



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.556 - SC (2016/0273487-7)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
AGRAVADO : **JOÃO ALBANO SOBRINHO**
ADVOGADOS : **RUY PEDRO SCHNEIDER - SC016663**
: **JACSON ROBERTO E OUTRO(S) - SC017428**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.
2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.
3. 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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.556 - SC (2016/0273487-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : JOÃO ALBANO SOBRINHO
ADVOGADOS : RUY PEDRO SCHNEIDER - SC016663
JACSON ROBERTO E OUTRO(S) - SC017428

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, em face de decisão da minha lavra que deu provimento ao recurso especial para, reconhecendo a atipicidade da conduta, absolver o recorrente (CPP, art. 386, III). A título de ilustração, confira-se a ementa do *decisum*:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

Alega o agravante, inicialmente, violação do princípio da colegialidade, uma vez que "a discussão acerca da subsunção - ou não - da conduta do comerciante que deixa de recolher, no prazo legal, o ICMS descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, ao tipo penal previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, está longe de ser pacificada."

No mérito, aduz, em suma, que, "deixando de recolher aos cofres públicos, em tempo, o montante pago pelo contribuinte de fato, o contribuinte de direito incide na prática vedada no tipo sob exame."

Nesse sentido, ressalta que "o comerciante, seja na qualidade de sujeito passivo direto (contribuinte de direito) ou indireto (responsável por substituição tributária), é responsável, por uma questão de política fiscal, por "cobrar" o imposto devido pelo consumidor final e, por consequência, pode ser sujeito ativo do crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90."

Acrescenta, a propósito, que "a adoção de entendimento diverso, no sentido da atipicidade da conduta, viola, a um só tempo, os artigos 1º, caput, 3º, incisos I e III, 5º, inciso LIV, bem como o artigo 170, caput e inciso IV, todos da Constituição Federal."

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.556 - SC (2016/0273487-7)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.
2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.
3. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

De início, não há falar em violação do princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no artigo 932, V, "a", do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/2015) c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, e no artigo 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ. Além disso, tem-se entendido que o princípio da colegialidade restará sempre preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, seguem precedentes desta Corte Superior de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida em obediência ao art. 932, inc. V, alínea "a", do Código de Processo Civil e art. 3º do Código de Processo Penal, por se tratar de recurso em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada.**

2. Uma vez reconhecida a atenuante da confissão espontânea, se faz de rigor a compensação com a agravante da reincidência.

3. Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1595744/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. ART. 255, § 4º, III, DO RISTJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 568/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS ATENDIDOS.

1. A teor do disposto no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno deste Sodalício, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 22/2016, o relator pode dar provimento ao recurso especial se o acórdão recorrido for contrário a jurisprudência dominante sobre o tema, justamente o que se verificou no presente caso. Incidência da Súmula n. 568/STJ.

2. O cabimento de agravo regimental contra a decisão singular afasta a alegação de violação aos princípios da ampla defesa e da colegialidade, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma.

3. Esta Corte Superior de Justiça admite o chamado prequestionamento implícito, que ocorre quando a Corte a quo efetivamente delibera sobre os temas que são objeto das razões recursais, ainda que sem apontar os dispositivos legais.

4. A análise dos critérios utilizados pela instância de origem para, em habeas corpus, determinar o trancamento de ação penal, não demanda a incursão no contexto fático-probatório dos autos.

5. Se o recurso especial atacou os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, restando clara a controvérsia apontada, não há que se falar no óbice das Súmulas n. 283 e 284/STF.

(...)

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1502544/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CP. CRIME DE DANO DE PATRIMÔNIO DO DF. BEM PÚBLICO. DANO SIMPLES.

1. Embora o Distrito Federal seja ente federativo, o inciso III do parágrafo único do art. 163 do Código Penal, ao qualificar o crime de dano, não faz menção a bens distritais. Ausente expressa disposição legal nesse sentido e vedada a interpretação analógica in malam partem, os prejuízos causados ao patrimônio público distrital configuram crime de dano simples a ser punido com base no caput do art. 163 do Código Penal.

2. A superveniente confirmação de decisum singular de relator pelo órgão colegiado supera eventual violação ao princípio da colegialidade (art. 34 do RISTJ).

3. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 105, III, da Constituição Federal.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AgRg no REsp 1597587/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)

No mérito, consoante consignado na decisão ora agravada, a Corte de origem divergiu deste Colegiado ao acolher o entendimento de que a simples omissão de recolhimento de ICMS referente às operações próprias da sociedade configura o tipo da lei especial.

Saliente-se, novamente, que não se confundem inadimplência fiscal e sonegação fiscal. A sonegação fiscal evidencia o fim deliberado de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social, mediante artifício fraudulento, e constitui ilícito penal tipificado no artigo 1º da Lei nº 8.137/90. A inadimplência fiscal, por sua vez, consubstancia mero atraso ou descumprimento da obrigação de recolher tributo que já foi regularmente declarado pelo contribuinte e configura apenas ilícito administrativo passível de execução fiscal e inscrição na dívida ativa.

Na hipótese em que a inadimplência se refere a tributo devido por terceiros e previamente descontado ou cobrado pelo sujeito passivo da obrigação tributária há incidência do tipo penal específico de apropriação indébita tributária, previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 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 de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

No caso, contudo, o ora agravado era administrador de uma sociedade comerciante, contribuinte de ICMS e, realizando a venda de mercadorias com o valor do tributo incluído no preço dos produtos, embora tenha registrado regularmente a apuração do valor do imposto devido nos livros fiscais, deixou de adimplir a obrigação tributária.

O ponto fulcral da questão, repita-se, reside em saber como se deve interpretar a expressão típica tributo "descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação".

Ao se referir ao tributo “descontado ou cobrado”, o tipo penal está a aludir aos casos de responsabilidade tributária – e não aos impostos indiretos, em que o custo é repassado, apenas do ponto de vista econômico, a terceiros.

O consumidor não é contribuinte do imposto, no sentido técnico, nem sujeito passivo da obrigação, o que significa que ele jamais será cobrado pelo pagamento do imposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devido na operação. Não existe relação jurídica tributária possível entre o Fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele "cobrado" ou "descontado". O consumidor é, apenas, "contribuinte de fato", conceito que, juridicamente, tem relevância unicamente para fins de repetição de indébito tributário (CTN, art. 166).

Salvo para essa finalidade, o conceito tem caráter meramente econômico. Sob esta perspectiva, é também o consumidor quem arca, por exemplo, com o ônus econômico do imposto de renda e com a contribuição previdenciária pagos pelo comerciante, já que, na formação do preço da mercadoria, são levados em consideração todos os custos, diretos e indiretos, da atividade. Da mesma forma, o custo do aluguel do imóvel, da energia elétrica, dos funcionários etc., tudo isso é repassado ao consumidor.

Nem por isso alguém sustenta que há apropriação indébita do imposto de renda quando o consumidor compra um produto e o comerciante, após contabilizar corretamente o tributo, simplesmente deixa de recolhê-lo.

Nesse sentido, esta Sexta Turma tem consignado que o comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete o delito capitulado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90. De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento. Inadimplemento que poderá acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária. A Fazenda Pública, neste caso, deverá executá-lo, nos termos da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais). Mas não há incidência do tipo penal.

A título de ilustração, cumpre novamente trazer à baila precedentes que retratam esse posicionamento:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.

2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.

3. Recurso desprovido.

(REsp 1543485/GO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. DÍVIDA FISCAL PRÓPRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INOCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA ATÍPICA.

1. Afastada a alegação de inconstitucionalidade do disposto o art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, nos termos dos precedentes desta Corte.

2. Não agindo como substitutos tributários, mas simplesmente deixando de recolher tributo próprio, não incidem os pacientes nem no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, nem em tipo penal outro de sonegação tributária, pois mera dívida fiscal inadimplida.

3. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta

4. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC 36.162/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 17/11/2014)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0273487-7

AgRg no
REsp 1.632.556 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00452342820128240038 01062145020158240000 038120452348 082012004154079
20140763851 20140763851000100 452342820128240038

EM MESA

JULGADO: 07/03/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOÃO ALBANO SOBRINHO
ADVOGADOS : RUY PEDRO SCHNEIDER - SC016663
JACSON ROBERTO E OUTRO(S) - SC017428
RECORRIDO : 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 : JOÃO ALBANO SOBRINHO
ADVOGADOS : RUY PEDRO SCHNEIDER - SC016663
JACSON ROBERTO E OUTRO(S) - SC017428

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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