AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1730177 - SC (2020/0178823-9)

RELATOR	:	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	SAULO DE BRITO JÚNIOR
ADVOGADO	:	THIAGO ALVES DOS SANTOS - SC018637

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990) EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. PROCEDÊNCIA. MOLDURA FÁTICA (EXTRAÍDA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA) QUE INDICA QUE A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECLARADO OCORREU POR POUCO PERÍODO DE TEMPO (SEIS MESES, NÃO CONSECUTIVOS), INEXISTINDO MENÇÃO À REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.
Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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 Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Documento eletrônico VDA42826635 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 15/08/2024 15:50:22
Código de Controle do Documento: 7c5ea3b6-f241-41d0-9bb4-28439510914a

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1730177 - SC (2020/0178823-9)

RELATOR	:	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	SAULO DE BRITO JÚNIOR
ADVOGADO	:	THIAGO ALVES DOS SANTOS - SC018637

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990) EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. PROCEDÊNCIA. MOLDURA FÁTICA (EXTRAÍDA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA) QUE INDICA QUE A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECLARADO OCORREU POR POUCO PERÍODO DE TEMPO (SEIS MESES, NÃO CONSECUTIVOS), INEXISTINDO MENÇÃO À REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.
Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público de Santa Catarina** contra a decisão de minha lavra em que acolhi o recurso especial interposto por Saulo de Brito Júnior, ora agravado, a fim de absolvê-lo da imputação concernente ao crime tipificado no do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 (seis vezes, em continuidade delitiva), ante a atipicidade da conduta perpetrada.

Nas razões, o órgão ministerial aduziu, em síntese, que há elementos nos autos que indicam contumácia delitiva e, por conseguinte, afastam a conclusão da decisão agravada no sentido da atipicidade da conduta imputada ao agravado, i*sso porque, além da presente ação penal – na qual são imputadas ao Agravado 6(seis)condutas criminosas, em razão do não recolhimento do ICMS relativo às operações tributáveis referente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2013 e novembro de 2014 –, o agravado foi denunciado por este Órgão Ministerial pela prática de idêntico delito em outras dez ações penais* (fl. 441).

Documento eletrônico VDA42826632 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 15/08/2024 15:50:23
Código de Controle do Documento: 6419ee0b-c547-45e5-b5b1-59f3a288622e

Asseverou, ainda, que a *reiteração delitiva e a existência de outras ações penais em curso em desfavor do Agravado pela prática do crime prescrito no art.2º, II, da Lei n. 8.137/1990, já constavam das certidões de antecedentes criminais acostadas aos presentes autos (cf. e-STJ fls. 86-87/181-182*), concluindo, assim, que *cometimento do delito por, ao menos, quarenta e oito vezes – evidencia a atuação intencional do Agravado como devedor contumaz, pois pratica a conduta corriqueiramente, adotando na empresa em que administra o não pagamento de tributos como modelo de negócio* (fl. 442).

Pugnou, assim, pela reforma da decisão agravada.

Devidamente intimado a se manifestar quanto ao alegado no agravo regimental, o agravado pugnou pela manutenção da conclusão estabelecida na decisão agravada, aludindo, em reforço ao fundamento constante da decisão atacada, a ato normativo do Governo do Estado de Santa Catarina que considerou como devedor contumaz aquele que *deixar de recolher o imposto declarado, inclusive o devido por substituição tributária, relativo a 8 (oito) períodos de apuração, sucessivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses, em valor superior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)* - fl. 457.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 399.109/SC (relator Ministro Rogerio Schietti Cruz), sedimentou o entendimento de que é típica a conduta do agente que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária (AgRg no HC n. 476.704/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 13/6/2019), ainda que declarado, sendo dispensada a comprovação de dolo específico.

No julgamento do RHC n. 163.334, o Plenário do Supremo Tribunal Federal **mitigou tal entendimento**, exigindo, para tipicidade da conduta, **a contumácia delitiva e o dolo específico de apropriação**.

Documento eletrônico VDA42826632 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 15/08/2024 15:50:23
Código de Controle do Documento: 6419ee0b-c547-45e5-b5b1-59f3a288622e

Eis a tese fixada naquele julgamento:

> O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

No caso dos autos, a moldura fática estabelecida na instância ordinária **rechaça a existência de contumácia delitiva**, pois, do que se verifica, a ausência do recolhimento do ICMS declarado consubstanciou um evento isolado na gestão da pessoa jurídica, tendo perdurado por um **breve período de tempo (seis meses, não consecutivos)**, inexistindo menção a nenhum processo administrativo fiscal anterior ou subsequente a esse lapso temporal (fl. 186):

> [...]
> No caso dos autos, a materialidade do delito está consubstanciada na notificação de constituição de crédito tributário n. 136030064861 (fl. 12), n. 146030006311 (fl. 22), n. 136030504691 (fl. 33) e n. 136030480962 (fl. 40), referente aos meses de março, abril, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2013 [...]

Assim, a conduta é atípica, sendo o caso de manter a decisão agravada que absolveu o agravado com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em casos análogos, a Sexta Turma desta Corte assim decidiu:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II DA LEI 8.137/90). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO A JUSTIFICAR A SUPERAÇÃO DO ÓBICE. AUSÊNCIA DE DOLO. DEVEDOR NÃO CONTUMAZ. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR 6 MESES ALTERNADOS. PACIENTE PRIMÁRIO. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. MEDIDA QUE SE IMPÕE.
> 1. Há de se levar em consideração o dolo com a imprescindível consideração do elemento subjetivo especial de sonegar, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário com a intenção de não os recolher.
> 2. O dolo de não recolher o tributo, de maneira genérica, não seria suficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.
> 3. No caso dos autos, **o não pagamento do tributo por <u>seis meses</u> aleatórios não é circunstância suficiente para demonstrar a contumácia nem o dolo de apropriação.** Ou seja, não se identifica, em tais condutas, haver sido a sonegação fiscal o recurso usado pelo empresário para financiar a continuidade da atividade em benefício próprio, em detrimento da arrecadação tributária. Ademais, trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais.
> 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de absolver o paciente das condutas atribuídas na Ação Penal n. 900065-85.2015.8.24.0038, em trâmite na Segunda Vara Criminal da comarca de Joinville.
> (HC n. 569.856/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe 14/10/2022 - grifo nosso).

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2°, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS

Documento eletrônico VDA42826632 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 15/08/2024 15:50:23
Código de Controle do Documento: 6419ee0b-c547-45e5-b5b1-59f3a288622e

DECLARADO E NÃO PAGO. TIPICIDADE. DOLO DE APROPRIAÇÃO E CONTUMÁCIA DELITIVA NÃO DEMONSTRADOS. NÃO PAGAMENTO DE QUATRO OBRIGAÇÕES MENSAIS SEPARADAS EM DOIS PERÍODOS DISTINTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O STJ entende ser típica a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS indevidamente apropriado. A ausência de fraude na apuração do tributo não é pressuposto desse delito, visto que ele não é praticado na clandestinidade. A conduta dolosa consiste na consciência de não recolher o valor do tributo devido. Precedentes.

2. Na hipótese, **o não recolhimento de apenas quatro obrigações mensais em dois períodos distintos não é suficiente para tanto.**

3. A referência feita, no acórdão recorrido, à existência de outros processos criminais similares é genérica, por não permitir avaliar as circunstâncias especificas daqueles delitos, e foi empreendida no contexto da inexigibilidade de conduta diversa.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.877.226/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe 17/10/2022 - grifo nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II DA LEI 8.137/90). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO A JUSTIFICAR A SUPERAÇÃO DO ÓBICE. AUSÊNCIA DE DOLO. DEVEDOR NÃO CONTUMAZ. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR 6 MESES ALTERNADOS. PACIENTE PRIMÁRIO. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

1. Há de se levar em consideração o dolo com a imprescindível consideração do elemento subjetivo especial de sonegar, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário com a intenção de não os recolher.

2. O dolo de não recolher o tributo, de maneira genérica, não seria suficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

3. **No caso dos autos, o não pagamento do tributo por seis meses aleatórios não é circunstância suficiente para demonstrar a contumácia nem o dolo de apropriação. Ou seja, não se identifica, em tais condutas, haver sido a sonegação fiscal o recurso usado pelo empresário para financiar a continuidade da atividade em benefício próprio, em detrimento da arrecadação tributária. Ademais, trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de absolver o paciente das condutas atribuídas na Ação Penal n. 900065-85.2015.8.24.0038, em trâmite na Segunda Vara Criminal da comarca de Joinville.

(HC n. 569.856/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe 14/10/2022 - grifo nosso).

Quanto aos argumentos do agravante, no sentido de que há elementos fáticos que indicam contumácia, entendo que **todos tangenciam a análise de matéria fática, na medida em que não constam da moldura fática estabelecida na instância ordinária, circunstância essa que inviabiliza o exame de tais alegações na esteira do entendimento firmado na Súmula/STJ**.

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

Documento eletrônico VDA42826632 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 15/08/2024 15:50:23
Código de Controle do Documento: 6419ee0b-c547-45e5-b5b1-59f3a288622e

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0178823-9

AgRg no AREsp 1.730.177 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09000317120168240072 090003171201682400725002 90003171201682400725002 90003171201682400725002

EM MESA

JULGADO: 13/08/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	SAULO DE BRITO JÚNIOR
ADVOGADO	:	THIAGO ALVES DOS SANTOS - SC018637
AGRAVADO	:	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	:	SAULO DE BRITO JÚNIOR
ADVOGADO	:	THIAGO ALVES DOS SANTOS - SC018637

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, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA42744955 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 13/08/2024 21:00:23
Código de Controle do Documento: 8AC8DCC3-3ACE-4F4B-AE91-492FB8D7126C