



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 772.503 - SC
(2015/0220944-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOAO BATISTA THAMASIA
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. INADIMPLEMENTO. SÓCIO-GERENTE. FALTA DE REPASSE DE ICMS DECLARADO EM DIME. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA TÍPICA. TIPO PENAL QUE NÃO EXIGE ESPECIAL FIM DE AGIR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em atipicidade da conduta quando, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, o acórdão impugnado estabeleceu que o réu, gerente na empresa da qual era sócio e agindo como substituto tributário, deixou de repassar aos cofres públicos ICMS descontado de terceiro.

2. Para afastar as premissas fáticas do acórdão e acolher a tese de que houve mero inadimplemento de tributo próprio, seria necessário o reexame de fatos e provas, inviável no recurso especial, principalmente quando a questão não foi suscitada nem sequer por meio de embargos de declaração e, por tal motivo, deixou de ser previamente debatida pelas instâncias ordinárias.

3. O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 772.503 - SC
(2015/0220944-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOAO BATISTA THAMASIA
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOÃO BATISTA THAMASIA interpõe agravo regimental contra decisão por mim proferida, por meio da qual conheci do agravo para negar-lhe provimento, pois correta a decisão que não admitiu o recurso especial.

O recorrente pede a reforma da decisão agravada e o provimento do recurso especial, pois: a) constitui fato incontroverso que não houve valor descontado ou retido de ICMS devido por terceiros, por substituição tributária; b) não houve dolo, fraude ou conluio de sonegar ou simular a apuração do ICMS à Receita, mas mero inadimplemento; c) a Lei n. 8.137/1990 não prevê a modalidade culposa do crime em apuração; d) o simples não recolhimento do ICMS declarado em DIME não configura o crime de apropriação indébita, o qual pressupõe a condição de substituto tributário; e) o simples não pagamento do tributo não impõe responsabilidade pessoal do sócio administrador e f) se as normas do direito penal tributário fossem vocacionadas a punir aleatoriamente o simples não pagamento do tributo, seriam inconstitucionais, ferindo o art. 5º, LXVII, da CF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 772.503 - SC
(2015/0220944-1)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. INADIMPLEMENTO. SÓCIO-GERENTE. FALTA DE REPASSE DE ICMS DECLARADO EM DIME. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDOTA TÍPICA. TIPO PENAL QUE NÃO EXIGE ESPECIAL FIM DE AGIR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em atipicidade da conduta quando, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, o acórdão impugnado estabeleceu que o réu, gerente na empresa da qual era sócio e agindo como substituto tributário, deixou de repassar aos cofres públicos ICMS descontado de terceiro.

2. Para afastar as premissas fáticas do acórdão e acolher a tese de que houve mero inadimplemento de tributo próprio, seria necessário o reexame de fatos e provas, inviável no recurso especial, principalmente quando a questão não foi suscitada nem sequer por meio de embargos de declaração e, por tal motivo, deixou de ser previamente debatida pelas instâncias ordinárias.

3. O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

O agravante não trouxe argumento novo capaz de infirmar os fundamentos da decisão impugnada, que **deve ser integralmente confirmada**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anoto, por oportuno, que a matéria já foi analisada no julgamento do AREsp n. 772.525/SC e merece idêntica solução.

I. Decisão que negou admissibilidade ao recurso especial

Correta a decisão do Tribunal de origem, que negou admissibilidade ao recurso especial por incidência da Súmula n. 83 do STJ, pois a orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido.

II. Contextualização

JOÃO BATISTA THAMASIA foi condenado, nos autos das Ações Penais n. **125.11.002489-7** (referente a este agravo) e 125.11.005684-5, a 10 meses de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 dias-multa, como incurso no art. 2º, II, c/c o art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, em continuidade delitiva. A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade.

Consoante o apurado, o recorrente era responsável pela direção e pela gerência da FATTO A MANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOSAICOS LTDA, "tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela regularidade fiscal" (fl. 217).

Em procedimento de fiscalização, constatou-se que, apesar de ter apresentado declarações de informações do ICMS (DIMES) à Secretaria da Fazenda, o recorrente deixou de repassar aos cofres públicos os valores descontados ou cobrados de terceiros, **na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.**

A defesa insiste em afirmar que houve mero inadimplemento de obrigação própria e que o recorrente não agiu como substituto tributário, sendo a conduta atípica, mas o acórdão consignou que **"não se está a punir o acusado pelo não recolhimento de tributos, mas sim por omitir ou sonegar imposto descontado ou cobrado do consumidor final, deixando de repassá-lo aos cofres públicos"** (fl. 221, destaquei).

Ademais, quanto ao elemento subjetivo do tipo (dolo), há o registro de que o apelante, de forma voluntária e consciente, "não pagou o imposto devido, deixando de recolher aos cofres públicos valor de **tributo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descontado ou cobrado do consumidor final" (fl. 3225). É o que basta para a configuração do tipo penal, não havendo exigência de especial fim de agir, mas de omissão, voluntária, do repasse do tributo previamente descontado de terceiro.

Transcrevo, ainda, os seguintes trechos do acórdão, que registram ter deixado o recorrente de transferir aos cofres públicos tributo descontado de terceiro, uma vez que, declaradamente, optou por não cumprir as obrigações fiscais:

Desse modo, o dolo, questionado pelo apelante, se configura na conduta de reter e deixar de recolher os valores referentes ao ICMS, ou melhor, **receber de terceiro e não transferi-los ao Estado, o que, como se viu, restou evidenciado pela documentação acostada** (fl. 226).

[...]

Além disso, o fato de o apelante afirmar que optou pelos pagamentos de funcionários (fl. 65 - dos autos n. 125.11.00289-7) em detrimento do recolhimento de impostos demonstra **a escolha consciente por não cumprir as obrigações fiscais do empreendimento a que estava à frente.**

A alegada má situação financeira da empresa (não comprovada), portanto, não exclui, neste caso, a culpabilidade do réu (fl. 229).

III. Art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990

A tese de que o recorrente deixou de recolher tributo próprio deixou de ser debatida no acórdão recorrido, o qual, a partir da análise das provas, concluiu que ele **agiu como substituto tributário**, deixando de repassar ao fisco ICMS cobrado de terceiro. Cabia à defesa, por meio de embargos de declaração, melhor delimitar o contexto fático, a fim de demonstrar a verossimilhança da tese defensiva, o que se olvidou de fazer. Assim, não é cabível, no recurso especial, afirmar que o recorrente deixou de recolher ICMS próprio, cabendo à defesa, tão somente, o ajuizamento de ação revisional para comprovar que o édito condenatório, eventualmente, está lastreado em prova falsa.

A ocorrência do crime, portanto, deve ser analisada sob o viés da **falta de reconhecimento de ICMS retido por substituição tributária**, pois esta é a premissa fática do acórdão e afastá-la demandaria o reexame das provas dos autos (análise da documentação fiscal, verificação se a mercadoria foi colocada em circulação etc.), providência incabível na via eleita, a teor da Súmula n. 7 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dito isso, o acórdão foi proferido de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de que:

[...]

II - O art. 2º, II, da Lei 8.137/90 prevê 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".

III - **A alegação do recorrente de que consistiria em infração administrativo-tributária a conduta de declarar, mas não recolher o tributo aos cofres públicos, não se sustenta, uma vez que esta col. Quinta Turma já decidiu que "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." (RHC n. 44.466/SC, 5ª T., Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014, destaquei).**

Tem-se entendido que a situação não se assemelha ao simples inadimplemento de tributo próprio (no caso, ICMS próprio), pois o legislador instituiu o tipo penal para evitar a prática de não repassar aos cofres públicos o valor que foi descontado de terceiro e que integrou o custo da mercadoria, optando, por política criminal, pela penalização da conduta contrária aos interesses arrecadatórios do Estado. Não se pode perder de vista que o ICMS é tributo de trato sucessivo, que já foi cobrado do contribuinte de fato no momento da aquisição da mercadoria, e tal valor deixa de ser repassado a seu verdadeiro proprietário, o fisco, pelo substituto tributário, ultrapassando a simples inadimplência fiscal, ainda que, argumente-se, para alavancar as atividades privadas da empresa ou para socorrer outras prioridades particulares.

Consoante bem delimitado no acórdão, o cerne do ilícito não está na dívida fiscal do sujeito ativo, mas na ação de desrespeitar a obrigação legal de repassar o tributo, em detrimento da ordem tributária e em prejuízo da atividade arrecadatória do Estado, prejudicando toda a sociedade, que depende do recolhimento dessas receitas para a manutenção e a fruição de políticas públicas.

Destarte, o tipo penal exige apenas o dolo de *non facere*, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixar de recolher o valor do tributo ou de contribuição social descontados ou cobrados na qualidade de sujeito passivo de obrigação, sendo irrelevante o fim específico de se apropriar de tais valores, ou, mais ainda, o efetivo proveito da conduta criminosa. Ilustrativamente: "O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal" (RHC n. 29.662/SC, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 1º/7/2013).

A situação típica não é a apropriação, mas sim a falta de recolhimento do tributo que foi descontado e deveria ser repassado ao fisco. A omissão do dever e a comprovação da obrigação de atuar constituem os elementos necessários para a subsunção da conduta ao tipo penal, elementos esses que foram destacados no acórdão recorrido, quando dispôs que o **recorrente era responsável pela direção e peça gerência da empresa, tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela regularidade fiscal** (fl. 217), mas deixou de "recolher aos cofres públicos valor de **tributo descontado ou cobrado do consumidor final**" (fl. 225) e demonstrou "**a escolha consciente por não cumprir as obrigações fiscais do empreendimento a que estava à frente**" (fl. 229).

IV. Dispositivo

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0220944-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 772.503 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00471986820158240000 0820111481970 125090065119 125090082404 125100045131
125110024897 125110056845 125120068919 201300732860 20130732839
20130732846 20130732853 20130732860 201307328600001 20130732860000100
20130732877 20130732884 471986820158240000

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOAO BATISTA THAMASIA
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOAO BATISTA THAMASIA
ADVOGADO : ALEXANDRE MACEDO TAVARES
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 Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.