

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.865.750 - SC (2020/0056939-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **CARLOS CÉSAR MACHADO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial, concedendo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para obstar a execução provisória da pena (fls. 543-550).

O agravante alega que houve violação do princípio da colegialidade, que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, não devendo ser considerado o acórdão confirmatório da sentença como marco interruptivo, bem como que se trata de conduta atípica, por se tratar de mera inadimplência fiscal, sem fraude ou falsidade de informações, não tendo incidência a Súmula n. 83/STJ.

Requer a reconsideração da decisão ou sua submissão à Turma julgadora para o provimento do recurso, reconhecendo-se a prescrição ou a atipicidade da conduta.

Impugnação apresentada.

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.865.750 - SC (2020/0056939-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O agravante alega que houve violação do princípio da colegialidade, que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, não devendo ser considerado o acórdão confirmatório da sentença como marco interruptivo, bem como que se trata de conduta atípica por se tratar de mera inadimplência fiscal, sem fraude ou falsidade de informações, não tendo incidência a Súmula n. 83/STJ.

Inicialmente, importante mencionar que não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a previsão regimental para o ato bem como a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. Nesse sentido: AgRg no HC 535.856/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020; AgInt no AREsp 1520018/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020; AgRg no REsp 1814988/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; AgRg no REsp 1710052/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019.

Posto isso, trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (fls. 421-422):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITUOSA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90 C/C ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. REQUERIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. NÃO ACOLHIMENTO. PERÍODO TRANSCORRIDO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS QUE NÃO ULTRAPASSOU O LAPSO DE TRÊS ANOS LEGALMENTE PREVISTO. PREFACIAL RECHAÇADA.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E DE DOLO, ALÉM DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE QUE, NA QUALIDADE DE ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA, DEIXOU DE RECOLHER, NO PRAZO LEGAL, O TRIBUTO DEVIDO. EMPRESA QUE TEM O DEVER DE ARRECADAR DO CONTRIBUINTE DE FATO A QUANTIA MONETÁRIA EQUIVALENTE AO ICMS E, APÓS, REPASSA-LA AO FISCO. CRIMINALIZAÇÃO QUE NÃO SE ASSEMELHA À PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA, PORQUANTO A CONDUTA É PENALMENTE RELEVANTE. DECISÃO DA TERCEIRA SEÇÃO DO

Superior Tribunal de Justiça

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. VERBA ARBITRADA NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO N. 05/2019, DO CONSELHO DA MAGISTRATURA. ACOLHIMENTO DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA PARA REDUZIR A REPRIMENDA DE MULTA, UMA VEZ QUE A REGRA CONTIDA NO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL SOMENTE É APLICÁVEL AOS CONCURSOS MATERIAL E FORMAL. DE OFÍCIO, AFASTA-SE A CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO MÍNIMA DO DANO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. PLEITO NECESSÁRIO PARA ASSEGURAR O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. EXECUÇÃO DA PENA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AGRAVO REGIMENTAL EM "HABEAS CORPUS" N. 142.750/RJ) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 4010335-40.2018.8.24,0000). IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO, AFASTADA A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MÉRITO, PROVIDO APENAS PARA FIXAR A VERBA HONORÁRIA. DE OFÍCIO, ADEQUADOS OS DIAS MULTA E AFASTADA A CONDENAÇÃO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANOS.

Nas razões do especial, sustenta a defesa, em síntese, violação do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, uma vez que o recorrente *foi condenado criminalmente por mera inadimplência fiscal: não houve fraude, omissão ou falsidade de informações ao Estado* (fl. 477).

Assevera que *o não recolhimento de ICMS próprio, por si só, não caracteriza crime, em razão de não preencher a elementar do tributo "descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação" exigida pelo tipo penal do art. 2º, 11, da Lei 8.137/90* (fl. 478).

Sustenta, outrossim, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena aplicada, na modalidade intercorrente, pois, *até a presente data (após 4.10.2019) já decorreu prazo superior a 3 anos* (fl. 490).

Requer, em preliminar, o provimento do recurso especial para que seja declarada extinta a punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade intercorrente; no mérito, a absolvição do recorrente em razão da atipicidade da conduta (fl. 490).

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso.

Quanto à tese de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, vale dizer que, de fato, "Firmou-se no âmbito de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior o entendimento no sentido de que o acórdão que apenas confirma o decreto condenatório, como na hipótese, não constitui marco

Superior Tribunal de Justiça

interruptivo da prescrição" (AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 607.938/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento em plenário do HC 176.473/RR, passou a entender que somente há falar em prescrição diante da inércia do Estado, não fazendo o art. 117, IV, do Código Penal "distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão", o que constitui marco interruptivo da prescrição punitiva estatal.

Por tal motivo, a Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior passaram a adotar o referido entendimento, conforme se observa dos seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO DO JULGADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITOS MODIFICATIVOS.

2. É pacífico nesta Corte Superior que "o acórdão que apenas confirma a sentença de primeiro grau, sem decretar nova condenação por crime diverso, não configura marco interruptivo da prescrição, ainda que haja reforma considerável na dosimetria da pena" (AgRg no REsp 1.362.264/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 13/5/2015).

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 176.473, de Relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, pacificou novo posicionamento acerca do tema, fixando a premissa segundo a qual "[n]os termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1.º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta".

5. Necessidade de adequação da jurisprudência deste Tribunal ao entendimento firmado pela Suprema Corte, de modo que o acórdão que confirma a condenação seja considerado, também, marco interruptivo da prescrição.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para que seja afastada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva anteriormente reconhecida. (EDcl no AgRg no RHC 109.530/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 117 DO CÓDIGO PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO. MARCO INTERRUPTIVO CONFIGURADO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECURSO DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO PARA A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTADA. AGRAVO PROVIDO.

1. É certo que a jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o acórdão que apenas confirma o decreto condenatório não constitui marco interruptivo da prescrição.

2. Todavia, considerando-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o

Superior Tribunal de Justiça

juízo do HC 176.473/RR, de relatoria do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, concluindo que "somente há se falar em prescrição diante da inércia do Estado", de modo que o art. 117, IV, do Código Penal "não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão", constituindo marco interruptivo da prescrição punitiva estatal, o que foi acompanhado por outros 7 ministros, alcançando-se, pois, a maioria de votos no Supremo Tribunal Federal, deve ser reformada a decisão agravada para se adaptar ao novo entendimento.

3. Não transcorrido o lapso temporal de 4 anos, necessário à configuração da prescrição, entre os marcos interruptivos, considerando-se como tal a data da publicação do acórdão que julgou a apelação, não há falar em prescrição.

4. Agravo provido para dar provimento ao recurso especial, afastando-se a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal. (AgRg no REsp 1841975/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020.)

No caso, considerando-se que o recorrente foi condenado à pena definitiva em 7 meses e 6 dias de detenção (fl. 320), sendo que, nos termos do art. 109, VI, do CP, prescreve em 3 anos a pretensão punitiva estatal, bem como que o recebimento da denúncia deu-se em 26/5/2014 (fl. 248), a sentença condenatória foi publicada em 26/9/2016 (fl. 322) e o acórdão que julgou a apelação foi proferido em 13/8/2019 (fl. 420), não houve o transcurso do lapso temporal de 3 anos, pelo que fica afastada a prescrição da pretensão punitiva.

De outro lado, quanto à tese de violação do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, a aventada atipicidade da conduta praticada pelo recorrente foi afastada pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (fls. 427-434):

[...] A materialidade, embora não impugnada, está devidamente comprovada por intermédio das Notificações Fiscais de fls. 51 e 162 e DIMEs de fls. 52-60 e 163-165, documentos que confirmam a existência do crédito tributário declarado e não pago pelo Apelante.

A autoria, por sua vez, restou demonstrada pelas Alterações Consolidadas do Contrato Social (fls. 65-115), as quais comprovam que o Apelante era, na época dos fatos, o sócio-administrador da empresa Barcelona Têxtil Ltda Me.

A Denúncia descreve a conduta do Recorrente como consistente em não repassar ao Estado aquilo que lhe é devido por força de lei, mormente nas hipóteses dos tributos indiretos (como é o caso do ICMS), quando o real pagador é o consumidor final, figurando o sujeito passivo da obrigação como mero intermediário.

Segundo dispõe o art. 11 da Lei n. 8137/90. "Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Portanto, constando no contrato social como sócio administrador e não existindo qualquer prova que afasta a presunção de veracidade, tem-se que o Apelante era, na época dos fatos, o responsável pelo pagamento de impostos da pessoa jurídica, sendo, assim, o autor do delito em questão.

[...]

Portanto, constando no contrato social como sócio administrador e não existindo qualquer prova que afasta a presunção de veracidade, tem-se que o Apelante era, na

Superior Tribunal de Justiça

época dos fatos, o responsável pelo pagamento de impostos da pessoa jurídica, sendo, assim, o autor do delito em questão.

E cediço que o Direito Penal deve ser utilizado apenas para proteger os bens jurídicos que possuam grande relevância social e que a ofensa a valores seja efetiva e real. Além do que, o Direito Penal possui função subsidiária, quer dizer, deve ser utilizado como último recurso.

Todavia, na hipótese, o objeto jurídico do tipo em comento não se limita apenas à arrecadação de tributos, mas também possibilitar que o Estado cumpra sua prestações públicas.

Assim, a dívida proveniente do não pagamento de tributos opõe-se à efetiva efetividade da Administração Pública, ameaçando o equilíbrio financeiro do Governo e colocando em risco o cumprimento das funções inerentes à gestão pública.

[...]

No caso, o Apelante deixou de efetuar o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, locupletando-se ilicitamente de valores efetivamente cobrados dos consumidores finais, em prejuízo do Estado de Santa Catarina, conduta que subsume ao tipo previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

Ademais, restou caracterizado o dolo do Insurgente, pois ele, de forma consciente, arrecadou o tributo de terceiros (contribuintes de fato), mas não o repassou ao Estado, o que é suficiente à deflagração da ação penal.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, vale ressaltar que "[...] "O crime tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 é delito formal, acerca do qual não se exige dolo específico e fim naturalístico, consumando-se com a mera ausência de repasse do tributo aos cofres públicos" (TJSC, Des. Salete Silva Sommariva)" (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.038662-1, de Joinville, rei. Des. Getúlio Corrêa, j. 21-07-2015).

Portanto, não é o caso de atipicidade da conduta, uma vez que demonstrada a sua adequação aos atos pormenorizados na descrição do tipo.

Isso porque o ICMS é um tributo considerado não-cumulativo e que incide em toda operação de compra e venda mercantil e o seu recolhimento se dá quando da aquisição de mercadorias e serviços por parte do consumidor final. Portanto, o comerciante recolhe previamente o tributo, para, só então, repassar ao Fisco. O que ocorre, na verdade, é que ele, quando vende a mercadoria ou presta o serviço, cobra o imposto diretamente do adquirente do bem, que pode ser outro comerciante ou o próprio consumidor final.

Na hipótese, esse repasse não ocorreu, muito embora o Recorrente tenha escriturado as operações mercantis nas DIME'S, indicando o valor do ICMS a ser recolhido.

Em que pese a existência de julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da atipicidade da conduta em relação ao recolhimento de ICMS "próprio", inclusive apontado pela Defesa, verifica-se que o entendimento foi pacificado pela Terceira Seção da Corte, em sentido contrário, ou seja, de que o não recolhimento do ICMS próprio configura, sim, a conduta tipificada no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90.

Nesse norte, a Terceira Seção da Corte Superior decidiu, no HC 399.109/SC, de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018:

[...]

Assim, vê-se claramente que o não recolhimento do ICMS é passível de sanção penal, prevista na Lei 8.137/90, por ser conduta lesiva ao erário e, por consequência, a toda a sociedade.

Superior Tribunal de Justiça

Diante disso, o crime mostra-se configurado, na medida em que o Apelante, conscientemente, arrecadou os tributos de terceiros (contribuintes de fato), mas não o repassou ao Estado, o que afasta a alegação de que estava, a empresa, passando por dificuldades financeiras, devendo ser mantida a condenação. [...]

No caso, as instâncias de origem decidiram tratar-se e conduta tipificada no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, pois o réu deixou de entregar ao fisco, apesar de devidamente escriturado, o valor de ICMS cobrado do consumidor nas vendas realizadas no interior do estabelecimento comercial no período de julho, agosto e outubro de 2011, condenando-o a 7 meses e 6 dias de detenção, em regime aberto, além do pagamento de 30 dias-multa, substituída por restritivas de direitos.

Com efeito, no julgamento do HC 399.109/SC, pacificou-se a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a ausência de recolhimento do ICMS em operações próprias configura o delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, não sendo necessária a comprovação do dolo específico, *in verbis*:

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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.)

Conduto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 163.334/SC, em 18/12/2019, passou a considerar, para a incidência do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, a demonstração da contumácia delitiva e o dolo de apropriação, nos seguintes termos:

[...] 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.[...]

No caso, como demonstrado, o recorrente foi condenado por deixar de recolher o tributo por três meses, nos meses de julho, agosto e outubro de 2011, inexistindo referência a ser agente contumaz ou sobre a existência de processo administrativo fiscal para apurar apropriação em períodos posteriores a esse lapso temporal, devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta. Nesse sentido vem decidindo a Sexta Turma desta Corte Superior:

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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. (AgRg no REsp 1.867.109/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020.)

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, voto por dar provimento ao agravo regimental para absolver o

Superior Tribunal de Justiça

recorrente nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

