AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.147 - GO (2018/0200310-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO	:	ANTONIO ARY MARTORELLI
ADVOGADO	:	ALEX SANDRO SOUSA FERREIRA - SP299432

DECISÃO

Trata-se de agravo de MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS – MPE contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS – TJGO.

Consta dos autos que o agravado, ANTONIO ARY MARTORELLI, foi condenado pela prática do delito tipificado no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal – CP, à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos (fls. 633/635).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram recurso de apelação. O apelo defensivo foi acolhido para absolver o agravado, na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal – CPP, ficando o apelo da acusação prejudicado (fl. 800). O acórdão ficou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL DUPLA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2°, II, DA LEI 8.137/90). IMPORTAÇÃO. ICMS PRÓPRIO REGULARMENTE DECLARADO AO FISCO. NÃO RECOLHIMENTO NO PRAZO LEGAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MERO INADIMPLEMENTO. RECURSO MINISTERIAL. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO MÍNIMA. PREJUDICADO.*
>
> *1 - Se os processados, na qualidade de contribuinte e não de responsável tributário, declararam todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, o fato de não recolher o tributo no prazo legal não configura o crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n° 8.137/90, mas mero inadimplemento da obrigação tributária, a ser perquirida na esfera cível via execução fiscal de modo que a absolvição se impõe (artigo 386, inciso III, do CPP).*
>
> *2 - Apelos conhecidos, provido o da defesa e prejudicado o da Ministério Público (fl. 812).*

Em sede de recurso especial, o MPE alegou violação ao artigo 2º, II, da

Lei n. 8.137/90, porque o Tribunal de origem entendeu como atípica a conduta de deixar de recolher valores de ICMS na qualidade de sujeito passivo da obrigação quando tais valores forem declarados à Fazenda Pública Estadual. O MPE afirma que o delito se configura com a conduta omissiva daquele que descontou do contribuinte o valor do tributo, mas deixou de recolher a referida importância aos cofres públicos.

Requereu o restabelecimento da condenação.

Contrarrazões (fls. 838/844).

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista o óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ (fls. 846/847).

Em agravo em recurso especial, o MPE refuta o referido óbice (fls. 855/862).

Sem contraminuta (fl. 866).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 875/877).

É o relatório. Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Sobre a violação ao ao artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90, o Tribunal de origem entendeu pela atipicidade da conduta do recorrido porque a empresa era contribuinte de fato e de direito, não havendo que se falar em desconto ou cobrança de imposto de terceiro, tratando-se de hipótese de mera inadimplência de tributo declarado, nos seguintes termos:

> *Em sendo assim, se a obrigação tributária delineada nos presentes autos pertence à própria empresa Marbor, gerenciada e administrada pelo acusado à época dos fatos, não há se falar em desconto ou cobrança de imposto de terceiro (consumidor), pois o contribuinte de fato (fato gerador) e de direito (sujeito passivo/devedor) é ela mesma (empresa Marbor), motivo pelo qual a tese apresentada nas razões de apelo deve ser acolhida, uma vez que a questão aqui tratada se prende apenas à responsabilidade tributária, de âmbito cível, a ser dirimida em execução fiscal, com fulcro na Lei n° 6.830/80. Vejamos o posicionamento do STJ a respeito do tema:*
>
> *[...]*
>
> *Feitas estas observações, acrescento que, no presente caso, alem de não se tratar de substituição tributária, tendo em vista que*

não há obrigação de fazer retenção de imposto de terceiros, o tributo foi regularmente lançado nos livros fiscais Declarações Periódicas de Informações - DPI, tendo, os apelantes, no entanto deixado de promover o devido recolhimento junto ao Fisco.

Inclusive, os auditores-fiscais da Receita Estadual, Antônio Santos Cavalcante e Joaquim de Moura Filho, testemunhas ouvidas em juízo, disseram que os denunciados, por ocasião do débito fiscal, não só confessaram sua existência, como lançaram tais dados nos livros competentes e, de posse destes, procuraram o Fisco para parcelamento da dívida, o que também afasta a tipicidade do delito sub judice (fls. 280 e 354). A jurisprudência do STJ tem decidido no mesmo sentido:

[...]

De idêntica forma, esta Corte já decidiu:

[...]

Diante disso, se os apelantes apenas declaram os valores devidamente lançados nos livros fiscais da empresa contribuinte, mas não há desconto ou cobrança do tributo formalmente realizada, tratando-se a conduta deles de mera, inadimplência, 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, do CPP, ficando prejudicada a análise das demais teses defensivas, assim como o primeiro recurso apelatório do Parquet.

Oportuno ressaltar, que para a pretensão de recebimento de valores fiscais, a Fazenda dispõe de procedimentos cíveis cabíveis, uma vez, após a autuação administrativa e a inscrição da dívida ativa, pode ser ajuizada, repito, a ação de execução fiscal.

Ante o exposto, desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, no verbo do Dr. Abrão Amisy Neto, conheço dos recursos e dou provimento ao da defesa, para absolver o acusado, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP, ficando prejudicado o apelo do Ministério Público (fls. 808/811).

Por seu turno, constou da sentença que a materialidade do delito evidencia que não foram recolhidos aos cofres públicos o valor de ICMS cobrado de terceiros em operações de circulação de mercadorias. Cito o trecho:

Verifica-se, ria hipótese dos autos, conforme comprovado tanto pela prova documental como pela prova colhida em audiência, que Hugo Augustin (já falecido) e Antônio Ary Martorelli, enquanto sócios e administradores da empresa j "Marbor Comercial de Máquinas Lida"., agindo em continuidade delitiva, deixaram de recolher aos cofres públicos, dentro do prazo fixado pela legislação tributária, o valor do ICMS cobrado de terceiros, relativo às operações de circulação de mercadorias realizadas pela referida empresa, por 08 (oito) vezes durante os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto

e de setembro de 2011, lesando a Fazenda Pública Estadual na importância "de R$ 640.865,39 (seiscentos e quarenta mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e nove centavos), conforme atestam os autos de infração n° 4.02.11.000073.20, 4.02.11.000457.60, 4.02.11.000462.28, 4.02.11.000657.96 (fls. 17, 33, 39 e 43) (fl. 623).

Assim, não há que se falar em atipicidade da conduta (art. 386, III, do CPP), pois, conforme recente julgado da 3ª Seção desta Corte, a cobrança de ICMS discriminado na nota fiscal de venda de produtos a consumidor final e a sua declaração ao Fisco, sem o respectivo recolhimento, não afastam a tipicidade do delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90:

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 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 ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 31/08/2018).

Ante o exposto, admito o agravo em recurso especial e, com fundamento na Súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a tipicidade da conduta, restabelecer a sentença condenatória e determinar a análise das teses recursais consideradas prejudicadas.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator