



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2644472 - SC (2024/0181867-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PEDRO PAULO DE LUCCA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que *o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico* (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018). Com efeito, a Suprema Corte, 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"*.

2. 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.

3. No presente caso, embora o Tribunal *a quo* tenha considerado que basta a presença do dolo genérico, é possível constatar, de acordo com os fatos trazidos no acórdão recorrido, a caracterização do dolo específico de apropriação (inadimplência reiterada), bem como a contumácia delitiva (19 infrações à ordem tributária e há pelo menos uma outra ação penal que apura a mesma conduta), nos moldes do precedente firmado pelo STF.

4. Agravo regimental não provido.

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, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 20 de agosto de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2644472 - SC (2024/0181867-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PEDRO PAULO DE LUCCA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que *o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico* (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018). Com efeito, a Suprema Corte, 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"*.

2. 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.

3. No presente caso, embora o Tribunal *a quo* tenha considerado que basta a presença do dolo genérico, é possível constatar, de acordo com os fatos trazidos no acórdão recorrido, a caracterização do dolo específico de apropriação (inadimplência reiterada), bem como a contumácia delitiva (19 infrações à ordem tributária e há pelo menos uma outra ação penal que apura a mesma conduta), nos moldes do precedente firmado pelo STF.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por PEDRO PAULO DE LUCCA

(e-STJ fls. 385/395) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 376/379, que conheceu do agravo para negar provimento ao seu recurso especial.

A parte agravante alega a ausência do dolo específico e de contumácia na conduta tida como delitiva.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

Dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n. 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018). Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp n. 2.013.545/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023; AgRg no HC n. 795.750/SC, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023; AgRg no AREsp n. 1.916.244/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 3/11/2022; AgRg no HC n. 750.861/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022; AgRg no AgRg no AREsp n. 1.882.358/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021.

Com efeito, a Suprema Corte, 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"*.

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

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, 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 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) - negritei.

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.

No presente caso, a Corte de origem concluiu (e-STJ fls. 280):

A jurisprudência desta Corte tem entendido que a prática reiterada do ilícito penal em apreço, não só configura reiteração a ponto de justificar a continuidade delitiva e, por consequência a aplicação do critério progressivo na exasperação (tal como reconhecido e aplicado na sentença), como evidencia, sim, a contumácia.

No caso, pontua-se que, nestes autos, foram dezenove infrações à ordem tributária e há pelo menos uma outra ação penal que apura a mesma conduta, justamente pelo inadimplemento de ICMS referente a exercícios financeiros/períodos anteriores aos ora analisados e que tratam de pessoa jurídica distinta da qual o ora apelante também era sócio-administrador.

De outra parte, o dolo de apropriação, na esteira da jurisprudência deste Tribunal, é concebido como genérico, bastando a demonstração do fato gerador e a falta de recolhimento do imposto a tempo e modo, inclusive para fins de consumação do delito, sem perder de vista que, no caso, além da reiteração delitiva, o montante global inscrito em dívida ativa foi expressivo (pouco mais de R\$ 70 mil), em contrapartida ao capital social da sociedade (R\$ 60.000,00).

Ora, embora o Tribunal *a quo* tenha considerado que basta a presença do dolo genérico, é possível constatar, de acordo com os fatos trazidos no acórdão recorrido, a caracterização do dolo específico de apropriação (inadimplência reiterada), bem como a contumácia delitiva (19 infrações à ordem tributária e há pelo menos uma outra ação penal que apura a mesma conduta), nos moldes do precedente firmado pelo STF.

Assim, não se pode falar na atipicidade da conduta.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0181867-0

AgRg no
AREsp 2.644.472 /
SC
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50032915720238240038

EM MESA

JULGADO: 20/08/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PEDRO PAULO DE LUCCA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : PAOLLA DE LUCCA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PEDRO PAULO DE LUCCA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
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, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

C54224551547344=4944@

2024/0181867-0 - AREsp 2644472 Petição : 2024/0066861-4 (AgRg)