



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.837 - SC (2020/0310752-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : CHARLES FABIAN BALBINOT
AGRAVANTE : LARA RAQUEL MAIOCHI PEREIRA BALBINOT
ADVOGADOS : GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481
FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. ENTENDIMENTO APLICADO AO ISS. FATO TÍPICO. JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RHC N. 163.334/SC. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018). Com efeito, a Suprema Corte, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: "*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*".]

2. Embora a Suprema Corte tenha afirmado a tipicidade penal da conduta de deixar de recolher o ICMS próprio cobrado do consumidor — cujas razões são aplicáveis ao ISS —, reconheceu expressamente duas condições para a caracterização do crime: (a) a contumácia da inadimplência e (b) o dolo específico de apropriação.]

3. Não havendo manifestação do Tribunal a quo quanto à ausência do dolo de apropriação e da contumácia delitiva., esbarra-se o pleito recursal no óbice da Súmula 282/STF, diante da ausência de prequestionamento do tema.

4. *A denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

amparar a acusação (art. 395, III, do CPP) (RHC 66.064/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

5. No presente caso, a inicial apresentada pelo Ministério Público preenche os requisitos do art. 41 do CP, pois, além de indicar a existência da prova do crime e de indícios suficientes de sua autoria, discriminou a conduta, em tese, praticada pelas recorrentes, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

6. O afastamento do dolo, na fase de recebimento da denúncia, somente se viabiliza quando a sua ausência for constatável *ictu oculi*, ou seja, quando a inexistência do elemento subjetivo do tipo for atestada de maneira livre de dúvidas, o que não se verifica no caso, devendo a prática contumaz e o dolo de apropriação serem apreciados durante a instrução processual.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de março de 2021(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.837 - SC (2020/0310752-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CHARLES FABIAN BALBINOT
AGRAVANTE : LARA RAQUEL MAIOCHI PEREIRA BALBINOT
ADVOGADOS : GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481
FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por CHARLES FABIAN BALBINOT (e-STJ fls. 321/327) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 315/318, que conheceu do agravo para conhecer parcialmente do seu recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

A parte agravante alega: (i) que o entendimento deste Tribunal se restringe a compreensão de que o não recolhimento de ICMS em operações próprias configura fato típico, não se aplicando o referido entendimento ao ISS; (ii) a ocorrência do prequestionamento; (iii) a inépcia da denúncia, uma vez que a inicial acusatória não trouxe a descrição completa do suposto fato criminoso.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.837 - SC (2020/0310752-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : CHARLES FABIAN BALBINOT
AGRAVANTE : LARA RAQUEL MAIOCHI PEREIRA BALBINOT
ADVOGADOS : GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481
FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. ENTENDIMENTO APLICADO AO ISS. FATO TÍPICO. JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RHC N. 163.334/SC. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018). Com efeito, a Suprema Corte, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/1990: "*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*".]

2. Embora a Suprema Corte tenha afirmado a tipicidade penal da conduta de deixar de recolher o ICMS próprio cobrado do consumidor — cujas razões são aplicáveis ao ISS —, reconheceu expressamente duas condições para a caracterização do crime: (a) a contumácia da inadimplência e (b) o dolo específico de apropriação.]

3. Não havendo manifestação do Tribunal a quo quanto à ausência do dolo de apropriação e da contumácia delitiva., esbarra-se o pleito recursal no óbice da Súmula 282/STF, diante da ausência de prequestionamento do tema.

4. *A denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

amparar a acusação (art. 395, III, do CPP) (RHC 66.064/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

5. No presente caso, a inicial apresentada pelo Ministério Público preenche os requisitos do art. 41 do CP, pois, além de indicar a existência da prova do crime e de indícios suficientes de sua autoria, discriminou a conduta, em tese, praticada pelas recorrentes, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

6. O afastamento do dolo, na fase de recebimento da denúncia, somente se viabiliza quando a sua ausência for constatável *ictu oculi*, ou seja, quando a inexistência do elemento subjetivo do tipo for atestada de maneira livre de dúvidas, o que não se verifica no caso, devendo a prática contumaz e o dolo de apropriação serem apreciados durante a instrução processual.

7. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018).

Com efeito, a Suprema Corte, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/1990: "*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*".

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

Direito penal. Recurso em habeas corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade.

1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA.

4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonegado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito.

5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que somente se considera criminoso a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro modus operandi do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades.

6. A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc.

7. Recurso desprovido.

8. Fixação da seguinte tese: O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. (RHC 163.334, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271, DIVULG 12/11/2020 PUBLIC 13/11/2020) - *negritei.*

Assim, embora a Suprema Corte tenha afirmado a tipicidade penal da conduta de deixar de recolher o ICMS próprio cobrado do consumidor — cujas razões são aplicáveis ao ISS —, reconheceu expressamente duas condições para a caracterização do crime: (a) a contumácia da inadimplência e (b) o dolo específico de apropriação.

Prosseguindo, não havendo manifestação do Tribunal a quo quanto à ausência do dolo de apropriação e da contumácia delitiva, esbarra-se o pleito recursal no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

óbice da Súmula 282/STF, diante da ausência de prequestionamento do tema.

Ademais, a denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP) (RHC 66.064/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

No presente caso, a inicial apresentada pelo Ministério Público preenche os requisitos do art. 41 do CP, pois, além de indicar a existência da prova do crime e de indícios suficientes de sua autoria, discriminou a conduta, em tese, praticada pelas recorrentes, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

O afastamento do dolo, na fase de recebimento da denúncia, somente se viabiliza quando a sua ausência for constatável *ictu oculi*, ou seja, quando a inexistência do elemento subjetivo do tipo for atestada de maneira livre de dúvidas, o que não se verifica no caso, devendo a prática contumaz e o dolo de apropriação serem apreciados durante a instrução processual.

Assim, neste momento processual, não se pode falar em atipicidade da conduta, devendo ser mantido o recebimento da denúncia.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0310752-6

AgRg no
AREsp 1.792.837 /
SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09037534320188240008 0903753432018824000850002 903753432018824000850002

EM MESA

JULGADO: 30/03/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CHARLES FABIAN BALBINOT
AGRAVANTE : LARA RAQUEL MAIOCHI PEREIRA BALBINOT
ADVOGADOS : GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481
FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CHARLES FABIAN BALBINOT
AGRAVANTE : LARA RAQUEL MAIOCHI PEREIRA BALBINOT
ADVOGADOS : GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481
FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.