



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 808.751 - SC (2015/0279969-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JAIME ALVES
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES - SC013637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. RECOLHIMENTO DE ICMS. ATIPICIDADE. MERO INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS EM VALOR SUPERIOR AO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. OCORRÊNCIA.

1. *"A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 399.109/SC, uniformizou o entendimento no sentido de que o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 também abrange aquele que não recolhe o ICMS em operações próprias, haja vista o repasse ao consumidor. Dessarte, não há se falar em mero inadimplemento, motivo pelo qual não é possível trancar a ação penal por atipicidade" (HC n. 424.099/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/9/2018, DJe 13/9/2018).*

2. O Supremo Tribunal Federal recentemente sufragou a tese de que *"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"*, considerando, ainda, que *"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"* (RHC n. 163334, relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12/11/2020 PUBLIC 13/11/2020).

3. Na hipótese vertente, verifica-se que, a despeito de o delito ter sido perpetrado pelo período de 3 meses – o que poderia, *ictu oculi*, afastar a contumácia a que se refere o precedente acima colacionado –, consta dos autos o contrato social da empresa, cujo importe está aquém do numerário tributário devido, débito este que perfazia montante bem superior ao capital social



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integralizado.

4. Agravo regimental desprovido.

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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 808.751 - SC (2015/0279969-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JAIME ALVES
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES - SC013637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por JAIME ALVES contra decisão monocrática em que o então relator, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado), negou seguimento ao recurso especial.

Consta dos autos ter sido o agravante denunciado e condenado à pena de 7 meses e 6 dias de detenção pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por três vezes, em regime inicial aberto, pois, *"apesar de ter apresentado as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIMES à Secretaria da Fazenda, o Denunciado nos períodos de fevereiro, abril e maio de 2011, não recolheu aos cofres públicos, no prazo determinado pelo art. 60 do RICMS/01, os valores apurados e declarados"* (e-STJ fl. 4).

Interposta apelação, o recurso foi parcialmente provido para afastar o valor mínimo da reparação dos danos fixados (e-STJ fls. 255/264).

No recurso especial, postulou a defesa o reconhecimento da atipicidade da conduta, sob o argumento de ocorrência de mera inadimplência do tributo, e não de sonegação fiscal (e-STJ fl. 384).

Nas razões do agravo, sustenta a defesa, basicamente, que *"o acórdão recorrido patrocina amorfa espécie de responsabilidade penal objetiva daquele que, figurando como contribuinte do ICMS (sujeito passivo direto), regularmente declara o imposto devido e não promove o seu recolhimento aos cofres públicos. Legítima, ao arrepio da letra do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, a genérica criminalização do inadimplemento de obrigação fiscal, sob a enganosa premissa da ocorrência de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'desconto ou cobrança de ICMS do consumidor final' (e-STJ fl. 393).

Postula, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado para que seja dado provimento ao recurso e, por conseguinte, o regular processamento do apelo nobre.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 808.751 - SC (2015/0279969-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Sem razão o agravante, pois o recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão impugnada.

A questão versada no presente recurso, atinente à tipicidade da conduta imputada ao recorrente, foi pacificada por esta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 399.109/SC pela Terceira Seção, assim ementado:

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

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. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. *É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.*

6. *Habeas corpus denegado.* (HC 399.109/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018.)

Nesse sentido:

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 DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *A configuração do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, nos casos em que não há o repasse de ICMS ao Fisco - o qual prescinde da diferenciação entre imposto próprio ou por substituição tributária -, o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.*

2. *O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, que "desconta" ou "cobra" o tributo ou a contribuição, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Exige-se, em tal caso, que a conduta seja dolosa (elemento subjetivo geral do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher ao Fisco o valor do tributo devido.*

3. *As matérias relativas à ausência de comprovação do dolo e da inexigibilidade de conduta diversa não foram analisadas pelo Tribunal de origem. Além disso, o exame das matérias implicaria revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em recurso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial, segundo o disposto na Súmula n. 7 do STJ 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1439284/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. NÃO VERIFICAÇÃO. 2. VALOR REPASSADO AO CONSUMIDOR. TIPICIDADE PREENCHIDA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. HC 399.109/SC. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA.

1. Irrelevante a ausência de relação jurídica entre o Fisco e o consumidor, porquanto o que se criminaliza é o fato de o contribuinte se apropriar do dinheiro relativo ao imposto, devidamente recebido de terceiro, quer porque descontou do substituído tributário quer porque cobrou do consumidor, não repassando aos cofres públicos.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 399.109/SC, uniformizou o entendimento no sentido de que o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 também abrange aquele que não recolhe o ICMS em operações próprias, haja vista o repasse ao consumidor. Dessarte, não há se falar em mero inadimplemento, motivo pelo qual não é possível trancar a ação penal por atipicidade.

3. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.

(HC 424.099/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

Esta Corte não desconhece da recente decisão do Supremo tribunal Federal acerca do mesmo *thema decidendum*, na qual ficou sufragada, pelo plenário da Corte, a 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.*" Trago à liça a ementa do acórdão em questão, *in verbis*:

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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 criminosa 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 163334, relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12/11/2020 PUBLIC 13/11/2020, grifei.)

No entanto, compulsando os autos, verifica-se que, a despeito de o delito ter sido perpetrado no período compreendido entre 3 meses – o que poderia, *ictu oculi*, afastar a contumácia a que se refere o precedente acima colacionado –, consta dos autos o contrato social da empresa e suas alterações (e-STJ fls. 18/43), e, consoante cláusula 5ª, "o contrato social da empresa será de R\$ 50.000,00", importe aquém do numerário tributário devido, cujo débito atualizado em abril de 2012 perfazia o valor de R\$ 209.961,08, montante bem superior ao capital social integralizado.

Portanto, a tese sufragada pelo recorrente não foi acolhida por este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal, pois se considerou típica a conduta, com as observações elencadas em linhas volvidas.

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

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0279969-0

AgRg no
AREsp 808.751 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00575898220158240000 201500329272 20150039272000101 575898220158240000

EM MESA

JULGADO: 13/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretária

Bela. **GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JAIME ALVES
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES - SC013637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JAIME ALVES
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES - SC013637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.