



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2042093 - SC (2022/0378666-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ADRIANO DE ALMEIDA RODRIGUES
ADVOGADO : CESAR AUGUSTO WESTPHAL WOJTECH - SC011060
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO. ALEGAÇÃO DE MERO INADIMPLEMENTO FISCAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRESENÇA DE DOLO DE APROPRIAÇÃO E CONTUMÁCIA DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Adriano de Almeida Rodrigues contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou provimento à apelação e manteve a sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, por vinte vezes, em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal). O recorrente, sócio-administrador da empresa Adriano de Almeida Rodrigues ME, deixou de recolher, no prazo legal, o valor de R\$ 37.685,64 referente ao ICMS cobrado dos consumidores, resultando em prejuízo ao erário estadual.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se a conduta de não recolhimento de ICMS caracteriza crime ou mero inadimplemento fiscal; (ii) estabelecer se a ausência de dolo específico de apropriação descaracteriza o tipo penal; e (iii) verificar a possibilidade de aplicação das excludentes de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e de ilicitude por estado de necessidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) considera típica a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS cobrado de consumidores, configurando crime contra a ordem tributária quando presentes contumácia e dolo de apropriação, como no caso em tela, em que o recorrente deixou de recolher o imposto por vinte vezes.

4. A alegação de mero inadimplemento fiscal é afastada, pois, de acordo com o entendimento pacífico desta Corte, a apropriação

de tributo retido ou cobrado caracteriza crime contra a ordem tributária, sendo irrelevante a alegação de ausência de dolo específico, uma vez que a materialidade e a autoria estão comprovadas.

5. A tese de inexigibilidade de conduta diversa e a excludente de ilicitude por estado de necessidade também são afastadas, pois o recorrente não comprova a alegada debilidade financeira excepcional durante o período de inadimplemento, especialmente considerando que os débitos foram acumulados antes da pandemia da COVID-19.

6. A análise das alegações de ausência de dolo e de excludentes de ilicitude demandaria reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2042093 - SC (2022/0378666-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ADRIANO DE ALMEIDA RODRIGUES
ADVOGADO : CESAR AUGUSTO WESTPHAL WOJTECH - SC011060
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO. ALEGAÇÃO DE MERO INADIMPLEMENTO FISCAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRESENÇA DE DOLO DE APROPRIAÇÃO E CONTUMÁCIA DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Adriano de Almeida Rodrigues contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou provimento à apelação e manteve a sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, por vinte vezes, em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal). O recorrente, sócio-administrador da empresa Adriano de Almeida Rodrigues ME, deixou de recolher, no prazo legal, o valor de R\$ 37.685,64 referente ao ICMS cobrado dos consumidores, resultando em prejuízo ao erário estadual.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se a conduta de não recolhimento de ICMS caracteriza crime ou mero inadimplemento fiscal; (ii) estabelecer se a ausência de dolo específico de apropriação descaracteriza o tipo penal; e (iii) verificar a possibilidade de aplicação das excludentes de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e de ilicitude por estado de necessidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) considera típica a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS cobrado de consumidores, configurando crime contra a ordem tributária quando presentes contumácia e dolo de apropriação, como no caso em tela, em que o recorrente deixou de recolher o imposto por vinte vezes.

4. A alegação de mero inadimplemento fiscal é afastada, pois, de acordo com o entendimento pacífico desta Corte, a apropriação

de tributo retido ou cobrado caracteriza crime contra a ordem tributária, sendo irrelevante a alegação de ausência de dolo específico, uma vez que a materialidade e a autoria estão comprovadas.

5. A tese de inexigibilidade de conduta diversa e a excludente de ilicitude por estado de necessidade também são afastadas, pois o recorrente não comprova a alegada debilidade financeira excepcional durante o período de inadimplemento, especialmente considerando que os débitos foram acumulados antes da pandemia da COVID-19.

6. A análise das alegações de ausência de dolo e de excludentes de ilicitude demandaria reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por ADRIANO DE ALMEIDA RODRIGUES contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, que negou provimento ao recurso de apelação.

O Ministério Público de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Adriano de Almeida Rodrigues, sócio administrador da empresa Adriano de Almeida Rodrigues ME, por não haver recolhido, no prazo legal, o valor de R\$ 37.685,64 referente ao ICMS cobrado de consumidores. O acusado teria se apropriado ilicitamente desses valores, causando prejuízo ao estado de Santa Catarina, conforme a Dívida Ativa inscrita, razão pela qual incidiu na conduta típica do artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90 (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), por 20 (vinte) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva) (e-STJ fls. 79/81).

O magistrado sentenciante condenou o recorrente a uma pena de 10 meses de detenção em regime aberto e ao pagamento de 16 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8137/90, por 20 vezes, em continuidade delitiva (art. 71, caput, do CP). A pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade (e-STJ fls. 210/215).

A apelação apresentada por Adriano de Almeida Rodrigues argumenta que a sua conduta, descrita como não recolhimento de ICMS, deveria ser considerada atípica, tratando-se de mero inadimplemento tributário, e não um crime com intenção de sonegação. A defesa alega que não houve dolo ou intenção ilícita e que a situação financeira do réu o impediu de cumprir as obrigações tributárias no período especificado. Além disso, a defesa cita a impossibilidade de uma conduta diversa, solicitando, assim, a absolvição do acusado com base na tese de inexigibilidade de conduta diversa (e-STJ fls. 251/263).

O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação do réu, mantendo a sentença proferida em sua integralidade (e-STJ fls. 298/303).

Contra esse acórdão, interpôs-se o presente recurso especial com base na alínea "a" do art. 105, inc. III, da CF alegando, em síntese: que a sua condenação pelo não recolhimento do ICMS configura mero inadimplemento fiscal, não caracterizando crime, pois não houve dolo específico de apropriação do tributo, devendo, portando, ser absolvido. A defesa sustenta a atipicidade da conduta e a ausência de dolo, argumentando que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina violou o art. 2º, II, da Lei 8.137/90. Além disso, o recurso alega que a decisão afrontou o princípio da legalidade, pois a situação financeira de recorrente, durante a pandemia, impedia o pagamento dos tributos, configurando estado de necessidade (e-STJ fls. 310/337).

O recurso foi admitido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (e-STJ fls. 406/409) e o Ministério Público Federal apresentou parecer pelo desprovisionamento do recurso (e-STJ fls. 425/430).

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo à análise do mérito.

No caso em tela, o recorrente busca sua absolvição sob a alegação de que a conduta prevista no artigo 2º-II da Lei n. 8.137/1990, que ensejou sua condenação, é atípica, por se tratar de mero inadimplemento fiscal, sem a demonstração do dolo específico de apropriação.

Além disso, o recorrente ressalta que não houve a comprovação da autoria delitiva e, por fim, invoca a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa e a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Na esteira da jurisprudência dominante desta Corte, a superação do óbice da **Súmula 7/STJ** exige que o recorrente demonstre, de forma clara e objetiva, ser desnecessário o reexame de fatos e provas para alterar o entendimento das instâncias ordinárias, o que não fez. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. TIPICIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. ÓBICE DA SÚMULA 283/STF. ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 7/STJ. VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que diz respeito à atipicidade da conduta, em razão da ausência da alegada ausência de dolo, deve-se ressaltar que para afastar a incidência da Súmula 7 desta Corte exige-se a demonstração clara e objetiva de que a solução da controvérsia e a violação de lei federal independem do reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

(...) 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.517.591/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/4/2024, DJe de 23/4/2024).

No caso em tela, as instâncias ordinárias entenderam, com base nas provas dos autos, que o recorrente, na condição de sócio e administrador da

sociedade, responsável tributário do imposto, deixou de repassar tributos devidos ao Estado de Santa Catarina, conforme se destaca (e-STJ fl. 298/303, com grifo nosso):

A materialidade e a autoria, in casu, encontram-se suficientemente comprovadas por meio dos documentos que acompanham a notícia-crime apresentada ao Ministério Público, notadamente o termo de inscrição em dívida ativa, os demonstrativos de débitos e extratos, a ficha cadastral da empresa e os extratos de parcelamentos (Evento 1, notícia crime 2, fls. 3, 4/53, 65/66, 68/73, respectivamente, dos autos da ação penal), assim como da prova oral produzida nos autos da ação penal.

O acusado, em seu interrogatório judicial, disse que estava efetuando os pagamentos dos débitos, mas que teve complicações; que a maior complicação foi a situação da pandemia da COVID-19, pois a empresa ficou três meses parada; que o movimento caiu muito nos anos mencionados na denúncia; que voltou a fazer os pagamentos (Evento 56 dos autos da ação penal).

Evidencia-se dos autos, assim, que o acusado, figurando como titular da empresa 'ADRIANO DE ALMEIDA RODRIGUES - ME.' e, portanto, responsável tributário da referida empresa, deixou de recolher, no prazo legal, valores relativos ao ICMS referente a diversos meses de apuração, durante os anos de 2015, 2016 e 2017, gerando um prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 37.685,64 (trinta e sete mil seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro reais).

(...)

Além do mais, não há satisfatória comprovação da alegada debilidade financeira excepcional durante o longo período em que perdurou o inadimplemento, notadamente considerando que os débitos são oriundos de anos anteriores ao surgimento da pandemia da COVID-19, inexistindo demonstração, ademais, de que a situação não teria decorrido do comportamento do próprio acusado, na condição de gestor da empresa, ônus da prova este que lhe incumbia, à luz do art. 156 do Código de Processo Penal.

Outrossim, cabe observar que não se tratou de conduta isolada praticada pelo acusado, porquanto deixou de efetuar os pagamentos em 20 (vinte) oportunidades distintas - reitera-se, todas elas anteriores ao surgimento da pandemia.

Assim, tampouco merece guarida o argumento da falta de condições financeiras como pretexto para o não recolhimento do tributo.

A análise das demais questões levantadas pelo recorrente, no sentido da ausência de dolo e do reconhecimento das causas excludentes de ilicitude, ensejam o reexame da matéria fática já apreciada, detalhadamente, pelo Tribunal local, implicando em inegável revolvimento da prova contida nos autos, onde se buscaria transformar este Colendo Superior Tribunal de Justiça em um terceiro grau ordinário de jurisdição, o que encontra veto no enunciado da Súmula 7/STJ.

Por fim, o STJ considera típica e constitucional a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS indevidamente apropriado se for constatada a contumácia delitiva e o dolo de apropriação. Essa é a hipótese dos autos, pois foram cometidas vinte ações delituosas em sequência, sem demonstração de que o recorrente tenha buscado sua regularização junto ao Fisco, conforme segue:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME

CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. ANPP. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO POSSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. SÚMULA N. 83 DO STJ. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONDUTA TÍPICA. CONTUMÁCIA E DOLO DE APROPRIAÇÃO. DOZE AÇÕES DELITIVAS EM SEQUÊNCIA. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A superveniência de sentença ou acórdão condenatórios inviabiliza a análise do reconhecimento de inépcia da denúncia. Precedentes. A pretensão é inviável pelo entendimento da Súmula n. 83 do STJ.

2. O STJ, por ambas as turmas de direito criminal, unificou entendimento de que o art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), é norma de natureza processual cuja retroatividade deve alcançar somente os processos em que não houve o recebimento da denúncia. Na hipótese, a denúncia foi recebida em 24/7/2019, antes, portanto, da vigência do art. 28-A do CPP.

3. É típica a conduta de deixar de repassar ao fisco o ICMS indevidamente apropriado se for constatada a contumácia delitiva e o dolo de apropriação. Essa é a hipótese dos autos, pois foram cometidas doze ações delituosas em sequência. Aplica-se o entendimento da Súmula n. 83 do STJ.

4. A análise da tese absolutória baseada na ausência de domínio do fato ou de ilegitimidade passiva (circunstância de os agravantes não mais constarem do quadro societário) ensejaria reexame fático-probatório, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ, em vista da assertiva do acórdão recorrido de que ambos figuravam como sócios administradores, de empresa familiar, no período dos fatos geradores.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.113.576/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024, grifei)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0378666-0

REsp 2.042.093 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082021002342440 50248001520218240038 82021002342440

PAUTA: 11/02/2025

JULGADO: 11/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADRIANO DE ALMEIDA RODRIGUES
ADVOGADO : CESAR AUGUSTO WESTPHAL WOJTECH - SC011060
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.