



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.189 - GO (2017/0175341-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SÔNIA SILVEIRA BRAGA**
AGRAVADO : **MARINHO PEREIRA BRAGA**
ADVOGADO : **ERLANE MARQUES E OUTRO(S) - GO030957**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

EMENTA

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA. ICMS DECLARADO PELA PRÓPRIA EMPRESA. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Aquele que declara o ICMS devido pela própria empresa, porém deixa de recolher os valores aos cofres públicos, e cujo inadimplemento foi descoberto quando da análise dos lançamentos realizados nos livros fiscais, não incide na figura típica do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, porquanto o tipo penal exige o desconto ou a cobrança do imposto.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.189 - GO (2017/0175341-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SÔNIA SILVEIRA BRAGA**
AGRAVADO : **MARINHO PEREIRA BRAGA**
ADVOGADO : **ERLANE MARQUES E OUTRO(S) - GO030957**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão unipessoal desta Relatoria, que conheceu do agravo do Ministério Público do Estado de Goiás para não conhecer do seu recurso especial, por estar o entendimento proferido pelo Tribunal de origem quanto a atipicidade da conduta.

Alega o agravante, em síntese, que o não recolhimento do imposto devido implica em crime contra a ordem tributária.

Requer, ao final, o provimento do regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.189 - GO (2017/0175341-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta de que SÔNIA SILVEIRA BRAGA e MARINHO PEREIRA BRAGA foram denunciados pela prática da conduta descrita nos artigos 2º, inciso II c/c 8º, ambos da Lei n. 8.137/90, por 14 vezes, por terem, na qualidade de sócios e administradores da empresa Unidrogas Indústria e Comércio de medicamentos Ltda., deixado de recolher valores correspondentes ao ICMS cobrado de terceiros.

A imputação foi julgada procedente, condenando-os a 1 ano de detenção, substituída por uma restritiva de direito, e 375 dias-multa.

A sentença foi reformada em apelação para absolvê-los, ante a atipicidade da conduta.

Interposto recurso especial pela acusação, alegou-se violação do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, diante da tipicidade do conduta praticada, porquanto cobrado o seu valor do contribuinte mas não recolhido ao cofre público.

Inadmitido pelo Juízo Prévio de Admissibilidade, foi apresentado o correspondente agravo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo seu acolhimento.

Por decisão monocrática desta Relatoria, se conheceu do agravo para não conhecer o recurso especial, por estar o entendimento proferido pelo Tribunal de origem quanto a atipicidade da conduta.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Ao analisar a conduta praticada pelos acusados, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Consoante o artigo 121, incisos I e II do Código Tributário Nacional o sujeito passivo da obrigação tributária é aquele a quem se impõe o pagamento do tributo, que se dividem em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"contribuinte" e "responsável tributário", sendo que o primeiro tem relação direta com o fato gerador e, o segundo, apesar de não estar diretamente ligado ao fato gerador, tem grande proximidade, razão pela qual a lei pode determinar que ele pague o tributo, em permuta ao contribuinte.

Em sendo assim, **o substituto tributário** se encaixa nas sanções previstas no artigo 2º, inciso II da Lei 8.137/90, seja porque desconta ICMS de um fato gerador já ocorrido ou porque cobra o ICMS de uma futura hipótese de incidência tributária, caso não recolha atempadamente o montante do qual se apropriou por força de uma relação jurídica tributária alheia à sua atuação direta, sendo considerado infiel depositário, diante da apropriação indevida do valor sonogado a título de imposto.

Lado outro, **ao contribuinte propriamente dito (empresário) não incide o tipo penal em tela**, em razão de não cobrar do consumidor o valor do tributo (ICMS), mas, tão somente lhe repassa o ônus financeiro do produto final, ou seja, os dispêndios da cadeia produtiva (insumo, matéria-prima...). Por certo, o "empresário", sujeito passivo direto da obrigação tributária, deve apurar, declarar e recolher o ICMS, decorrente de **sua própria circulação de mercadorias**.

In casu, o auditor fiscal Olímpio de Oliveira Júnior, ouvido em audiência (fl. 301), afirmou que o Fisco detectou que os denunciados estavam omissos no pagamento de ICMS, através do relatório comparativo escrituração fiscal digital com o SARE, sendo o primeiro uma declaração onde contém informações relativas à apuração mensal do ICMS e o segundo é um sistema onde constam as arrecadações (pagamento integral, parcial ou nenhum pagamento). Aduziu que o relatório comparativo evidenciou as omissões mensais do contribuinte, sendo elaborados os autos de infração, **e que o ICMS devido é próprio da empresa**.

Feitas estas observações, conclui-se que, **no presente caso, não se trata de substituição tributária**, vez que não foi transferida a obrigação de fazer retenção do imposto a terceiros, tampouco houve fraude para lograr o não pagamento, pois, consoante a exordial acusatória, bem como da análise dos documentos de prova juntada aos autos, fica patente que a conduta imputada aos apelantes foi de não recolher, no prazo e forma legal, o ICMS que haviam declarado ao fisco, em relação à atividade **própria da empresa** que representavam.

Portanto, reafirmo que no caso em exame, **não agiram os apelantes como substitutos tributários**, pois omitiram no recolhimento de **ICMS próprio e não de ICMS cobrado ou descontado, como exige o tipo legal em exame**.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, o não pagamento de ICMS, de valores devidamente lançados nos livros fiscais da empresa contribuinte trata-se de mera inadimplência. Daí, não há que se falar em crime contra a ordem tributária [...], de sorte que a absolvição por atipicidade da conduta é medida de caráter impositivo, nos termos do art. 386, inciso III (não constituir o fato infração penal), do Código de Processo Penal, ficando prejudicada a análise das demais teses defensivas. (g.n.)

Da leitura dos fragmentos transcritos, verifica-se que o acórdão recorrido se alinha ao entendimento assente por esta Corte Superior sobre a matéria, pois aquele que declara o ICMS devido, porém deixa de recolher os valores aos cofres públicos, não incide na figura típica do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, porquanto o tipo penal exige o desconto ou a cobrança do imposto.

No mesmo espectro:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.

*2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente **torna-se inadimplente de obrigação tributária própria**.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1632556/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/03/2017)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. [...]. REPASSE OBRIGATÓRIO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE ICMS AO FISCO, OS QUAIS SÃO ARCADOS PELO CONSUMIDOR FINAL. TIPIFICAÇÃO PELA OMISSÃO DE RECOLHIMENTO AO FISCO. [...]. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

*6. "O tipo penal em estudo, art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, **não se confunde com o mero inadimplemento**, uma vez que a conduta delitativa depende do fato de o tributo não repassado ter sido descontado ou cobrado do contribuinte. Nesse contexto, tem-se que **o crime em tela só pode ser praticado pelo substituto tributário**, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real." (HC 161.785/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/12/2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]
(RHC 78.628/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,
DJe 27/09/2017)

O acórdão fustigado encontra-se, portanto, em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0175341-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.138.189 /
GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01822015 02572346520158090175 1822015 201500209930 201500336871 201502572340
201592572340 25723465 2572346520158090175 5214102

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : SÔNIA SILVEIRA BRAGA
AGRAVADO : MARINHO PEREIRA BRAGA
ADVOGADO : ERLANE MARQUES E OUTRO(S) - GO030957

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SÔNIA SILVEIRA BRAGA
AGRAVADO : MARINHO PEREIRA BRAGA
ADVOGADO : ERLANE MARQUES E OUTRO(S) - GO030957
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.