



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.506 - GO (2018/0208016-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : GUSTAVO RIBEIRO
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE MIRANDA MEDEIROS E OUTRO(S) - GO025041

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. ABSOLVIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que tange à exegese do art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça adotou entendimento no sentido de que *"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."* (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, DJe de 31/8/2018).

2. Entretanto, na hipótese dos autos, a Corte de origem manteve a sentença absolutória também amparada no reconhecimento de que o ora Agravado agiu acobertado por inexigibilidade da conduta diversa, sendo certo que o mencionado fundamento é suficiente, por si só, para sustentar o édito absolutório.

3. Nesse passo, a inversão do julgado, de modo a afastar a mencionada excludente de ilicitude, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.506 - GO (2018/0208016-5)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : GUSTAVO RIBEIRO
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE MIRANDA MEDEIROS E OUTRO(S) -
GO025041

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS contra decisão, de minha lavra, ementada nos seguintes termos (fl. 790):

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. ABSOLVIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AGRADO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL."

O Agravante, nas razões do regimental, afirma que não é aplicável, à hipótese dos autos, o óbice da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Argumenta que não há falar na aplicação da excludente de ilicitude da inexigibilidade de conduta diversa, porquanto *"[...] a questão jurídica orbita na ratificação de que o delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 tem natureza de crime formal, de mera conduta, restando irrelevante a incursão no acervo fático probatório para averiguar as razões pelas quais o ora agravado se manteve inerte na sua obrigação"* (fl. 795).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.506 - GO (2018/0208016-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. ABSOLVIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que tange à exegese do art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça adotou entendimento no sentido de que *"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."* (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, DJe de 31/8/2018).

2. Entretanto, na hipótese dos autos, a Corte de origem manteve a sentença absolutória também amparada no reconhecimento de que o ora Agravado agiu acobertado por inexigibilidade da conduta diversa, sendo certo que o mencionado fundamento é suficiente, por si só, para sustentar o édito absolutório.

3. Nesse passo, a inversão do julgado, de modo a afastar a mencionada excludente de ilicitude, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau, com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, absolveu o ora Agravado da acusação de ter perpetrado o delito previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90.

Inconformado, o *Parquet* interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento (fls. 678-687).

Ainda irresignada, a Acusação interpôs recurso especial, sustentando violação do art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90.

Contrarrazões às fls. 718-727. Inadmitido o recurso na origem (fls. 729-730),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adveio o presente agravo (fl. 738-748).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 776-777, opinando pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial.

Por meio da decisão de fls. 780-785, o agravo foi conhecido para não conhecer do recurso especial.

Dá a interposição do presente agravo regimental (fls. 790-805).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 681-685; sem grifos no original):

"Com efeito, dispõe o inciso II do artigo 2º da Lei 8.137/1990, que constitui crime contra a ordem tributária: 'deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos' (grifei).

No entanto, para que se configure um crime tributário, naturalmente, deve ser satisfeito o pressuposto do 'descumprimento de deveres jurídicos tributários', do contrário, é inviável a apenação do contribuinte que cumpre as normas tributárias, ainda que não pague o Fisco, podendo ser ele considerado apenas um devedor, mas nunca um criminoso.

Consoante o artigo 121, incisos I e II do Código Tributário Nacional o sujeito passivo da obrigação tributária é aquele a quem se impõe o pagamento do tributo, que se dividem em 'contribuinte' e 'responsável tributário', sendo que o primeiro tem relação direta com o fato gerador e, o segundo, apesar de não estar diretamente ligado ao fato gerador, tem grande proximidade, razão pela qual a lei pode determinar que ele pague o tributo, em permuta ao contribuinte.

Em sendo assim, o substituto tributário se encaixa nas sanções previstas no artigo 2º, inciso II da Lei 8.137/90, seja porque desconta ICMS de um fato gerador já ocorrido ou porque cobra o ICMS de uma futura hipótese de incidência tributária, caso não recolha atempadamente o montante do qual se apropriou por força de uma relação, jurídica tributária alheia à sua atuação direta, sendo considerado infiel depositário, diante da apropriação indevida do valor sonogado a título de imposto.

Lado outro, ao contribuinte propriamente dito (empresário) não incide o tipo penal em tela, em razão de não cobrar do consumidor o valor do tributo (ICMS), mas, tão somente lhe repassa o ônus financeiro do produto final, ou seja, os dispêndios da cadeia produtiva (insumo, matéria-prima...). Por certo, o 'empresário', sujeito passivo direto da obrigação tributária, deve apurar, declarar e recolher o ICMS, decorrente de sua própria circulação de mercadorias.

No caso concreto, a documentação carreada aos autos comprova que o ICMS referente aos períodos descritos na inicial, que totalizam a quantia de R\$ 1.097.890,66 (um milhão, noventa e sete mil, oitocentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

noventa reais e sessenta e seis centavos), declarado pela sociedade empresária denominada CAZAS RIBEIRO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., foi declarado, porém não recolhido, no prazo legal, pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Feitas estas observações, conclui-se que, no presente caso, não se trata de substituição tributária, vez que não foi transferida a obrigação de fazer retenção do imposto a terceiros, tampouco houve fraude para lograr o não pagamento, pois, consoante a exordial acusatória, bem como da análise dos documentos de prova juntados aos autos, fica patente que a conduta imputada ao apelante foi de não recolher, no prazo e forma legal, o ICMS que havia declarado ao Fisco, em relação à atividade própria da empresa que representava.

Portanto, reafirmo que no caso em exame, não agiu o apelante como substituto tributário, pois omitiu no recolhimento de ICMS próprio e não o ICMS cobrado ou descontado, como exige o tipo legal em exame.

[...]

De outro lado, vale ressaltar conforme motivação exposta na sentença atacada, que 'apesar de ser incontroverso nos autos o não pagamento do ICMS pela pessoa jurídica conduzida pelo acusado, este em seu interrogatório, apresenta a causa que o levou a tomar tal decisão: a queda em seu faturamento, diante da concorrência, o que gerou uma crise financeira na empresa. Segundo o acusado, na época dos fatos, houve uma queda drástica nos lucros da empresa, em razão da abertura de uma nova loja com o mesmo ramo de atuação da sua. Assim, se viu obrigado a buscar outros mecanismos para honrar com os compromissos da empresa, e assim optou por realizar um empréstimo bancário junto ao Banco do Brasil. Contudo, diante dos juros e cláusulas abusivas inseridos no contrato de empréstimo bancário a situação da empresa só piorou, uma vez que o Banco do Brasil passou a reter todo o seu faturamento de vendas feitas nos cartões, para garantir o pagamento do empréstimo. Assim, as dívidas se acumularam, pois não tinha dinheiro em caixa, haja vista que mais de oitenta por cento das vendas eram pagas através de cartão, receita esta que foi retida pelo banco por aproximadamente um ano. Informou que além das dívidas com fornecedores, também sofreu uma ação de despejo, por falta de pagamento do aluguel do prédio comercial onde a empresa exercia suas atividades. Assim, se viu sem lucros e com a empresa endividada'.

Portanto, o não pagamento de ICMS, de valores devidamente lançados nos livros fiscais da empresa contribuinte, tratou não apenas de mera inadimplência, mas também de inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da inviabilidade fática de se promover o pagamento, como reconhecido na sentença. Daí, não há que se falar em crime contra a ordem tributária (apropriação indébita), de sorte que a manutenção da absolvição é medida necessária, porém, por atipicidade da conduta nos termos do art. 386, inciso III (não constituir o fato infração penal), do Código de Processo Penal.

Oportuno ressaltar, que para a pretensão de recebimento de valores fiscais, a Fazenda dispõe de procedimentos cíveis cabíveis, uma vez que, após a autuação administrativa e a inscrição da dívida ativa, pode ser ajuizada a ação de execução fiscal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclusão: desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, no verbo do Dr. Maurício José Nardini, conhecimento do recurso ministerial, NEGO-LHE provimento, nos termos expostos."

No que tange à exegese do art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça adotou entendimento no sentido de que *"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."* (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, DJe de 31/8/2018; sem grifos no original).

No mesmo sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 2º, INCISO II DA LEI Nº 8.137/1990. CONDUTA TÍPICA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

I - Da leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que tenha sido descontado ou cobrado de terceiro, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco.

II - Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal.

III - Não há que se falar em intimação da Defesa para julgamento do agravo regimental, uma vez que se trata de recurso que independe de inclusão em pauta, nos termos do art. 258 do RISTJ, cabendo ao Relator a oportunidade e conveniência da apresentação para julgamento em mesa.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.345.356/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe de 24/10/2018.)

Entretanto, conforme os excertos do aresto atacado antes transcritos, a Corte de origem manteve a sentença também amparada no reconhecimento de que o ora Agravado agiu acobertado por inexigibilidade da conduta diversa, sendo certo que o mencionado fundamento é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente, por si só, para a sustentar o édito absolutório.

Nessas condições, a inversão do julgado, de modo a afastar a citada excludente de ilicitude, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático probatório acostado aos autos, o que encontra óbice na Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. TIPICIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE ESPECIAL FIM DE AGIR. ABSOLVIÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E POR AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N. 7 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME FORMAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

[...]

3. O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente de culpabilidade, implica a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial segundo o disposto na Súmula n. 7 do STJ.

[...]

6. Agravo regimental provido em parte, para declarar a prescrição da pretensão punitiva superveniente dos crimes atribuídos aos réus Paulo Augusto Almeida de Lima, Rosângela Alves de Jesus Silva e Rogério Duarte Noletto no Processo n. 201303852670." (AgRg no AREsp 1.121.680/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe de 21/11/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 07/STJ. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, expressamente consignou que a crise financeira da empresa sonegadora não restou comprovada, afastando a alegação de atipicidade da conduta por inexigibilidade de conduta diversa. Logo, a análise do pleito absolutório implicaria acurada avaliação probatória, o que, não se admite na via do recurso especial, a teor da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 341.758/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe de 03/09/2014.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0208016-5

AgRg no
AREsp 1.346.506 /
GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03412016 201600293821 201692907530 29075394 4011203825753

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : GUSTAVO RIBEIRO
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE MIRANDA MEDEIROS E OUTRO(S) - GO025041

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : GUSTAVO RIBEIRO
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE MIRANDA MEDEIROS E OUTRO(S) - GO025041

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.