



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2647218 - SC (2024/0186002-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : WILSON MUELLER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90 C/C ART. 71, CAPUT, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ESFERA ESTADUAL. RETROATIVIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, Tema 157, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, ocorrido em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento de que *incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.*

2. Na esfera estadual, a aplicação do princípio da insignificância deve observar a legislação local semelhante à normativa federal, que define os valores de referência para a persecução ou não de execuções fiscais.

3. Não se desconhece que, em Santa Catarina, a Lei Estadual n. 18.165/2021 incluiu o art. 142-A na Lei n. 3.938/1966, o qual definiu a competência do Procurador-Geral para estabelecer o valor mínimo para ajuizamento da ação de cobrança de dívidas do estado e de suas autarquias e fundações de direito público. Assim, a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina estabeleceu a Portaria GAB/PGE n. 58/2021, que instituiu o valor de R\$ 50.000 para o ajuizamento de ação de cobrança da dívida ativa.

4. Ocorre que *a Quinta Turma tem precedentes, segundo os quais a Portaria GAB/PGESC n. 58/2021 do Estado de Santa Catarina, por não possuir natureza penal, e por não se tratar de lei em sentido estrito, mas apenas ato administrativo normativo, não pode ser aplicada retroativamente para fins de reconhecimento da insignificância penal (AgRg no HC n. 889.162/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024).* Assim, *a retroatividade benéfica do ato administrativo que majorou o valor mínimo para execução fiscal não se aplica, uma vez que tal ato não se equipara a uma lei penal em sentido estrito, conforme disposto no art.*

2º, parágrafo único, do CPP (AgRg no HC n. 826.605/SC, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 24/3/2025.). Dessa forma, correto o acórdão do Tribunal estadual, pois destacou que a legislação estadual vigente ao tempo dos fatos (Lei 15.856/2012) estabelecia o piso para a dispensa da execução fiscal em R\$ 5.000,00, de maneira que o montante informado extrapolou-o, uma vez que tratase de R\$ R\$ 33.435,91, não sendo aplicável o princípio da insignificância.

5. Prosseguindo, como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n.º 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n.º 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018).

6. Com efeito, a Suprema Corte, em apreciação do RHC n.º 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n.º 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 n.º 8.137/1990"*.

7. 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.

8. No caso, o agravante foi condenado à pena de 10 meses de detenção, em regime inicialmente 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 'WILSON MUELLER ME.', deixou de efetuar, no prazo legal, por 7 (sete) vezes, em crime continuado, nos períodos compreendidos entre janeiro a julho de 2018 -, apropriando-se do montante de R\$ 26.335,84, valor suficiente para comprovar a imputação da contumácia e do dolo de apropriação, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação. Nesse contexto, a conduta do recorrente não configura mera inadimplência, ao revés, se enquadra na tipificação do art. 2º, inciso II, da lei n. 8.137/90.

9. Portanto, ao contrário do que alega a defesa, *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 n. 8.137/1990* (STF, RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020; grifei) - (AgRg no REsp n. 2.049.204/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/6/2023). (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.), como no presente caso.

10. Ademais, para reverter o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial em razão da incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

11. 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, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 13 de junho de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2647218 - SC (2024/0186002-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : WILSON MUELLER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90 C/C ART. 71, CAPUT, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ESFERA ESTADUAL. RETROATIVIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CONTUMÁCIA. DOLO DE APROPRIAÇÃO. TIPICIDADE CARCTERIZADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, Tema 157, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, ocorrido em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento de que *incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.*

2. Na esfera estadual, a aplicação do princípio da insignificância deve observar a legislação local semelhante à normativa federal, que define os valores de referência para a persecução ou não de execuções fiscais.

3. Não se desconhece que, em Santa Catarina, a Lei Estadual n. 18.165/2021 incluiu o art. 142-A na Lei n. 3.938/1966, o qual definiu a competência do Procurador-Geral para estabelecer o valor mínimo para ajuizamento da ação de cobrança de dívidas do estado e de suas autarquias e fundações de direito público. Assim, a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina estabeleceu a Portaria GAB/PGE n. 58/2021, que instituiu o valor de R\$ 50.000 para o ajuizamento de ação de cobrança da dívida ativa.

4. Ocorre que *a Quinta Turma tem precedentes, segundo os quais a Portaria GAB/PGESC n. 58/2021 do Estado de Santa Catarina, por não possuir natureza penal, e por não se tratar de lei em sentido estrito, mas apenas ato administrativo normativo, não pode ser aplicada retroativamente para fins de reconhecimento da insignificância penal (AgRg no HC n. 889.162/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024).* Assim, *a retroatividade benéfica do ato administrativo que majorou o valor mínimo para execução fiscal não se aplica, uma vez que tal ato não se equipara a uma lei penal em sentido estrito, conforme disposto no art.*

2º, parágrafo único, do CPP (AgRg no HC n. 826.605/SC, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 24/3/2025.). Dessa forma, correto o acórdão do Tribunal estadual, pois destacou que a legislação estadual vigente ao tempo dos fatos (Lei 15.856/2012) estabelecia o piso para a dispensa da execução fiscal em R\$ 5.000,00, de maneira que o montante informado extrapolou-o, uma vez que tratase de R\$ R\$ 33.435,91, não sendo aplicável o princípio da insignificância.

5. Prosseguindo, como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n.º 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n.º 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, Terceira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe de 12/9/2018).

6. Com efeito, a Suprema Corte, em apreciação do RHC n.º 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n.º 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 n.º 8.137/1990"*.

7. 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.

8. No caso, o agravante foi condenado à pena de 10 meses de detenção, em regime inicialmente 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 'WILSON MUELLER ME.', deixou de efetuar, no prazo legal, por 7 (sete) vezes, em crime continuado, nos períodos compreendidos entre janeiro a julho de 2018 -, apropriando-se do montante de R\$ 26.335,84, valor suficiente para comprovar a imputação da contumácia e do dolo de apropriação, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação. Nesse contexto, a conduta do recorrente não configura mera inadimplência, ao revés, se enquadra na tipificação do art. 2º, inciso II, da lei n. 8.137/90.

9. Portanto, ao contrário do que alega a defesa, *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 n. 8.137/1990* (STF, RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020; grifei) - (AgRg no REsp n. 2.049.204/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/6/2023). (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.), como no presente caso.

10. Ademais, para reverter o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial em razão da incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

11. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por WILSON MUELLER (e-STJ fls. 450/457), contra decisão monocrática de e-STJ fls. 431/442, que **conheceu** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

A parte agravante alega: (i) a atipicidade da conduta, tendo em vista a aplicação do princípio da insignificância; (ii) a absolvição do acusado, em razão da ausência do dolo de apropriação e da contumácia delitiva.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-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.

De início, a Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.709.029/MG, Tema 157, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, ocorrido em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento de que *incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.*

Abaixo, ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO.

1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob

o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada. (REsp n. 1.709.029/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018.)

Na esfera estadual, a aplicação do princípio da insignificância deve observar a legislação local semelhante à normativa federal, que define os valores de referência para a persecução ou não de execuções fiscais.

No ponto, a Corte de origem consignou (e-STJ fls. 320/321):

No caso em tela, vê-se que o acusado deixou de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2018, relativo a operações tributáveis por ele escrituradas e declaradas, causando ao erário prejuízo de R\$ 26.335,84 (vinte e seis mil trezentos e trinta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), acrescidos de juros e multa, totalizando aproximadamente R\$ 33.435,91 (trinta e três mil quatrocentos e trinta e cinco reais e noventa e um centavos), conforme se extrai da Certidão de Dívida Ativa n. 19043833595 (Notícia Crime 1, fls. 03 /04, do Evento 01 dos autos da ação penal).

Anoto, no ponto, que não deve ser considerado o valor mencionado pelo acusado, de R\$ 18.736,40 (dezoito mil setecentos e trinta e seis reais e quarenta centavos), relativo ao valor original do termo de compromisso, mas sim o valores acima, relativos aos créditos presumidos efetivamente apropriados pelo acusado, conforme especificado na denúncia.

Nesse contexto, autorizada a instauração e prosseguimento da ação penal, nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei Estadual n. 12.646/03, in verbis:

Art. 5º Independentemente do transcurso do prazo prescricional, não será encaminhada à Procuradoria Geral do Estado para ajuizamento a Dívida Ativa:

I - de valor inscrito até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), relativa ao ICMS, exceto quando decorrente de multas não proporcionais ao valor do imposto ou da mercadoria; [...]

Há também disposição na Lei Estadual n. 15.856/2012, que visa promover a regularização de débitos tributários inadimplidos (ICM, ICMS, IPVA e ITCMD), consoante se extrai do teor do seu art. 16:

Art. 16. A Procuradoria-Geral do Estado fica dispensada de ajuizar execução cujo montante, em nome do devedor, não exceda a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Salienta-se, no ponto, que a Lei Estadual n. 17.427/2017 alterou o art. 16 da Lei n. 15.856/2012, estabelecendo o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como piso para o ajuizamento de ações de execução em casos como o presente.

Ressalta-se que a diferença central entre os dois dispositivos está na discricionariedade conferida ao Procurador do Estado, uma vez que a Lei n. 15.856/2012 (alterada pela Lei n. 17.427/2017) confere a ele o poder de escolha, dispensando a propositura da ação nos casos previstos em lei. Por sua vez, a Lei n. 12.646/2003 é taxativa, pois estabelece que as dívidas inferiores ao valor previsto não serão executadas.

É bem verdade que a Lei Estadual n. 18.165/2021 revogou o artigo 16 da Lei n. 15.856/2012 e a Procuradoria Geral do Estado publicou a Portaria GAB /PGE n. 58/2021, instituindo o valor mínimo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para ajuizamento da ação de cobrança da dívida ativa estadual.

Entretanto, tenho que, por não se revestir de caráter legal, a referida Portaria consiste em mero ato normativo interno destinado a ordenar os serviços executados por servidores vinculados à Procuradoria-Geral do Estado.

Ademais, ainda que assim não fosse, tem-se que a Lei Estadual n. 18.165 /2021 foi publicada apenas em 19/07/2021, e a Portaria GAB/PGE n. 58/2021, em 21/07/2021, enquanto que os fatos praticados ocorreram no ano de 2018.

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional, notadamente em seu artigo 144, esclarece que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, que no caso eram as Leis Estaduais n. 12.646/03 e n.

15.856/2012 (alterada Lei n. 17.427/2017), possibilitando, assim, o afastamento do princípio da bagatela.

[...]

Assim, ante o parâmetro apresentado pela Lei Estadual n. 12.646/03, resta evidente que o montante total em questão, acrescido de juros e multa, não é ínfimo, e representa uma lesão expressiva ao bem jurídico tutelado.

Não se desconhece que, em Santa Catarina, a Lei Estadual n. 18.165/2021 incluiu o art. 142-A na Lei n. 3.938/1966, o qual definiu a competência do Procurador-Geral para estabelecer o valor mínimo para ajuizamento da ação de cobrança de dívidas do estado e de suas autarquias e fundações de direito público.

Assim, a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina estabeleceu a Portaria GAB/PGE n. 58/2021, que instituiu o valor de R\$ 50.000 para o ajuizamento de ação de cobrança da dívida ativa.

Ocorre que a Quinta Turma tem precedentes, segundo os quais a Portaria GAB /PGESC n. 58/2021 do Estado de Santa Catarina, por não possuir natureza penal, e por não se tratar de lei em sentido estrito, mas apenas ato administrativo normativo, não pode ser aplicada retroativamente para fins de reconhecimento da insignificância penal (AgRg no HC n. 889.162/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024). Assim, a retroatividade benéfica do ato administrativo que majorou o valor mínimo para execução fiscal não se aplica, uma vez que tal ato não se equipara a uma lei penal em sentido estrito, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP (AgRg no HC n. 826.605/SC, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 24/3/2025.)

Dessa forma, correto o acórdão do Tribunal estadual, pois destacou que a legislação estadual vigente ao tempo dos fatos (Lei 15.856/2012) estabelecia o piso para a dispensa da execução fiscal em R\$ 5.000,00, de maneira que o montante informado extrapolou-o, uma vez que trata-se de R\$ R\$ 33.435,91, não sendo aplicável o princípio da insignificância.

Prosseguindo, como é de conhecimento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n.º 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico (HC n.º 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.º 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2.º, II, da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 8.137/1990.

(RHC 163334, 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 que interessa, colhe-se dos autos (e-STJ fl. 284/285):

Quanto à alegação de ausência de dolo, cumpre anotar, como é sabido, que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é pago pelo consumidor, sendo o comerciante simples repassador do imposto ao Estado. Isso porque o ICMS é imposto indireto e seu recolhimento é obrigação acessória do contribuinte.

Desse modo, o caso dos autos não se trata apenas de um débito fiscal e de mero inadimplemento, mas sim da apropriação dos valores, pela empresa administrada/gerida pelo acusado, de impostos descontados ou cobrados de terceiros aos cofres públicos.

[...]

Logo, considerando que o acusado detinha os valores, mas optou pelo não repasse ao Estado, configurada está a materialidade delitiva, uma vez que a conduta amolda-se, perfeitamente, ao crime delineado no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, tipo penal que, frisa-se, tem por objetivo punir os contribuintes que, apesar de repassarem o tributo aos consumidores de boa-fé, deixam de recolher aos cofres públicos o devido valor.

[...]

Assim, na hipótese em tela, a despeito do alegado, evidenciado está o dolo do acusado em, de maneira livre e consciente, deixar de repassar ao Estado os valores devidos a título de ICMS - tanto que, mesmo após as notificações administrativa e judicial, não efetuou o competente recolhimento.

[...]

Referente a exigibilidade da contumácia da prática delitiva para incidência do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 - assim como prevê o precedente da Suprema Corte citado pela acusada (RHC n. 163.334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 18/12/2019) - , tem-se que

devidamente demonstrado, no presente caso, diante do não recolhimento do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço por sete meses, quais sejam, janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2018.

No caso, o agravante foi condenado à pena de 10 meses de detenção, em regime inicialmente 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 'WILSON MUELLER ME.', deixou de efetuar, no prazo legal, por 7 (sete) vezes, em crime continuado, nos períodos compreendidos entre janeiro a julho de 2018 -, apropriando-se do montante de R\$ 26.335,84, valor suficiente para comprovar a imputação da contumácia e do dolo de apropriação, que passou a ser exigida pelo STF, sendo típica a conduta do envolvido, impondo-se a manutenção de sua condenação.

Nesse contexto, a conduta do recorrente não configura mera inadimplência, ao revés, se enquadra na tipificação do art. 2º, inciso II, da lei n. 8.137/90.

Portanto, ao contrário do que alega a defesa, *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 n. 8.137/1990 (STF, RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020; grifei) - (AgRg no REsp n. 2.049.204/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/6/2023). (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.), como no presente caso.*

Nesse sentido:

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 TJDFT), 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. (AgRg no REsp n. 2.094.085/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024).

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/1990 NA FORMA DO ART. 71 DO CP. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PRÓPRIO DECLARADO. TIPICIDADE CONFIGURADA. JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. HC N. 399.109/SC, DJE 12/9/2018. PLEITO DE AFASTAMENTO DA TIPICIDADE. CONTUMÁCIA E DOLO DE APROPRIAÇÃO RECONHECIDOS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da tipicidade do não recolhimento de ICMS, na qualidade de operações próprias.

2. [...] 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) (AgRg no AREsp n. 1.792.837/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/4/2021).

3. A Corte catarinense dispôs as seguintes razões (fl. 274): [...], sobre o elemento subjetivo do tipo, convém ressaltar que a configuração da conduta criminosa prevista no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 dispensa a presença de especial fim de agir, bastando a configuração do dolo genérico, consistente na consciência, ainda que potencial, de 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" (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada, 8ª ed., Salvador: juspodivm, 2020, p. 255), o que restou evidenciado no caso. [...] A contumácia igualmente se revela presente, mormente por ter o apelante cometido o crime por 8 (oito) vezes ao longo do ano de 2019, como visto. [...], o caso dos autos não trata apenas de um débito fiscal e de mero inadimplemento, mas sim da apropriação dos valores, pela empresa administrada pelo apelante, de impostos descontados ou cobrados de terceiros aos cofres públicos. É por isso que a má administração e falta de planejamento tributário não podem ser arguidas para eximir-se da obrigação, sendo inviável tanto a absolvição por atipicidade da conduta como a exclusão da culpabilidade pelo reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa.

4. [...], nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária prescindem de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos (AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 13/12/2017) - (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.650.790/RN, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 13/8/2020).

5. 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 n. 8.137/1990 (STF, RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020; grifei) - (AgRg no REsp n. 2.049.204/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/6/2023).

6. Agravo regimental improvido. (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).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME TRIBUTÁRIO. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. CONTUMÁCIA DELITIVA E DOLO DE APROPRIAÇÃO. DOZE AÇÕES ILÍCITAS EM CONTINUIDADE DELITIVA. 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. A contumácia delitiva e o dolo de apropriação foram estabelecidos com base nas doze ações delituosas praticadas em sequência, circunstância que não se coaduna com a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

3. Cada período mensal de apuração do ICMS declarado e não pago configura uma ação ilícita. Na hipótese, foi constatado o inadimplemento de doze exações, o que caracteriza a continuidade delitiva.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 760.150/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023).

Por fim, para reverter o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial em razão da incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

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: 2024/0186002-6

AgRg no
AREsp 2.647.218 /
SC
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50037905220208240036

EM MESA

JULGADO: 10/06/2025

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WILSON MUELLER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WILSON MUELLER
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, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.