

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.109 - SC (2020/0063833-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : **ANDREI DIZ ACOSTA**
ADVOGADOS : **CRISTIAN RODOLFO WACKERHAGEN - SC015271**
: **RAFAELA BUENO - SC047090**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TESE DE AFRONTA AOS ARTS. 332 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A UM MÊS (NOVEMBRO/2016). ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A tese de afronta aos arts. 332 e 1.022 do Código de Processo Civil, não foi suscitada no recurso especial, constituindo inovação recursal, descabida no âmbito do recurso interno, pela preclusão consumativa.

2. Quanto à apontada contrariedade ao art. 5.º, incisos II, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição da República, não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo para fins de prequestionamento, examinar supostas ofensas a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia.

4. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/80, não há exigência de dolo específico, mas apenas genérico para a configuração da conduta delitiva.

5. Para se alcançar conclusão distinta daquela esposada pela Corte *a quo*, no tocante à alegada inexistência de dolo na conduta, seria imprescindível o revolvimento dos fatos e provas acostados ao caderno processual, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, a teor da Súmula n. 07/STJ.

6. A modificação do julgado, de modo a fazer incidir na hipótese a citada excludente de ilicitude, implicaria reexame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

7. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS

Superior Tribunal de Justiça

em operações próprias é fato típico.

8. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: "*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 hipótese dos autos, portanto, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a **ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês** –, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

10. Agravo regimental parcialmente provido para absolver o Réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.109 - SC (2020/0063833-1)

AGRAVANTE : ANDREI DIZ ACOSTA
ADVOGADOS : CRISTIAN RODOLFO WACKERHAGEN - SC015271
RAFAELA BUENO - SC047090
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por ANDREI DIZ ACOSTA contra decisão de minha lavra, por meio da qual o respectivo recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão desprovido (fl. 342):

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO."

Alega o Agravante, nas razões do regimental, que o acórdão recorrido é nulo por afronta aos arts. 332 e 1.022 do Código de Processo Civil, sob o argumento de negativa de prestação jurisdicional, por parte do Tribunal de origem, porquanto não teria se pronunciado sobre matéria indispensável ao deslinde da controvérsia.

Argumenta que, para a solução das questões veiculadas no recurso especial não se faz necessário o reexame do acervo fático-probatório acostado aos autos e, portanto, não incide, na hipótese dos autos, a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Reitera, ainda, a Defesa:

a) contrariedade ao art. 2.º da Lei n. 8.137/90, sustentando que a conduta imputada ao Acusado é atípica porque esse, "[...] após realizar operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS declarou o valor devido à fazenda Pública e, apenas por incapacidade financeira, deixou de pagar tributo próprio" (fl. 360). Aduz, também, que não há, na descrição do procedimento adotado pelo Réu, a pecha de dolo pela fraude ou de

Superior Tribunal de Justiça

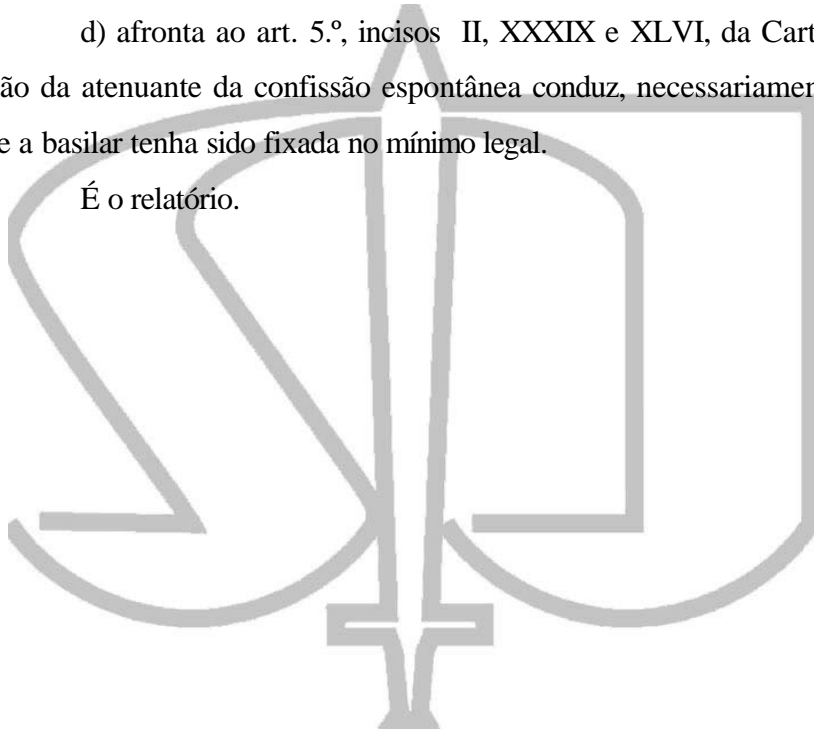
apropriação indébita, sendo certo que houve mero inadimplemento quanto ao recolhimento do tributo.

b) negativa de vigência ao art. 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal; bem como ao art. 41 do Código Penal, aduzindo que é de rigor o reconhecimento da inépcia da denúncia, na medida em que não foi descrita conduta passível de ser tipificada como crime;

c) ofensa ao art. 5.º, incisos II e XXXIX, da Carta Magna e aos arts. 23 e 24 do Código Penal, pois incide, na hipótese, a excludente de ilicitude da inexigibilidade de conduta diversa.

d) afronta ao art. 5.º, incisos II, XXXIX e XLVI, da Carta Magna. Argui que a verificação da atenuante da confissão espontânea conduz, necessariamente à redução da pena, ainda que a basilar tenha sido fixada no mínimo legal.

É o relatório.



AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.109 - SC (2020/0063833-1)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TESE DE AFRONTA AOS ARTS. 332 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A UM MÊS (NOVEMBRO/2016). ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A tese de afronta aos arts. 332 e 1.022 do Código de Processo Civil, não foi suscitada no recurso especial, constituindo inovação recursal, descabida no âmbito do recurso interno, pela preclusão consumativa.

2. Quanto à apontada contrariedade ao art. 5.º, incisos II, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição da República, não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo para fins de prequestionamento, examinar supostas ofensas a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia.

4. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/80, não há exigência de dolo específico, mas apenas genérico para a configuração da conduta delitiva.

5. Para se alcançar conclusão distinta daquela esposada pela Corte *a quo*, no tocante à alegada inexistência de dolo na conduta, seria imprescindível o revolvimento dos fatos e provas acostados ao caderno processual, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, a teor da Súmula n. 07/STJ.

6. A modificação do julgado, de modo a fazer incidir na hipótese a citada excludente de ilicitude, implicaria reexame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

7. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

8. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: "*O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de*

Superior Tribunal de Justiça

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 hipótese dos autos, portanto, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a **ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês** –, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

10. Agravo regimental parcialmente provido para absolver o Réu.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. A reprimenda privativa de liberdade foi substituída por 1 (uma) restritiva de direitos (fls. 82-91).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento (fl. 154-163).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 192-196).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 2º da Lei n. 8.137/90; bem como ao art. 5º, incisos II, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição Federal.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 223-238). O recurso especial foi admitido (fls. 240-244).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo nobre (fls. 336-340).

Por meio da decisão de fls. 342-350, o recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

Dá a interposição do presente agravo regimental (fls. 353-378).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

De início, esclareço que a tese de afronta aos arts. 332 e 1.022 do Código de Processo Civil, não foi suscitada no recurso especial, constituindo inovação recursal, descabida no âmbito do recurso interno, pela preclusão consumativa.

A propósito:

Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. CRIME MATERIAL. SÚMULA VINCULANTE 24. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IRRETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. REVISÃO DA PENA. PRECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. Relativamente à matéria não deduzida nas razões do especial defensivo, mas apenas nas contrarrazões ao recurso da acusação, e por ele sequer abrangida, operou-se a preclusão.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no REsp 1.806.096/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 08/10/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182 DO STJ. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do entendimento consolidado nesta Corte, não é admissível a inovação de teses recursais apenas no agravo regimental interpostos contra decisão proferida no recurso especial.

[...]

4. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de restabelecer a absolvição sumária expedida pelo Juízo de primeiro grau." (AgRg no REsp 1.647.947/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; sem grifos no original.)

Quanto à apontada contrariedade ao art. 5.º, incisos II, XXXIV, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição da República, registro que não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo para fins de prequestionamento, examinar supostas ofensas a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. LEI N. 13.654/2018. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE EM BENEFÍCIO DO RÉU. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL.

[...]

2. Ao Superior Tribunal de Justiça é vedada a análise de violação a dispositivos constitucionais, uma vez que essa competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

Superior Tribunal de Justiça

3. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1.750.345/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 26/11/2018.)

De outra banda, esclareço que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia.

Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS JULGADO PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. QUESTÃO JÁ DECIDIDA POR ESTA CORTE NO RHC N. 66.133/SC. INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO NO PONTO.

1. *Caracterizada a reiteração de pedido, não há como conhecer da questão referente à incompetência da Justiça Federal.*

2. *A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é de que, com a superveniente prolação de sentença condenatória, ficam superadas as alegações de inépcia da denúncia ou de ausência de justa causa para a ação penal.*

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no RHC 80.086/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 01/10/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA. ALEGAÇÃO SUPERADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR O ÍNDICE DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Esta Corte Superior tem entendimento firme de que 'a prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia' (REsp 1.370.568/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).*

[...]

5. *Agravo não provido.*" (AgRg nos EDcl no REsp 1.619.745/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.)

No tocante ao dolo, o aresto atacado, na parte que interessa, está calcado nas

Superior Tribunal de Justiça

seguintes razões de decidir (fl. 160; sem grifos no original):

"Quanto ao elemento subjetivo do tipo, conquanto a defesa aponte que não houve dolo na conduta do agente, tratando-se de mero inadimplemento, tenho que o delito em questão exige apenas o dolo genérico, que restou perfeitamente evidenciado nos autos, pois o réu era o responsável pelos negócios e, deliberadamente, deixou de honrar com o pagamento dos tributos devidos ao Fisco.

[...]

Assim, restando devidamente comprovado o dolo na conduta, impossível acolher o pleito defensivo."

Como se vê, o entendimento adotado pela Corte de origem não destoia da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada no sentido de que, para o delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/80, não há exigência de dolo específico, mas apenas genérico para a configuração da conduta delitiva.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINARMENTE OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. DELITO CONFIGURADO PELO SIMPLES NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA TERCEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO HC N.º 399.109/SC. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. SÚMULA N.º 168/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 399.109/SC, firmou o entendimento de que o elemento subjetivo especial, no crime de apropriação indébita tributária (art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90), é prescindível, sendo suficiente para a configuração do crime a consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária. Dessa forma, o delito do resta configurado tanto nos casos de recolhimento próprio quanto nas hipóteses de responsabilidade tributária por substituição.

[...]

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EREsp 1.635.341/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe de 26/10/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. INADIMPLEMENTO. SÓCIO-GERENTE. FALTA DE REPASSE DE ICMS DECLARADO EM DIME. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

TRIBUTÁRIA. CONDUCTA TÍPICA. TIPO PENAL QUE NÃO EXIGE ESPECIAL FIM DE AGIR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em atipicidade da conduta quando, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, o acórdão impugnado estabeleceu que o réu, gerente na empresa da qual era sócio e agindo como substituto tributário, deixou de repassar aos cofres públicos ICMS descontado de terceiro.

2. Para afastar as premissas fáticas do acórdão e acolher a tese de que houve mero inadimplemento de tributo próprio, seria necessário o reexame de fatos e provas, inviável no recurso especial, principalmente quando a questão não foi suscitada nem sequer por meio de embargos de declaração e, por tal motivo, deixou de ser previamente debatida pelas instâncias ordinárias.

3. O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 772.503/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016.)

Ademais, para se alcançar conclusão distinta daquela esposada pela Corte *a quo*, no tocante à alegada inexistência de dolo na conduta do ora Agravante, seria imprescindível o revolvimento dos fatos e provas acostados ao caderno processual, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, a teor da Súmula n. 7/STJ.

Nesse entendimento:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE OU INTERCORRENTE. 1) MARCO INTERRUPTIVO. DATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE REFORMA A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 2) DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA QUE RETROAGE AO ÚLTIMO DIA DE PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. EARESP 386.266/SP. APLICAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 3) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. LAPSO PRESCRICIONAL NÃO TRANSCORRIDO DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. 4) VIOLAÇÃO AO ARTIGOS 386, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA 7/STJ. 5) VIOLAÇÃO AO ART. 1º, IV, DA LEI N. 8.137/90. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

5. O reconhecimento da conduta culposa para justificar os fatos previstos no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/90, demandaria o reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pois o Tribunal de origem, com base na prova dos autos, concluiu pelo dolo de suprimir tributo, ante a grande quantidade de notas falsas e o lucro revertido ao apelante.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 811.557/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018.)

No que concerne ao pleito pelo reconhecimento da excludente de ilicitude relativa à inexigibilidade de conduta diversa, o aresto atacado apresenta a seguinte fundamentação (fls. 160-162):

"No que se refere ao argumento de que o apelante não recolheu os tributos no intuito de não ir a falência, em razão da crise financeira vivenciada pela empresa à época, ressalto que o ICMS é imposto indireto, pago pelo consumidor e apenas repassado ao Fisco pelo comerciante. Portanto, não há como invocar a justificativa de dificuldades pelo momento econômico pelo qual a empresa passava, porque vendeu o produto e gerou a obrigação.

[...]

Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento do estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa, em virtude de dificuldades financeiras, não tem supedâneo, isso porque o comerciante atua como mero repassador dos valores recolhidos em impostos indiretos, razão pela qual não pode alegar a ausência de recursos para o adimplemento de sua obrigação fiscal, pois já detém os valores, pagos pelo consumidor, no momento em que vendeu o produto tributado.

[...]

Dessa forma, não tendo sido recolhido o tributo, é evidente a tipicidade da conduta omissiva perpetrada pelo réu."

Nessas condições, a modificação do julgado, de modo a fazer incidir na hipótese a citada excludente de ilicitude, implicaria reexame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. TIPICIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE ESPECIAL FIM DE AGIR. ABSOLVIÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E POR AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N. 7 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME FORMAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

3. O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente de culpabilidade, implica a necessidade de revolvimento fático probatório dos autos, inviável em recurso especial segundo o disposto na Súmula n. 7 do STJ.

[...]

6. Agravo regimental provido em parte, para declarar a prescrição da pretensão punitiva superveniente dos crimes atribuídos aos réus Paulo Augusto Almeida de Lima, Rosângela Alves de Jesus Silva e Rogério Duarte Noletto no Processo n. 201303852670." (AgRg no AREsp 1.121.680/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 07/STJ. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, expressamente consignou que a crise financeira da empresa sonegadora não restou comprovada, afastando a alegação de atipicidade da conduta por inexigibilidade de conduta diversa. Logo, a análise do pleito absolutório implicaria acurada avaliação probatória, o que, não se admite na via do recurso especial, a teor da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 341.758/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 03/09/2014.)

No tocante à tipificação do delito, a Corte de origem adotou a seguinte fundamentação (fls. 158-162; sem grifos no original):

"Trata de apelação criminal interposta por Andrei Diz Acosta contra a sentença que o condenou à pena de 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, substituída pela restritiva de limitação de fim de semana, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, por infração ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990.

Dispõe o artigo pelo qual a ré foi condenada:

[...]

Segundo consta, o acusado, na condição de titular de Estribo Indústria e Comércio Eireli, deixou de efetuar no prazo legal o recolhimento de R\$ 30.953,31 (trinta mil, novecentos e cinquenta e três reais e trinta e um centavos) a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS cobrado de consumidores, locupletando-se ilicitamente e gerando um

Superior Tribunal de Justiça

prejuízo ao Fisco.

[...]

A materialidade delitiva exsurge incontroversa da notícia-crime ao Ministério Público (pp. 4-5), do termo de inscrição em dívida ativa (p. 6) e das Declarações de ICMS e Movimento Econômico - Dime (pp. 8-10).

A autoria, por sua vez, resta evidenciada pela 8ª alteração de transformação em empresa individual de responsabilidade limitada, onde consta que o réu era o único sócio na época dos fatos.

No que tange à alegada atipicidade da conduta, é corrente dominante neste Tribunal de Justiça que todo o ICMS declarado pelo contribuinte foi efetivamente cobrado e recebido do consumidor final (contribuinte de fato), cabendo ao recorrente (contribuinte de direito) apenas o repasse do valor ao Fisco, o que não foi feito.

Logo, referida conduta se subsume ao tipo previsto no inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.127/1990, uma vez que, constituído o débito fiscal, o acusado não quitou o valor devido correspondente ao ICMS, referente ao mês de novembro de 2016.

[...]

Inviável, portanto, o acolhimento da tese de atipicidade da conduta.

[...]

Por último, impende mencionar que todas as Câmaras Criminais deste Tribunal de Justiça entendem que a questão da sonegação de ICMS ultrapassa as esferas cível e administrativa, configurando formal e materialmente o delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, não se tratando de tipo penal inconstitucional ou de conduta atípica, até mesmo porque inexige dolo específico, bastando a ausência de repasse do tributo."

Com efeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico. Por oportuno, confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS 'DESCONTADO E COBRADO'. ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária – tal qual se dá com a apropriação indébita em geral – o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que

Superior Tribunal de Justiça

exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão 'descontado ou cobrado', o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que 'descontam' ou 'cobram' o tributo ou contribuição.

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo 'descontado' é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo 'cobrado' deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. Habeas corpus *denegado*." (HC 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 12/09/2018.)

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. NÃO CONHECIMENTO. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO PRAZO LEGAL DOLO GENÉRICO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. PREJUÍZO ELEVADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser conhecido o agravo.

2. O não recolhimento, no prazo legal, de ICMS declarado pelo contribuinte, caracteriza o delito do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, sendo dispensada a comprovação do dolo específico.

3. O grave dano causado à coletividade, evidenciado pelo valor total sonogado de 2.211.730,28, justifica a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90.

Superior Tribunal de Justiça

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento." (AgRg no AREsp 1.592.200/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. 1) TIPICIDADE DA CONDUTA. 2) DOLO ESPECÍFICO PRESCINDÍVEL. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme se depreende de julgado da 3ª Seção desta Corte (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 31/8/2018), a falta de recolhimento aos cofres públicos de ICMS discriminado em nota fiscal de venda de produtos a consumidor final configura o delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, sendo certo que a declaração do ICMS devido ao Fisco não afasta a tipicidade.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do HC n.º 399.109/SC, firmou o entendimento de que o elemento subjetivo especial, no crime de apropriação indébita tributária (art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90), é prescindível, sendo suficiente para a configuração do crime a consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido (AgRg nos EREsp 1635341/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 26/10/2018).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.767.899/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.)

Todavia, ainda a propósito da tipicidade no tocante ao delito previsto no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/90, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica:

"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" (sem grifos no original.)

No caso dos autos, a conduta típica imputada ao Agravante restringe-se ao não recolhimento do ICMS relativo a **novembro de 2016**, conforme foi explicitado pela Corte de origem (fl. 159; sem grifos no original):

"No que tange à alegada atipicidade da conduta, é corrente dominante neste Tribunal de Justiça que todo o ICMS declarado pelo contribuinte foi efetivamente cobrado e recebido do consumidor final (contribuinte de fato), cabendo ao recorrente (contribuinte de direito) apenas o repasse do valor ao Fisco, o que não foi feito.

Logo, referida conduta se subsume ao tipo previsto no inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.127/1990, uma vez que, constituído o débito fiscal, o

Superior Tribunal de Justiça

acusado não quitou o valor devido correspondente ao ICMS, referente ao mês de novembro de 2016.

Portanto, **nos termos do atual entendimento do Pretório Excelso**, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ***ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês –***, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu.

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990). VIOLAÇÃO DO ART. 23, I, DO CP. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA DELITIVA (RHC N. 163.334). MOLDURA FÁTICA (EXTRAÍDA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA) QUE INDICA QUE A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECLARADO OCORREU POR POUCO PERÍODO DE TEMPO (QUATRO MESES), INEXISTINDO MENÇÃO À REITERAÇÃO SUBSEQUENTE. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO.

Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido para absolver a recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP." (REsp 1.852.129/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 26/06/2020.)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo regimental para, com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal, absolver o Agravante.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2020/0063833-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.867.109 / SC**
AgRg no
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082018002529423 09013276520188240038 0901327652018824003850001
82018002529423 9013276520188240038 901327652018824003850001

EM MESA

JULGADO: 25/08/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANDREI DIZ ACOSTA
ADVOGADOS : CRISTIAN RODOLFO WACKERHAGEN - SC015271
RAFAELA BUENO - SC047090
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANDREI DIZ ACOSTA
ADVOGADOS : CRISTIAN RODOLFO WACKERHAGEN - SC015271
RAFAELA BUENO - SC047090
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.