HABEAS CORPUS Nº 496.009 - SC (2019/0060384-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VALDEMAR KAVILHUKA

DECISÃO

VALDEMAR KAVILHUKA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 0906324-62.2016.8.24.0038.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à 10 meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Neste *writ*, o impetrante alega atipicidade da conduta, ao fundamento de que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o não recolhimento de ICMS não caracteriza crime, em razão de não preencher a elementar do tributo "descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação' (Lei n. 8.137/90, art. 2º, II). É dizer, não há tipicidade formal no caso do não recolhimento de ICMS próprio, na medida em que anão há substituição tributária, mas sujeição passiva tributária direta da pessoa jurídica" (fl. 6).

Aponta, ainda, que a reprimenda privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos sem fundamentação idônea.

Requer, diante disso, a absolvição do paciente, por atipicidade da conduta, e subsidiariamente, a substituição da reprimenda privativa de liberdade por uma de multa.

Ouvido, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Domingos Sávio Dresch da Silveira, pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja

impedido o imediato cumprimento da pena.

Decido.

A questão ora debatida foi enfrentada e pacificada no âmbito deste Tribunal Superior, **pela Terceira Seção**, por ocasião do julgamento do **HC n. 399.109/SC**.

Na oportunidade, firmou-se a compreensão de que, para a configuração do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, nos casos em que não há o repasse de ICMS ao Fisco – o qual prescinde da diferenciação entre imposto próprio ou por substituição tributária –, 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**.

Além disso, destacou-se que o sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, que "desconta" ou "cobra" o tributo ou contribuição, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. **Exige-se, nesse contexto, que a conduta seja dolosa (elemento subjetivo geral do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher ao Fisco o valor do tributo devido**.

Eis a ementa do referido julgado:

> [...]
> 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 n. 399.109/SC**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 3ª S., DJe 31/08/2018).

Na espécie, relativamente à existência de possível causa excludente, destacou o Magistrado de primeiro grau (fls. 150-152):

> O acusado justificou a falta de recolhimento do tributo ao argumento de que a empresa passou por intempéries financeiras, decorrentes de dívidas antigas, inadimplência de clientes, furto de um veículo utilizado na empresa, além de empréstimos contraídos a juros altos, obrigando-o a destinar todo o faturamento para a quitação destas e de outras despesas, sob pena de paralisia total das atividades. Esse, a meu ver, o ponto principal da discussão.
> [...]

> No caso dos autos, a argumentação defensiva está desprovida de elementos probatórios mínimos acerca da alegada crise.
> Nenhum balanço contábil. Nenhuma certidão de protesto. Nenhum registro de cobrança de dívida. Nenhuma ação trabalhista. Enfim, nada há para subsidiar a tese defensiva, ponderando que "em sede de crimes contra a ordem tributária, a fragilizada situação financeira da pessoa jurídica não é motivo, por si só, para a exclusão do delito, notadamente quando nenhuma prova foi produzida a esse respeito" (ACr. nº 2010.010235-0, Des. Roberto Lucas Pacheco).
> Aliás, finalizada a instrução probatória, transparece da reiteração de condutas (o acusado responde a outras ações penais por crimes de mesma natureza - n.º 0904704-78.2017, 0900685-92.2018, 0904141-89.2014, 0910563-80.2014 e 0900834-93.2015) que a empresa encontrou na apropriação de créditos tributários a solução para manutenção de suas atividades, ou seja, passou a usar o dinheiro do Estado (ICMS) para custear os insumos básicos, o que não se coaduna – pela perda do caráter excepcional da omissiva típica – com a causa de exclusão de culpabilidade.

No ponto, salientou o Tribunal de origem (fl. 222):

> Assim, restando devidamente comprovado o dolo na conduta do agente, impossível acolher o pleito defensivo.
> 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 esta vendeu o produto e gerou a obrigação.

Não há como infirmar, em sede mandamental, tais constatações feitas pelas instâncias ordinárias.

No que tange à pena restritiva imposta, não há como pretender a sua modificação diante do quadro delineado. Deveras, a imposição da limitação de fim de semana se coaduna com a própria

argumentação defensiva feita na origem, qual seja: o paciente estaria com dificuldades financeiras.

A pretensão de substituição por multa, nessa perspectiva, contradiz a narrativa externada perante as instâncias ordinárias. Embora a configuração da excludente exija a demonstração inequívoca de inexigibilidade de conduta diversa, isso não exclui a existência de fragilidade financeira que, malgrado não justifique a exclusão do crime, justifica a sanção substitutiva imposta.

À vista do exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **denego a ordem.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**