpus*. **A coisa julgada, que agora torna a condenação originária definitiva, agrega ainda outro óbice à cognição do pedido. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte "[n]ão deve ser conhecido o writ que se volta contra acórdão já transitada em julgado"** (AgRg no HC n. 751.156/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2022, DJe 18/08/2022; sem grifos no

original), pois, nos termos do art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir, originariamente, "as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados".

Ainda, no mesmo mesmo sentido: HC n. 730.555/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES – Desembargador Convocado do TRF/1.^a Região –, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2022, DJe 15/08/2022; AgRg no HC n. 751.137/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 04/08/2022 e AgRg no HC n. 742.237/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2022, DJe 21/06/2022, v.g. Confira-se, ainda, o seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO DA INICIAL QUANDO O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DA VIA RECURSAL CABÍVEL AINDA NÃO HAVIA FLUÍDO. INADEQUAÇÃO DO PRESENTE REMÉDIO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTA CORTE EXAMINAR A CONTROVÉRSIA NA VIA ELEITA, ANTE TEMPUS. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO QUE AGREGA ÓBICE À COGNIÇÃO DO PEDIDO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DESCABIMENTO DE CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA APENAS DA CULPABILIDADE. ESTRATÉGIA CRIMINOSA DEVIDAMENTE PREMEDITADA NO CASO. DIVERSOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO, QUE ATINGIRAM INCLUSIVE A CABEÇA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO INERENTES AO TIPO. ELEMENTOS ACIDENTAIS DEVIDAMENTE DECLINADOS, A DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE APENAMENTO MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É incognoscível, ordinariamente, o habeas corpus impetrado quando em curso o prazo para interposição do recurso cabível. Nesse sentido, 'verifica-se a possibilidade do manejo da via adequada para a obtenção do intento defensivo ou, ao menos, de uma resposta jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, de modo que qualquer pronunciamento imediato desta Corte Superior quanto ao pleito vindicado pela impetrante seria precoce, além de implicar a subversão da essência do remédio heroico e o alargamento inconstitucional de sua competência para julgamento de *habeas corpus*' (STJ, AgRg no HC n. 733.563/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/5/2022, DJe 16/5/2022).

2. Nem o trânsito em julgado da causa principal em data posterior à impetração do writ sanaria o vício de conhecimento do habeas corpus. A formação da coisa julgada, que tornaria a condenação originária definitiva, agrega, ainda, outro óbice à cognição do pedido, pois, consoante pacífica jurisprudência desta Corte '[n]ão deve ser conhecido o writ que se volta contra acórdão condenatório já transitado em julgado' (STJ, HC n. 730.555/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES - Desembargador Convocado do TRF 1.^a Região -, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2022, DJe 15/8/2022).

[...]

10. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 775.506/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/02/2023, DJe 17/02/2023; sem grifos no original.)

Ainda que assim não fosse, ressalto que, *in casu*, não observo a presença de flagrante ilegalidade a recomendar a concessão da ordem de ofício.

Quanto à alegada atipicidade da conduta por falta de dolo de apropriação e ausência de inadimplência contumaz, o Tribunal de origem manifestou-se no seguinte sentido (fls. 47-48; sem grifos no original):

*"Ocorre que a Corte Suprema, no julgamento do RHC n. 163.334/SC (rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18/12/2019), em uma interpretação restritiva, como forma de reforçar a diferença entre a conduta prevista no art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/90 e a mera inadimplência, definiu a tese de ser **imprescindível para a configuração do tipo penal a demonstração da contumácia e do dolo específico de apropriação**. Veja-se:*

[...]

*De todo modo, **a contumácia e o dolo específico de apropriação fazem-se presentes no caso.***

*Denota-se que as condutas perpetradas pelo apelante - que **deixou de recolher, no prazo legal, o imposto relativo aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2017** -, contrariamente ao que aduziu a defesa, são reiteradas e não constituem mero inadimplemento fiscal, senão atos delituosos previstos em legislação especial.*

Como bem consignou o Promotor de Justiça em contrarrazões ao recurso:

*[...] a apropriação imputada decorre de um proceder manifestamente contumaz. Não bastasse ter deixado de recolher o imposto relativo aos meses de apuração de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2017, no prazo legal, **o acusado também responde às Ações Penais n. 0901819-57.2018.8.24.0038 (maio, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012 e janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013) e 0905860-33.2019.8.24.0038 (fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2014 e janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015), pelas quais lhe são imputadas também outras práticas de apropriação indébita tributária. Ou seja, pesam contra ele omissões de recolhimento suficientes a caracterizar comportamento reiterado e afastar qualquer possibilidade de absolvição por atipicidade criminosa, em linha com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (Evento 63, CONTRAZAP1, fl. 5, autos originários).***

*Portanto, além das seis condutas imputadas nestes autos, o **apelante responde pela prática de outros crimes contra a ordem tributária (mais de cinquenta), perpetrados por longo período - entres os anos de 2011 a 2015.***

*As circunstâncias do presente caso, portanto, **divergem da hipótese de mero inadimplemento em situações excepcionais. Pelo contrário, o não recolhimento dos tributos pelo apelante ocorria de forma reiterada e contumaz, o que, aliás, permitiu por certo tempo manter a atividade empresarial e o pagamento dos funcionários, conforme retratado em seu interrogatório.***

Assim, verifica-se que a Corte local, soberana na análise dos fatos e das provas, entendeu que, **a partir do conjunto probatório angariado, estaria, sim, comprovada a presença de "contumácia e o dolo específico de apropriação"**. Para infirmar a conclusão adotada pelo Tribunal a quo seria necessário "reexame aprofundado de todo o acervo fático-probatório, providência totalmente incompatível com os estreitos limites do remédio heroico, que em função do seu rito célere e cognição sumária, não admite dilação probatória" (AgRg no

HC 696.574/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 07/04/2022).

Com efeito, "[s]e as *instâncias ordinárias*, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, **entenderam**, de forma fundamentada, **haver contumácia delitiva e o dolo de apropriação**, ambos lastreados nas provas produzidas, **inviável** nesta célere via do **habeas corpus**, que exige prova pré-constituída, **pretender conclusão diversa**" (AgRg no HC n. 690.883/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022; sem grifos no original).

Nessa mesma linha intelectual:

"HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO EM GUIA PRÓPRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *É típica a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS incidente em cada operação comercial, que não integra o patrimônio do empresário e, portanto, é indevidamente apropriado em detrimento dos cofres públicos.*

2. *A Terceira Seção, após debater o tema, pacificou o entendimento de que, para a configuração da apropriação indébita tributária, o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.*

3. *O sujeito ativo do ilícito é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa, consistente na consciência de não recolher o valor do tributo devido.*

4. *A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.*

5. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no RHC n. 163.334/SC e sufragou idêntico entendimento, de que '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 tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990'. Prevaleceu a compreensão de que o valor do ICMS cobrado em cada operação comercial não integra o patrimônio do comerciante; ele é apenas o depositário desse ingresso de caixa, que, depois de devidamente compensado, deve ser recolhido aos cofres públicos.*

6. ***É incabível no rito de cognição sumária do habeas corpus reexaminar provas para concluir, em confronto com a premissa fática estabelecida pelas instâncias ordinárias, que o paciente suportou integralmente o valor do ICMS.***

7. *Habeas corpus denegado.*" (HC n. 556.551/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 5/8/2020; sem grifos no original.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.138/90. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DE APROPRIAÇÃO E A REITERAÇÃO DE CONDUTAS. ABSOLVIÇÃO. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA

DE MULTA. REVISÃO DO VALOR NECESSÁRIA REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...]

3. No caso, conforme constatado pelo Tribunal de origem nos embargos declaratórios, a contumácia e o dolo de apropriação são representados não só pela pluralidade de condutas atribuídas ao Embargante, como também pelo fato de ele ter empregado o recurso financeiro para outros fins.

4. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou alteração de classificação típica em razão de conclusões acerca do contexto fático, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

5. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver contumácia delitiva e o dolo de apropriação, ambos lastreados nas provas produzidas, inviável nesta célere via do habeas corpus, que exige prova pré-constituída, pretender conclusão diversa.

[...]

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. " (AgRg no HC n. 750.861/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe 04/10/2022; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90. PLEITO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE MERO INADIMPLEMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE DOLO E CONTUMÁCIA DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO. TESE DEFENSIVA EM CONFRONTO COM ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O pleito de absolvição por ausência de provas da contumácia e do dolo de apropriação tributária demanda reexame de fatos e provas, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus.

[...]

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 597.276/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/09/2020, DJe 04/09/2020; sem grifos no original.)

Por outro lado, com relação ao pleito de reconhecimento de crime único, o Tribunal estadual, consignou que "a consumação do delito em questão ocorre mensalmente, na data de vencimento do pagamento do tributo devido [...] não houve o recolhimento dos valores de ICMS aos cofres públicos nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2017 (Dívida Ativa n. 19046450603), pelo que deve ser mantida a aplicação da continuidade delitiva" (fl. 51).

A conclusão adotada pela Corte estadual, aparentemente, está em consonância com a jurisprudência deste Sodalício. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME CARACTERIZADO A CADA LANÇAMENTO MENSAL DO TRIBUTO. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A análise das questões relativas à insuficiência da prova da autoria e da materialidade delitivas, bem como da alegada interpretação desfavorável do

silêncio do réu, na hipótese, implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, na hipótese de ICMS declarado e não pago, cada lançamento mensal caracteriza um delito.

Assim, o acórdão recorrido está correto ao consignar a continuidade delitiva. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp n. 2.224.484/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2023, DJe 16/02/2023; sem grifos no original.)

Assim, considerando-se que o *decisum* de fls. 310-316 encontra-se em plena harmonia com diversos precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte e, não havendo fundamentos jurídicos que infirmem as razões declinadas no julgado ora agravado, **deve ser mantida a decisão recorrida.**

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 747.361 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0172202-0

Número de Origem:
50507148120218240038

Sessão Virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : SILVESTRE SOARES DE CARVALHO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SILVESTRE SOARES DE CARVALHO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 30 de maio de 2023