



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.023 - SC (2017/0090488-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ROGERIO MIGUEL RINCAWETSCKI**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. SUPERVENIENTE SUBMISSÃO DA TEMÁTICA AO PLENO DO STF. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA E DE NOVA DISCUSSÃO NO STJ ACERCA DO ASSUNTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no desempenho de sua missão constitucional de dar a última palavra acerca da interpretação de leis federais, em 22/8/2018, consolidou o entendimento segundo o qual a venda de mercadorias com o ICMS embutido no preço sem o pagamento do tributo configura o delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

2. Em 11/2/2019, dada a relevância prática da matéria, que afeta dezenas de milhares de contribuintes por todo o País, e em homenagem à segurança jurídica, o Ministro Roberto Barroso decidiu submeter o assunto à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal por meio do RHC n. 163.334.

3. Apesar de o ora agravado não figurar como recorrente no RHC n. 163.334, mas considerando que ele já poderá ter cumprido integralmente sua pena transitada em julgado, é possível, até a matéria ser analisada naquela Corte, suspender a execução definitiva da pena a que fora condenado, consistente na limitação de final de semana por 10 meses.

4. O tema é sensível e pode ser novamente debatido nesta Corte, tendo como referência o superveniente julgamento daquele feito, e não o precedente da Terceira Seção.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de novembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.023 - SC (2017/0090488-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trago a julgamento o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão de fls. 366/367, mediante a qual dei provimento ao agravo regimental de **Rogério Miguel Rincawetscki** para, **reconsiderando** a decisão de fls. 347/351, dar regular andamento ao *writ* e submeter, oportunamente, a questão de fundo à Sexta Turma, bem como para suspender a execução definitiva da reprimenda até o julgamento final deste *habeas corpus*. Explico.

Rogério Miguel Rincawetscki foi condenado à pena de 10 meses de detenção em regime aberto, substituída, ao final, por uma restritiva de direito consistente na limitação de final de semana, pelo tempo de condenação, e ao pagamento de 16 dias-multa no valor mínimo legal, por infração do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por oito vezes, em continuidade delitiva. Isso porque, na condição de sócio-administrador da empresa Romalar Materiais de Construção Ltda., deixou de efetuar, em favor do Estado de Santa Catarina, no prazo legal, o recolhimento de R\$ 16.536,69 a título de ICMS, cobrado de consumidores (Ação Penal n. 0022320-33.2013.8.24.0038, da 2ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC).

O réu interpôs apelação criminal, pugnando, entre outras teses, pela sua absolvição ante a atipicidade da conduta.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso e, de ofício, determinou o imediato cumprimento da pena restritiva de direitos imposta.

Sobreveio, então, este *habeas corpus*, com a pretensão liminar de suspensão de todos os efeitos da condenação, *inclusive a determinação para que o paciente inicie imediatamente o cumprimento da pena restritiva de direitos imposta* (fl. 8). E com o pedido final de cassação do acórdão para o fim de absolver o paciente do crime pelo qual foi condenado.

Segundo a impetrante, *há diversas decisões dessa Corte de Justiça que não vem admitindo a execução provisória de penas restritivas de direitos, em face do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 147 da LEP (fl. 6); e a conduta do paciente, por estar envolto em relação tributária de sujeição direta, é manifestamente atípica, de maneira que, tendo declarado em livro contábil o próprio débito, não há falar em crime, mas sim, e tão somente, em inadimplência fiscal (fl. 6).

Deferi medida liminar a fim de suspender, até o julgamento final do *habeas corpus*, a execução provisória da pena do paciente (fls. 271/274).

Como sobreveio o trânsito em julgado da condenação do paciente e a Terceira Seção desta Corte, no HC n 399.109/SC (DJe 31/8/2018), pacificou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema de fundo, concluindo que não há falar em atipicidade da conduta em casos como o destes autos, por meio da decisão de fls. 347/351, **cassei** a medida liminar deferida, **julguei** o *writ* **parcialmente prejudicado** e **deneguei** a ordem, com base no art. 34, XX, do RISTJ.

Isso deu ensejo ao agravo regimental do paciente, repisando a tese de atipicidade da conduta do paciente, defendendo-se novamente que, *na hipótese em que não existe regime de substituição tributária no recolhimento de ICMS e há declaração do referido tributo devido, há mero débito fiscal, eis que não há sonegação fiscal consubstanciada em fraude, omissão ou prestação de informações falsas (ressalte-se que no caso da existência de substituição tributária, haveria meio ardil por se apropriar de valor devido por outrem)* (fl. 361).

Aí, reconsiderarei aquela decisão, pois, embora o Superior Tribunal de Justiça, no desempenho de sua missão constitucional de dar a última palavra acerca da interpretação de leis federais, tenha, em 22/8/2018, consolidado o entendimento segundo o qual a venda de mercadorias com o ICMS embutido no preço sem o pagamento do tributo configura o delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, o Ministro Roberto Barroso, em 11/2/2019, decidiu submeter o assunto à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal por meio do RHC n. 163.334. Isso – conforme as palavras de S. Exa. – *dada a relevância prática da matéria, que afeta dezenas de milhares de contribuintes por todo o país e em homenagem à segurança jurídica.*

Assim, mediante a decisão ora agravada, entendi por dar regular andamento ao *writ* e – como disse – submeter, oportunamente, a questão de fundo à Sexta Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na ocasião, também suspendi a execução definitiva da reprimenda até o julgamento final deste *habeas corpus*.

Bom, agora o Ministério Público Federal defende que tal *decisum* deve ser reformado e apresenta estas razões (fls. 378/380):

Ressalte-se, inicialmente, que, em consideração ao trânsito em julgado da condenação do paciente, é de se julgar prejudicado o pedido de suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, tratando-se, agora, execução definitiva.

A questão em análise no RHC 163.334/SC (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), em trâmite no Supremo Tribunal Federal, mencionado na r. decisão ora agravada, diz respeito à adequação típica da conduta do agente que, tendo recebido o valor do ICMS do contribuinte de fato, em razão da inclusão do respectivo valor no preço final do produto, deixa de recolher aos cofres públicos o dinheiro recebido.

Ocorre, entretanto, que o D. Relator do RHC 163.334/SC concedeu a liminar, de ofício, no referido feito, apenas para determinar que não seja executada qualquer pena contra os recorrentes no citado recurso - ROBSON SCHUMACHER e VANDERLEIA SILVA RIBEIRO SCHUMACHER –, seja de prisão ou restritiva de direitos, sem prejuízo do trâmite regular da ação penal contra eles movida.

Dessa forma, não figurando o paciente como recorrente no referido RHC, não há que se falar, *data venia*, em suspensão da execução da pena no presente *habeas corpus*, máxime diante do trânsito em julgado da condenação apontada no presente feito e considerando que é inaplicável, na espécie, o § 5º, do art. 1.030, do Código de Processo Civil, que dispõe que, reconhecida a repercussão geral, o Relator do feito determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão.

Esse o quadro, é de se aplicar, *data venia*, o entendimento constante da decisão anterior proferida por esse D. Relator, no sentido de que “não há falar em atipicidade da conduta em casos como o destes autos” (e-STJ fls. 350), inexistindo determinação, da Suprema Corte, de suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria.

Nessa linha, a denegação da ordem no presente *writ*, na extensão conhecida, ampara-se na jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça, conforme abaixo articulado:

[...]

(HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018)

[...]

Requer o Ministério Público Federal a reconsideração da decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

monocrática de fls. 366/367, para denegar a ordem, na extensão conhecida, ou a submissão do presente agravo regimental à apreciação da Turma, para que seja conhecido e provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.023 - SC (2017/0090488-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): Bom, eu confirmo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Apesar de o ora agravado não figurar como recorrente no RHC n. 163.334, que será submetido ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, continuo com a compreensão de que, até a matéria ser analisada naquela Corte, ele já poderá ter cumprido integralmente sua pena consistente na limitação de final de semana por 10 meses.

Ora, se o Ministro Barroso, em homenagem à segurança jurídica, entendeu por autorizar o trâmite regular da ação penal movida contra os recorrentes naquele recurso em *habeas corpus*, mas não permitiu eventual execução de pena, também eu posso fazer o mesmo aqui, muito embora já tenha transitado em julgado a condenação. O tema é sensível e pode ser novamente debatido nesta Corte, tendo como referência o superveniente julgamento daquele feito, e não o precedente da Terceira Seção.

Nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0090488-2

PROCESSO ELETRÔNICO

**AgRg no AgRg no
HC 397.023 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00223203320138240038 038130223201 223203320138240038 38130223201

EM MESA

JULGADO: 26/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	ROGERIO MIGUEL RINCAWETSKI
CORRÉU	:	MARILEIDE DE PIERI RINCAWETSKI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	ROGERIO MIGUEL RINCAWETSKI
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.