



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 696475 - SC (2021/0310878-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MARCOS BRACK
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA PRATICADA PELO RÉU SE ADEQUA PERFEITAMENTE AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. NÃO CONFIGURAÇÃO. ISS DE OPERAÇÃO PRÓPRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA QUE DEVE SER CONSIDERADA COMO MERA INFRAÇÃO FISCAL-ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE.

1. Deve ser mantida a decisão agravada em que se concede a ordem impetrada, monocraticamente, fundada em entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária 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 (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição.

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. *In casu*, está presente a atipicidade da conduta, uma vez que a

comercialização de produtos com o referido tributo embutido no preço e cobrado do consumidor final correspondeu à forma de recolhimento de ISS normal, posto que incidu sobre as operações próprias realizadas pelo contribuinte, não sendo o caso de regime de tributação por substituição.

6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de março de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 696475 - SC (2021/0310878-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MARCOS BRACK
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDOTA PRATICADA PELO RÉU SE ADEQUA PERFEITAMENTE AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. NÃO CONFIGURAÇÃO. ISS DE OPERAÇÃO PRÓPRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDOTA QUE DEVE SER CONSIDERADA COMO MERA INFRAÇÃO FISCAL-ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE.

1. Deve ser mantida a decisão agravada em que se concede a ordem impetrada, monocraticamente, fundada em entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária 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 (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição.

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. *In casu*, está presente a atipicidade da conduta, uma vez que a

comercialização de produtos com o referido tributo embutido no preço e cobrado do consumidor final correspondeu à forma de recolhimento de ISS normal, posto que incidu sobre as operações próprias realizadas pelo contribuinte, não sendo o caso de regime de tributação por substituição.

6. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra a decisão, de minha lavra, em que, monocraticamente, concedi a ordem impetrada em favor de **Marcos Brack**, assim ementada (fl. 183):

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ISS DE OPERAÇÃO PRÓPRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA QUE DEVE SER CONSIDERADA COMO MERA INFRAÇÃO FISCAL-ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

Alega o agravante que *a discussão acerca da interpretação dada ao tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8137/90, sobretudo nas hipóteses de não recolhimento do ICMS em operações próprias, cujo entendimento é perfeitamente aplicável ao ISS, já foi pacificada no STJ no julgamento do Habeas Corpus n. 399.109/SC (fls. 201/202).*

Menciona que *reconheceu-se, com acerto, que “o termo ‘cobrado’, por sua vez, deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos, mesmo aqueles realizados em operações próprias, visto que o contribuinte de direito, ao reter o valor do imposto ou contribuição devidos, repassa o encargo para o adquirente do produto”* (fl. 203).

Sustenta, *a partir da análise do tipo penal em questão, o sujeito passivo da obrigação tributária (sujeito ativo do crime em questão – empresário), que deixa de recolher aos cofres públicos, no prazo legal, valor do tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado de terceiro (cujo ônus tributário foi repassado ao consumidor final), pratica o ilícito descrito no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990* (fl. 203).

Postula, ao final, o conhecimento e o provimento do agravo, a fim de que seja reformada a decisão monocrática, restabelecendo-se o acórdão hostilizado que determinou o prosseguimento do feito pelo Juízo da origem.

É o relatório.

VOTO

Apesar da relevância das alegações do agravante, a decisão em debate não comporta reparos.

Inicialmente, observa-se que, ao paciente, ora agravado, é imputado o crime definido no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, *verbis*:

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos e multa

Da leitura do referido artigo, verifica-se que pratica a conduta criminosa aquele que, na condição de substituto tributário, não recolhe aos cofres públicos os valores descontados ou cobrados de terceiros. Vê-se, pois, que a conduta típica exige que o valor não recolhido corresponda ao tributo retido cobrado de terceiro, onde o sujeito ativo do crime atua na condição de responsável tributário em sentido estrito.

Como é cediço, 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* (HC n. 399.109/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 31/8/2018).

In casu, o fato narrado na denúncia é atípico, uma vez que a comercialização de produtos com o referido tributo embutido no preço e cobrado do consumidor final correspondeu a forma de recolhimento de ISS normal, posto que incidu sobre as operações próprias realizadas pelo contribuinte, não sendo o caso de regime de tributação por substituição.

Assim, imperiosa a manutenção da decisão monocrática.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0310878-0

**AgRg no
HC 696.475 / SC
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 082019002563770 09033711620198240008 82019002563770
9033711620198240008

EM MESA

JULGADO: 08/03/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

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 : MARCOS BRACK
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MARCOS BRACK
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.