



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2094085 - SC (2023/0292505-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUCAS VIEIRA SANTIAGO
ADVOGADO : ALEX SANDRO SOMMARIVA - SC012016
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. QUESTÃO LEVANTADA EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. ANPP. ART. 28-A, DO CPP. REQUISITOS. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO RECORRÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. PRECLUSÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VÍCIO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. MERA FORMALIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DELITO. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No curso do processo criminal a defesa não questionou a ausência de oferecimento de transação penal ao recorrente, o que só veio a ocorrer por ocasião da interposição de recurso de apelação contra a sentença condenatória, situação que revela a preclusão do exame do tema.

2. No que concerne ao ANPP, por sua vez, a teor do art. 28-A do Código de Processo Penal, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/9/2020) – que invocou os precedentes do HC n. 186.289/RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 1º/6/2020), e do ARE n. 1.171.894/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/2/2020) –, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.

4. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias. Precedentes: AgRg no REsp n. 2.011.688/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023; AgRg no REsp n. 2.001.522/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no HC n. 797.322/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no REsp n. 2.050.499/SP, relator

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no RHC n. 167.973/MS, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no REsp n. 2.001.036/GO, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; e AgRg no REsp n. 2.015.032/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023.

5. In casu, embora tenha sido recebida a denúncia em 27/03/2020, portanto em data posterior à entrada a Lei n. 13.964/2019, que se deu em 23/1/2020, há que se ponderar que a questão concernente ao ANPP somente restou suscitada em sede de apelação, quando já havia inclusive sentença condenatória prolatada, não se podendo falar na aplicação do art. 28-A do CPP, em face também de preclusão.

6. No que concerne ao alegado vício da citação por hora certa, a "(...) jurisprudência desta Corte é no sentido de que o envio da correspondência mencionada no art. 229 do CPC, contendo a informação da citação por hora certa, é mera formalidade, não se constituindo como requisito para sua validade, que ocorreu de forma regular" (AgRg no REsp n. 1.537.625/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª T., DJe 13/10/2015, destaquei). No mesmo entendimento, cito, ainda, o AgRg no REsp 1.430.255/MG e o REsp 1.084.030/MG.

7. Ademais, é cediço que, "não se logrando êxito na comprovação do alegado prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, mostra-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief" (RHC n. 71.493/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/9/2016).

8. Em relação ao pleito de absolvição por suposta atipicidade da conduta o Supremo Tribunal Federal, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: "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 nº 8.137/1990".

9. Na oportunidade, ficou assentado 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).

10. Precedente da Suprema Corte que reforça a jurisprudência desta Corte a respeito da tipicidade do não recolhimento de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, porém, acrescenta duas novas condições para a caracterização do delito: a) prática contumaz e b) dolo de apropriação.

11. Na hipótese vertente, o recorrente foi condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, c/c o art. 71, caput, do CP, porque, na qualidade de sócio e administrador da empresa Lucas Vieira Santiago ME., deixou de efetuar, no prazo legal, por 11 (onze) vezes, em crime continuado, no período compreendido entre fevereiro de 2018 e março de 2019, o recolhimento aos cofres públicos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, no valor de R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos), referente à Inscrição em Dívida Ativa n. 19046351451 RUAN TRANSPORTES LTDA.

12. Diante do entendimento exarado pela Suprema Corte, entendo que o razoável período de inadimplência fiscal (onze vezes) e o valor que deixou de ser recolhido (R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos)) é suficiente para comprovar a imputação da contumácia, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação.

13. Precedentes.

14. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2094085 - SC (2023/0292505-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUCAS VIEIRA SANTIAGO
ADVOGADO : ALEX SANDRO SOMMARIVA - SC012016
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. QUESTÃO LEVANTADA EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. ANPP. ART. 28-A, DO CPP. REQUISITOS. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO RECORRÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. PRECLUSÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VÍCIO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. MERA FORMALIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DELITO. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No curso do processo criminal a defesa não questionou a ausência de oferecimento de transação penal ao recorrente, o que só veio a ocorrer por ocasião da interposição de recurso de apelação contra a sentença condenatória, situação que revela a preclusão do exame do tema.

2. No que concerne ao ANPP, por sua vez, a teor do art. 28-A do Código de Processo Penal, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/9/2020) – que invocou os precedentes do HC n. 186.289/RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 1º/6/2020), e do ARE n. 1.171.894/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/2/2020) –, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.

4. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias. Precedentes: AgRg no REsp n. 2.011.688/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023; AgRg no REsp n. 2.001.522/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no HC n. 797.322/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no REsp n. 2.050.499/SP, relator

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no RHC n. 167.973/MS, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no REsp n. 2.001.036/GO, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; e AgRg no REsp n. 2.015.032/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023.

5. In casu, embora tenha sido recebida a denúncia em 27/03/2020, portanto em data posterior à entrada a Lei n. 13.964/2019, que se deu em 23/1/2020, há que se ponderar que a questão concernente ao ANPP somente restou suscitada em sede de apelação, quando já havia inclusive sentença condenatória prolatada, não se podendo falar na aplicação do art. 28-A do CPP, em face também de preclusão.

6. No que concerne ao alegado vício da citação por hora certa, a "(...) jurisprudência desta Corte é no sentido de que o envio da correspondência mencionada no art. 229 do CPC, contendo a informação da citação por hora certa, é mera formalidade, não se constituindo como requisito para sua validade, que ocorreu de forma regular" (AgRg no REsp n. 1.537.625/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª T., DJe 13/10/2015, destaquei). No mesmo entendimento, cito, ainda, o AgRg no REsp 1.430.255/MG e o REsp 1.084.030/MG.

7. Ademais, é cediço que, "não se logrando êxito na comprovação do alegado prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, mostra-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief" (RHC n. 71.493/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/9/2016).

8. Em relação ao pleito de absolvição por suposta atipicidade da conduta o Supremo Tribunal Federal, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: "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 nº 8.137/1990".

9. Na oportunidade, ficou assentado 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).

10. Precedente da Suprema Corte que reforça a jurisprudência desta Corte a respeito da tipicidade do não recolhimento de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, porém, acrescenta duas novas condições para a caracterização do delito: a) prática contumaz e b) dolo de apropriação.

11. Na hipótese vertente, o recorrente foi condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, c/c o art. 71, caput, do CP, porque, na qualidade de sócio e administrador da empresa Lucas Vieira Santiago ME., deixou de efetuar, no prazo legal, por 11 (onze) vezes, em crime continuado, no período compreendido entre fevereiro de 2018 e março de 2019, o recolhimento aos cofres públicos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, no valor de R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos), referente à Inscrição em Dívida Ativa n. 19046351451 RUAN TRANSPORTES LTDA.

12. Diante do entendimento exarado pela Suprema Corte, entendo que o razoável período de inadimplência fiscal (onze vezes) e o valor que deixou de ser recolhido (R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos)) é suficiente para comprovar a imputação da contumácia, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação.

13. Precedentes.

14. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto em face de decisão exarada às e-STJ fls. 360/368, que negou provimento ao recurso especial.

Em suas razões, aduz o agravante, reiterando os termos do recurso especial, restar caracterizada nulidade processual, na medida em que não se aplicou o instituto da transação penal ao recorrente, ofendendo-se o previsto no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/1995.

Aponta, ainda, que não restou oportunizado, na hipótese, o ANPP (acordo de não persecução penal), malferindo-se, por consequência, o estatuído no art. 28-A, do CPP, com redação introduzida pela Lei n. 13.964/2019.

Assevera, ademais, ter ocorrido nulidade da citação por hora certa, ante a ausência de comunicação ao réu, mediante carta complementar, nos termos do art. 254, do CPC. Entende que referida comunicação se denota como condição de eficácia da citação com hora certa, em face da aplicação subsidiária do estabelecido em sede de CPC.

Por fim, reitera o argumento da inexistência de tributo cobrado de terceiro, situação que implicaria na não configuração do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por atipicidade da conduta, levando a sua absolvição.

Pugna pelo provimento do agravo regimental.

Intimado, o MPF exarou ciência.

É o relatório.

VOTO

O agravo não merece prosperar, vez que as razões trazidas na petição do recurso não restam aptas a infirmar a decisão atacada, a qual merece ser mantida pelos

seus fundamentos, *verbis* (e-STJ fls. 360/368):

"(...)

No que concerne à ausência de proposta de transação penal, vale conferir trecho do voto condutor do acórdão recorrido que aborda o tema (e-STJ fls. 277):

'(...)

Já no que se refere à transação penal, sem maiores delongas, além de igualmente se tratar de inovação recursal, tenho que o acusado sequer preenchia os requisitos legais, uma vez que, diante do concurso de crimes, afastada está a incidência da Lei n. 9.099/95, já que a infração em análise não se enquadra na hipótese de crime de menor potencial ofensivo, conforme prevê art. 61 da citada Lei.'

Do que se extrai do texto supratranscrito, percebe-se que no curso do processo criminal a defesa não questionou a ausência de oferecimento de transação penal ao recorrente, o que só veio a ocorrer por ocasião da interposição de recurso de apelação contra a sentença condenatória, situação que revela a preclusão do exame do tema.

Esta Corte Superior de Justiça já se manifestou nesse sentido. Vale conferir:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. LEI 9.437/97. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. APLICAÇÃO DO RITO DA LEI 9.099/95. AUDIÊNCIA PARA A PROPOSTA DA TRANSAÇÃO. PRECLUSÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E ANUÊNCIA DO RÉU AO SURSIS PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA.

1. 'A transação penal de que cogita o art. 76 da Lei é hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa' (HC 77.216, 1ª T., Pertence, DJ 21.8.98)'(HC 86.007/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 1/9/06).

(...)

3. Ordem denegada. (HC 73.530/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1)

No que concerne ao ANPP, por sua vez, a teor do art. 28-A do Código de Processo Penal, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Sob tal prisma, extrai-se do voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fls. 277):

'(...)

No que tange ao acordo de não persecução penal, a matéria está sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que recentemente reiterou o seguinte: 'recebida a denúncia, inclusive com a prolação de sentença condenatória, confirmada em sede de apelação, incabível a retroatividade do art. 28-A do CPP, para aplicação do acordo de não persecução penal (ANPP)' (AgRg no HC 687.041/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes(Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, j. em 15-2-2022, DJe 21-2-2022).

Ou melhor: 'descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CPP (acordo de não persecução penal), inserido pela Lei n. 13.964/2019, quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado' (AgRg no AREsp 1818139/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9-11-2021, DJe 16-11-2021)

A esse propósito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido: 'o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia' (HC 191.464/STF, 1ª Turma, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12-11-2020).

Logo, verificado nos autos que o defensor constituído do acusado deixou para reclamar a aludida benesse apenas na fase recursal, mesmo tendo atuado desde o início da instrução processual, incogitável desconstituir a sentença já prolatada para oferecimento de ANPP na forma do previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Ademais, 'o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. Com efeito, o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, os quais estão expressamente previstos no Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (HC 612.449/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 22-9-2020, DJe 28-9-2020 - grifei).

Assim, deixar a parte transcorrer toda a instrução penal e somente após a prolação de decreto condenatório requerer a anulação do processo para propositura de acordo de não persecução penal beira ao absurdo.'

Pela leitura do recorte acima, verifica-se que o entendimento externado pela Corte estadual está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

De fato, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/9/2020) – que invocou

os precedentes do HC n. 186.289/RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 1º/6/2020), e do ARE n. 1.171.894/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/2/2020) –, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias. Precedentes: AgRg no REsp n. 2.011.688/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023; AgRg no REsp n. 2.001.522/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no HC n. 797.322/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no REsp n. 2.050.499/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no RHC n. 167.973/MS, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no REsp n. 2.001.036/GO, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; e AgRg no REsp n. 2.015.032/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023.

In casu, embora tenha sido recebida a denúncia em 27/03/2020, portanto em data posterior à entrada a Lei n. 13.964/2019, que se deu em 23/1/2020, há que se ponderar que a questão concernente ao ANPP somente restou suscitada em sede de apelação, quando já havia inclusive sentença condenatória prolatada, não se podendo falar na aplicação do art. 28-A do CPP, em face também de preclusão.

Assim, não há que se falar em nulidade ou necessidade de devolução dos autos ao Ministério Público para oportunizar a propositura das benesses suscitadas.

No que concerne ao alegado vício da citação por hora certa, melhor sorte não assiste ao recorrente.

De fato, '(...) jurisprudência desta Corte é no sentido de que o envio da correspondência mencionada no art. 229 do CPC, contendo a informação da citação por hora certa, é mera formalidade, não se constituindo como requisito para sua validade, que ocorreu de forma regular' (AgRg no REsp n. 1.537.625/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª T., DJe 13/10/2015, destaquei). No mesmo entendimento, cito, ainda, o AgRg no REsp 1.430.255/MG e o REsp 1.084.030/MG.

Ademais, é cediço que, 'não se logrando êxito na comprovação do alegado prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, mostra-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio dopas de nullité sans grief' (RHC n. 71.493/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/9/2016).

Por fim, em relação ao pleito de absolvição por suposta atipicidade da conduta o Supremo Tribunal Federal, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/1990: '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 nº 8.137/1990'.

Na oportunidade, ficou assentado 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).

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

DIREITO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. NÃO ACOLHIMENTO DO VALOR DO 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, 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 somentese 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 163.334, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271, DIVULG 12/11/2020 PUBLIC 13/11/2020) - grifei.*

Como se vê, o referido precedente da Suprema Corte reforça a jurisprudência desta Corte a respeito da tipicidade do não recolhimento de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, porém, acrescenta duas novas condições para a caracterização do delito: a) prática contumaz e b) dolo de apropriação.

In casu, colho do acórdão recorrido (e-STJ fls. 279):

'(...)

Segundo consta dos autos, o acusado, na condição de sócio-administrador da empresa Lucas Vieira Santiago ME., deixou de efetuar, no prazo legal, o recolhimento de R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos), referente à Inscrição em Dívida Ativa n. 19046351451 (Evento1, OUT2, p. 2, Eproc1G) — valor este sem qualquer correção —, a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS cobrado de consumidores, de modo a se locupletar ilicitamente e gerar prejuízo ao Fisco Estadual.'

Da sentença, por sua vez, se pode extrair (e-STJ fls. 182):

'(...)

Com fundamento no art. 387 do Código de Processo Penal, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para condenar o réu à pena de 10 meses de detenção, em regime inicial aberto, mais 110 dias-multa (CP, art. 72), cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática, por 11 vezes em crime continuado (CP, art. 71), de crimes tipificados no artigo 2º, inciso II da Lei n. 8.137/90. Nos termos da fundamentação, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito: a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 46). Ainda, conforme art. 387, inciso IV, condeno o réu ao pagamento de indenização mínima, equivalente ao valor principal dos tributos inadimplidos, acrescidos de correção monetária e juros de mora, contados conjuntamente pela incidência exclusiva da taxa SELIC (CC, art. 406; STJ temas repetitivos 99 e 176), desde as respectivas datas de vencimento. Condeno o réu ao pagamento das custas processuais. Após o trânsito em julgado da condenação: insira-se o nome do réu no rol de culpados; comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral para fins de suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CF); comunique-se à Corregedoria-Geral da Justiça para as providências de estilo; expeça-se guia de execução e PEP. A pena de multa deverá ser paga no prazo de 10 dias do trânsito em julgado (CP, art. 50), independente de nova intimação. Caso a parte pretender parcelamento, deverá requerê-lo nesse mesmo prazo. Passado em branco o prazo para recolhimento da multa, procedam-se aos expedientes para sua cobrança e lançamento em dívida ativa. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.'

Na hipótese vertente, portanto, o recorrente foi condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, c/c o art. 71, caput, do CP, porque, na qualidade de sócio e administrador da empresa Lucas Vieira Santiago ME., deixou de efetuar, no prazo legal, por 11 (onze) vezes, em crime continuado, no período compreendido entre fevereiro de 2018 e março de 2019, o recolhimento aos cofres públicos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços -

ICMS, no valor de R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos), referente à Inscrição em Dívida Ativa n. 19046351451 RUAN TRANSPORTES LTDA.

Portanto, diante do entendimento exarado pela Suprema Corte, entendo que o razoável período de inadimplência fiscal (onze vezes) e o valor que deixou de ser recolhido (R\$ 141.125,78 (cento e quarenta e um mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e oito centavos)) é suficiente para comprovar a imputação da contumácia, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação."

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0292505-1

**AgRg no
REsp 2.094.085 / SC
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 082020000142561 19046351451 50032920420208240020 82020000142561

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCAS VIEIRA SANTIAGO
ADVOGADO : ALEX SANDRO SOMMARIVA - SC012016
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUCAS VIEIRA SANTIAGO
ADVOGADO : ALEX SANDRO SOMMARIVA - SC012016
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.