HABEAS CORPUS Nº 475.673 - SC (2018/0281241-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA MAURICIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO - MG151889
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	NELSON PEDRO WANZUITA (PRESO)

DECISÃO

NELSON PEDRO WANZUITA alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 0903029-51.2015.8.24.0038.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 7 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 "não há tipicidade formal no caso do não recolhimento de ICMS próprio, na medida em que não há substituição tributária, mas sujeição passiva tributária direta da pessoa jurídica" (fl. 8).

Aponta, ainda, que a pena 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 denegação da ordem.

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 (fl. 120):

> A defesa técnica justificou a falta de recolhimento do ICMS argumentando que a empresa sofreu com dificuldades financeiras, obrigando o acusado a destinar todo o faturamento para a quitação de despesas com fornecedores e empregados, sob pena de paralisia das atividades.
> Esse, a meu ver, o ponto principal da discussão.
> Não seria justo admitir a existência do crime quando a falta do recolhimento decorrer de circunstância extraordinária levando o sujeito passivo da obrigação tributária à impossibilidade, insuperável, de efetuar o repasse.
> [..]

> Tornando ao caso concreto, a argumentação defensiva está desprovida de elementos probatórios seguros em torno 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).
> A propósito, transparece da reiteração de condutas (o acusado responde a outras ações penais por crimes tributários – 0044343-85, 0908277-32, 0014215-67, 0910447-44 e 0014215-67 – fls. 46/48), que a empresa (sem capital de giro e sem crédito) encontrou na apropriação tributária a solução para manutenção de suas atividades, ou seja, passou a utilizar constantemente o dinheiro que recebia a título de ICMS para custear insumos básicos (fornecedores, folha de pagamento...), o que não se coaduna - pela perda do caráter de exceção - com a causa de exclusão de culpabilidade.

No ponto, salientou o Tribunal de origem: "tão somente comprova que o apelante utilizou-se de valores que não lhe pertenciam para sustentar a sua empresa" (fl. 234).

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**