

Superior Tribunal de Justiça

PROCURADOR : JORGE HAROLDO MARTINS E OUTRO(S) -
PR056169

INTERES. : ESTADO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : MÁRCIA MARIA MACÊDO FRANCO E OUTRO(S) -
A PI002802

INTERES. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - "AMICUS
CURIAE"

PROCURADOR : CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS E
OUTRO(S) - DF048750

INTERES. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - "AMICUS
CURIAE"

PROCURADOR : LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) -
RS049394

INTERES. : ESTADO DE RONDÔNIA - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : EDER LUIZ GUARNIERI E OUTRO(S) - RO000398B

INTERES. : ESTADO DE RORAIMA - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : VANESSA ALVES FREITAS E OUTRO(S) - DF050750

INTERES. : ESTADO DE SERGIPE - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA E OUTRO(S) -
SE000423A

INTERES. : ESTADO DO TOCANTINS - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : FREDERICO CÉZAR ABINADER DUTRA E
OUTRO(S) - TO004098B

INTERES. : DISTRITO FEDERAL - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S) -
A DF013907

DECISÃO

██████████████████████ interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, que negou provimento à apelação (Apelação Criminal n. 2015.043749-2), na qual se pretendia o reconhecimento de inépcia da denúncia, a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 ou a absolvição pela inexistência de dolo na prática do delito.

Em suas razões, reitera a defesa do acusado – condenado ao cumprimento de 8 meses de detenção mais 13 dias-multa, convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 – que a denúncia é inepta, porquanto se baseia,

Superior Tribunal de Justiça

tão-somente, na condição do réu de sócio da empresa, sem que haja estabelecido vínculo entre ele e o crime cometido, **além de não haver sido configurado o dolo de se apropriar do tributo devido, haja vista que "todas as informações para o fisco foram fornecidas pelo recorrente, e inclusive o valor devido foi retirado da declaração DIMEs"** (fl. 214, grifei).

Afirma, diante disso, que a Lei n. 8.137/1990 admite somente a modalidade dolosa e que, "embora se tratando de crime omissivo próprio, não se esgota somente no 'deixar de recolher', isto significando que, além da existência do débito, haverá a peça acusatória de demonstrar a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução, já que o agente 'podia e devia' realizar o reconhecimento" (fl. 215). Assim, **a conduta se traduz, sem comprovação do dolo, em simples inadimplemento**, até porque o recorrente "deixou de pagar o imposto ante a falta de produção para a indústria automobilística, perda de faturamento gigantesca e que preferiu efetuar o pagamento de seus funcionários" (fl. 210).

Nesse caso, requer a defesa, preliminarmente, seja reconhecida a inépcia da denúncia, ante a falta de descrição individual da conduta ilícita do recorrente, que apenas figura no polo passivo da presente demanda em razão de ser sócio da empresa (fl. 217), e, caso não acolhida essa alegação, seja reconhecida a atipicidade da conduta pela inexistência de dolo, com sua consequente absolvição.

Contrarrazoado (fls. 288-298) e admitido o recurso especial (fls. 300-303), foram os autos ao Ministério Público Federal, que, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Carlos Frederico Santos, se manifestou pelo seu conhecimento parcial e, nessa extensão, pelo seu não provimento.

Em 3/5/2017, com base no art. 127 do RISTJ, submeti questão de ordem à Sexta Turma, pela qual propus o julgamento deste feito perante esta Terceira Seção, a fim de prevenir e uniformizar o entendimento de ambas as Turmas sobre o tema. Todavia, por decisão do colegiado, este recurso foi desafetado.

Decido.

A despeito dos argumentos expostos pela defesa, ressalto que a questão foi enfrentada e pacificada no âmbito deste Tribunal Superior, **pela Terceira Seção**, na ocasião do julgamento do **HC n. 399.109/SC**, efetivado em 22/8/2018 (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 31/08/2018) no qual

se firmou 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 configuração 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, em tal hipótese, 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.

Na espécie, o recorrente foi condenado, por apropriação indébita tributária, à pena de 8 meses de detenção, em regime aberto, e multa, substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Todos os aspectos constitutivos do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 foram devidamente analisados na origem, merecendo destaque o seguinte: **não houve o recolhimento do tributo por meses seguidos (de junho até outubro de 2012)**, sendo que o próprio recorrente reconheceu que **utilizou o valor do tributo retido e não recolhido para incremento da própria empresa**, sendo certo que nada subsidia a tese defensiva acerca da crise financeira, como destacou o Magistrado de primeiro grau (fl. 137):

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).

Assim, **o recorrente deixou de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ICMS) "cobrado" do adquirente da cadeia de consumo e que deveria recolher aos cofres públicos** – registre-se que a empresa tinha como objeto o

Superior Tribunal de Justiça

"comércio atacadista de dispositivos de controle, instrumentos e equipamentos de medida" (cláusula 3ª do Contrato Social, à fl. 27), isto é, vendia o produto para outras empresas ou comerciantes, das quais obtinha o reembolso do valor do encargo tributário, independentemente de ser tal valor oriundo do ICMS de operações próprias (por se tratar de tributo indireto, há a repercussão econômica *ab initio*).

Inferre-se, de tais fatos, também, **que o dolo de se apropriar**, reconhecido pelas instâncias ordinárias, **é perceptível no caso, sem a necessidade de nenhum reexame de provas**, porquanto o recorrente, além de utilizar de maneira consciente o valor do encargo tributário já reembolsado pelo adquirente da cadeia de consumo como investimento durante meses seguidos, **ainda responde a outra ação penal pelo mesmo delito**, o que demonstra ciência prévia do procedimento ilícito, consoante se depreende deste trecho da sentença (fl. 137):

Aliás, finalizada a instrução probatória, transpareço da reiteração de condutas (o acusado é alvo de outra ação criminal por omissão idêntica - ação penal nº 0900082-24.2015) e até do que disse o réu na audiência, 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.

Por fim, a denúncia não é inepta, porque, **além de citar a condição de sócio do réu**, descreve que ele seria o **único administrador da empresa Gonçalves Centro Metrológico Ltda. ME**. Destacou o acórdão, nesse particular, que "o próprio acusado, em seu interrogatório, declarou ser sócio-administrador da empresa notificada, de modo a ser responsável pelos atos realizados durante sua gestão" (fl. 198), o que, aliás, é corroborado, como assinala o *decisum*, pelo contrato social à fl. 28.

Não se trata, portanto, de sociedade empresarial com diversos sócios-administradores, hipótese na qual é necessária não só a descrição desse fato na denúncia, mas também o estabelecimento de mínimo liame entre a atividade do sócio e a supressão do tributo, já que algum(ns) dele(s) pode(m) ter poder de administração sem nenhuma ingerência no recolhimento de tributo, o que não ocorre quando o administrador é único e, a *fortiori*, responsável por toda a gestão da empresa (v. g., **RHC n. 72.074/MG**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 19/10;2016; **RHC n. 69.958/SP**, Rel. Ministro

Superior Tribunal de Justiça

Nefi Cordeiro, DJe 23/8/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

