



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2.219.990/SC

REGISTRADO: MINISTRO VICE-PRESIDENTE DO STJ
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO: JOCEMIR ADEMIR DA VEIGA
ADVOGADA: YASMIN CONDÉ ARRIGHI
MEMORIAL AGEP-STF/PGR N° 309894/2023

MEMORIAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO DE APROPRIAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. DENSIDADE CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LEGALIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL. INDICAÇÃO.

1. Recurso extraordinário em que se discute a **necessidade de dolo específico para a tipificação da conduta prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.**
2. Quando do juízo de admissibilidade, é facultado ao Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça selecionar recurso como representativo de controvérsia constitucional e remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 1.030, IV e V, do Código de Processo Civil.
3. A matéria transcende o interesse subjetivo das partes e possui relevância do ponto de vista social, político e jurídico, tendo em vista que envolve



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

multiplicidade de casos e a necessidade de se garantir a uniformidade na aplicação e caracterização do tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

4. O tema revela importância para a sua pacificação no rito de formação de precedentes vinculantes, tendo em conta os impactos sobre múltiplas relações jurídicas no país, especialmente sobre os cofres públicos estaduais, refletidas em debates sobre a questão em diversos tribunais.

– Memorial pela indicação do recurso como representativo da controvérsia, a fim de que seja reconhecida a repercussão geral da matéria.

**Excelentíssimo Senhor Ministro Vice-Presidente do Superior
Tribunal de Justiça,**

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) em face de acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça desproveu o agravo regimental, mantendo a decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial a fim de absolver o recorrido da condenação pelo crime de apropriação do ICMS próprio (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90) diante da inexistência de comprovação do dolo específico de apropriação.

Na origem, o MPSC ofereceu denúncia contra Jocimar Ademir da Veiga pelo cometimento dos crimes previstos no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, combinado com o art. 71, *caput*, do Código Penal. Ao final da instrução



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

processual, o juízo de primeiro grau condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade e ao pagamento de multa, substituída por pena restritiva de direitos.

Desprovido o recurso de apelação pelo Tribunal estadual, seguiu-se a interposição dos recursos especial e extraordinário. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão monocrática, que deu provimento ao recurso especial, em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/1990. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PRÓPRIO DECLARADO. DOLO DE APROPRIAÇÃO NÃO CONSTATADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRETENSÃO DE RESTABELECER A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO RHC 163.334/SC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "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" (RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020). 2. Inexistindo demonstração, no acórdão recorrido, do dolo de apropriação, é inviável o restabelecimento da condenação. 3. Agravo regimental desprovido.

Os embargos de declaração opostos para o fim de que a questão fosse analisada sob a ótica constitucional foram rejeitados.

Daí o recurso extraordinário interposto pelo MPSC, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, em que se alega a ofensa aos arts. 2º e 5º, II e XXXIX, do texto constitucional.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Nas suas razões, afirma a relevância jurídica da controvérsia, tendo em conta a importância de se definir se, à luz dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, exige-se a comprovação de dolo específico de apropriação na apuração da prática do crime de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

Defende que *“por opção do legislador, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial para caracterização do crime em estudo. E não pode o Poder Judiciário imiscuir-se na função legiferante para incluir elementar não prevista no tipo penal”*.

Aponta que o elemento subjetivo exigido para a caracterização da infração penal prevista no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/90 é o dolo genérico de apropriação, consubstanciado na *“consciência de deixar de repassar aos cofres públicos, no prazo legal, o valor do tributo cobrado de terceiro, apropriando-se de quantia que não lhe pertence”*.

Sustenta que o dolo genérico de apropriação, como elemento subjetivo, coaduna-se com o voto proferido pelo Min. Roberto Barroso no julgamento do RHC 163.334/SC, ao afirmar que o elemento subjetivo do tipo assume a forma de dolo de apropriação, *“a intenção de efetivamente tomar para si os valores do ICMS auferidos do adquirente da mercadoria ou do serviço”*.

Pontua, por fim, entendimento firmado pela Terceira Seção da Corte Superior no julgamento do HC 399.109/SC em que a configuração do crime de apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90) perpassa pela



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

“conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido”, sendo prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

Sem contrarrazões, o recurso extraordinário foi distribuído a Vossa Excelência, para análise de sua admissibilidade.

Nesta oportunidade, a Procuradoria-Geral da República apresenta memoriais visando à indicação do recurso ao Supremo Tribunal Federal, por essa Vice-Presidência, como representativo da controvérsia do tema já referido, nos moldes do art. 1.030, IV e V, do Código de Processo Civil.

A questão constitucional foi amplamente debatida durante o julgamento do agravo regimental pela Quinta Turma, que, ao decidir pela necessidade de comprovação de dolo específico de apropriação nos crimes de apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90), tratou de hipótese não prevista em lei, em inobservância ao texto constitucional. Também foi oportunizado o debate constitucional em sede de embargos de declaração (art. 1.025 do CPC). A matéria, portanto, está devidamente prequestionada.

Também inexistente revolvimento do conjunto fático-probatório, por se tratar de questão eminentemente jurídica, que consiste na constitucionalidade da exigência de elemento subjetivo não previsto no tipo penal.

Assim, o recurso se apresenta plenamente admissível, uma vez que foram observados os requisitos gerais de admissibilidade, estando em



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

condições de ser selecionado como representativo da controvérsia constitucional (art. 1.030, IV, do CPC) por conter abrangente argumentação e discussão a respeito do tema em debate (art. 1.036, § 6º do CPC).

Além disso, a matéria tem nítida densidade constitucional e apresenta relevância do ponto de vista social, político e jurídico, envolvendo a análise da exigência de elemento subjetivo não previsto no tipo penal.

Estão em jogo os princípios da separação dos Poderes e da legalidade (reserva legal), diante da necessidade de se garantir a uniformidade na aplicação e caracterização do tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

Destaca-se, também, a densidade sociopolítica e a litigiosidade da matéria, que atinge múltiplas relações jurídicas, mostrando-se recomendável que a Suprema Corte analise o ponto em discussão, fixando orientação vinculante e *erga omnes*, ante os reflexos do tema nos âmbitos político, social e jurídico, sobretudo em razão da jurisprudência que vem se firmando naquela Corte.

Nesse contexto, a repercussão geral da matéria identifica-se no fato de que vários casos envolvendo o tema em debate tramitam hoje nas Cortes do país, com decisões que muitas vezes conflitam com a tese firmada pela Suprema Corte no RHC 163.334/SC, causando prejuízo aos cofres públicos estaduais.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ao ser indicado o presente feito como representativo da controvérsia, será possível conferir segurança jurídica ao tema em debate, alinhando-se com as metas de construir instituições eficazes e promover o Estado de Direito, nos termos do que preceitua a ODS 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas.

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, a indicação do presente recurso como representativo da controvérsia, a fim de que o tema em debate seja analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

[GB]