



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 569856 - SC (2020/0077438-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : JOSE EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO
ADVOGADO : JOSÉ EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO - SC045658
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : TIAGO DE BORBA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II DA LEI 8.137/90). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO A JUSTIFICAR A SUPERAÇÃO DO ÓBICE. AUSÊNCIA DE DOLO. DEVEDOR NÃO CONTUMAZ. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR 6 MESES ALTERNADOS. PACIENTE PRIMÁRIO. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

1. Há de se levar em consideração o dolo com a imprescindível consideração do elemento subjetivo especial de sonegar, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário com a intenção de não os recolher.

2. O dolo de não recolher o tributo, de maneira genérica, não seria suficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

3. No caso dos autos, o não pagamento do tributo por seis meses aleatórios não é circunstância suficiente para demonstrar a contumácia nem o dolo de apropriação. Ou seja, não se identifica, em tais condutas, haver sido a sonegação fiscal o recurso usado pelo empresário para financiar a continuidade da atividade em benefício próprio, em detrimento da arrecadação tributária. Ademais, trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de absolver o paciente das condutas atribuídas na Ação Penal n. 900065-85.2015.8.24.0038, em trâmite na Segunda Vara Criminal da comarca de Joinville.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Tiago de Borba** contra ato coator da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

de Santa Catarina, que, nos autos da Ação Penal n. 0900065-85.2015.8.24.0038, manteve a condenação do paciente pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 (fls. 16/56 - Apelação criminal n. 0900065-85.2015.8.24.0038).

Neste *writ*, sustenta a defesa constrangimento ilegal na condenação do paciente, em afronta ao julgamento do RHC n. 163.334 pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, defende que, *tendo em vista que há a manifestação TAXATIVA por parte do TJSC de que não houve comprovação do dolo de apropriação, imperioso se faz a concessão da ordem de habeas corpus para fim de absolver o paciente, com espeque no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal* (fl. 6).

Noutro ponto, assevera que, *diante de não constituir o paciente (ou sua empresa) a figura jurídica do DEVEDOR CONTUMAZ, evidenciada está a ilegalidade de sua condenação sendo imperiosa a concessão de ordem de habeas corpus para fins de que seja este absolvido, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal* (fl. 9).

Por fim, aduz que a exordial acusatória manejada pelo Ministério Público estadual violou o art. 41 do Código de Processo Penal e *precedente vinculante sobre o tema, a saber o RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 163.334* (fl. 9).

Requer, assim, a concessão liminar da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal, em razão da inépcia da denúncia, e seja determinado ao Tribunal de Santa Catarina que analise os requisitos exigidos para um édito condenatório pelo crime imputado; e, no mérito, *absolver o paciente, pelos fundamentos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, diante da ausência da demonstração de dolo de apropriação e devedor contumaz; determinar o trancamento da presente ação penal, em razão da completa inépcia da exordial acusatória; que seja anulado o acórdão atacado, a fim de que seja determinada a realização de um novo julgamento, a fim de que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina analise a presença do DOLO DE APROPRIAÇÃO e da figura do DEVEDOR CONTUMAZ* (fl. 15).

A liminar foi indeferida às fls. 600/602.

Informações prestadas às fls. 603/743.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem, à vista dos fundamentos sintetizados na seguinte ementa (fls. 745/746):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II DA LEI 8.137/90). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA DO HABEAS CORPUS. HIPÓTESE QUE NÃO SE VERIFICA NOS AUTOS. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS DA DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RÉU QUE EXERCEU O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. DOLO GENÉRICO. SUFICIÊNCIA. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À FIGURA TÍPICA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TESE FIRMADA PELO STF NO RHC 163.334/SC. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, NO CASO CONCRETO, O QUE CONFIGURA A CONTUMÁCIA DE NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS COBRADO DO ADQUIRENTE DE MERCADORIA OU SERVIÇO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* OU, SE CONHECIDO FOR, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

VOTO

Busca a impetração, em suma, a sua absolvição, por suposta ausência da demonstração de dolo de apropriação e de devedor contumaz, além de cogitar a inépcia da denúncia, bem como requerer a anulação do acórdão, com a consequente realização de um novo julgamento.

Tem-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, com o pagamento de 23 dias-multa, como incurso no art. art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 65, III, alínea *d*, e art. 71 do Código Penal. A defesa interpôs, então, Recursos Extraordinário e Especial, sendo ambos inadmitidos.

Em sequência, foi interposto o AREsp n. 171.9591/SC, e, em decisão de minha relatoria, não conheci do recurso, em sede de agravo regimental, e neguei provimento ao recurso, com trânsito em julgado em 14/10/2020.

Em consulta ao sistema do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tive a notícia de que houve o trânsito em julgado da condenação para o paciente em 16/11/2021.

Com o trânsito em julgado, este *writ* é sucedâneo de revisão criminal e, considerando que não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para o processamento do presente pedido.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre tantos outros: HC 529.507/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/9/2019; e HC n. 288.978/SP, da minha relatoria, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/5/2018.

A despeito do referido óbice, vislumbro constrangimento ilegal a justificar a sua superação e proceder a análise e estudo deste *writ*.

Da denúncia apresentada pelo Ministério Público estadual, extrai-se (fls. 59/60):

[...]

O denunciado, na condição de sócio administrador de 'SYSTEMPACK DO BRASIL INDÚSTRIA DE MÁQUINAS LTDA.', CNPJ n. 07.831.810/0001-39 e Inscrição Estadual n. 25.512.831-2, estabelecida na Rua Xavantes, n. 155, Galpão CG 42, Bairro Atiradores, em Joinville, deixou de efetuar, no prazo legal, o recolhimento de R\$ 250.040,16 (duzentos e cinquenta mil e quarenta reais e dezesseis centavos) a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS cobrado de consumidores, locupletando-se ilicitamente mediante este tipo de apropriação de valores e em prejuízo do Estado de Santa Catarina, conforme declarado pelo sujeito passivo da obrigação nas DIMES (Declarações do ICMS e do Movimento Econômico) dos meses de março, maio, julho, outubro e dezembro de 2012 e dezembro de 2013, documentos integrantes das Notificações: Fiscais n. 146030014420, de 26/02/2014, 136030533152, de 18/12/2013, e 146030006516, 03/02/2014.

Assim agindo, o denunciado infringiu o disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, por 6 (seis) vezes, na forma dos arts. 69 e 71 do Código Penal, de modo que se oferece a presente denúncia que, registrada e autuada, requer-se seja recebida, efetuando-se citação para que responda à acusação e demais atos processuais. Ademais, pleiteia-se sejam certificados os antecedentes criminais no Estado de Santa Catarina e perante a Justiça Federal, instruindo-se o feito com o cumprimento das demais formalidades legais até final condenação.

Em resumo, o paciente foi denunciado pelo crime do art. 2º, inc. II, da Lei 8.137/1990, por 6 (seis) vezes, na forma dos arts. 69 e 71 do Código Penal, visto que responsável pela administração da empresa, pela movimentação financeira e respectivo recolhimento de tributos.

Do acórdão da apelação, ora com trânsito em julgado, infere-se:

A autoria do delito resta incontroversa nos autos, ante a própria confissão do recorrente Tiago de Borba sob o crivo do contraditório (audiovisual de fls. 147).

Além disso, o contrato social (fls. 45-51) evidencia, ainda mais, a autoria delitiva, pois a prova documental demonstra que o apelante era proprietário e administrador da empresa Systempack do Brasil Indústria de Máquinas Ltda. Assim, não há falar em ausência de autoria do crime.

De outra parte, denota-se que a materialidade do delito está consubstanciada pelas notificações fiscais nº 146030014420, 136030533152 e 1460300006516 (fls. 5,8 e 25), que deram origem a presente ação penal.

A defesa aponta ausência do elemento subjetivo do tipo penal, por entender que, no caso concreto, não está presente a vontade de fazer próprio o dinheiro pertencente ao fisco, tratando a conduta de simples inadimplemento por dívida, porquanto o próprio Recorrente quem forneceu todas as informações para o Fisco.

Não tem sucesso a tese aventada pela defesa, já que o tipo penal em análise prescinde de dolo específico, sendo requisito tão somente o dolo genérico para que seja configurado. Dessa forma, pratica o crime de sonegação fiscal o agente que não repassa ao fisco o montante referente ao ICMS, vez que, como supra informado, o comerciante é mero depositário de valor suportado pelo consumidor.

Logo, independe da comprovação de intenção de recolher para si, quando a simples ausência de repasse é apta à configuração do crime.

Pois bem, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no RHC n. 163.334/SC e firmou o entendimento de que *o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.*

Nesta Corte, a questão foi pacificada pela Terceira Seção, por ocasião do julgamento do HC n. 399.109/SC, que consignou: *para a configuração do delito em apreço, 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 ilícito, visto que este não pressupõe a clandestinidade nem a fraude.*

Note-se que o sujeito ativo do crime é o sujeito passivo da obrigação, que, na hipótese do ICMS próprio, é o comerciante, 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 não tem importância no campo da tipicidade; por opção do legislador, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

In casu, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, concluíram que o paciente, na condição de proprietário e administrador da empresa Systempack do Brasil Indústria de Máquinas Ltda., deixou de efetuar, *no prazo legal, o recolhimento de R\$ 250.040,16 (duzentos e cinquenta mil e quarenta reais e dezesseis centavos) a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS cobrado de consumidores, locupletando-se ilicitamente mediante este tipo de apropriação de*

valores e em prejuízo do Estado de Santa Catarina, conforme declarado pelo sujeito passivo da obrigação nas DIMEs (Declarações do ICMS e do Movimento Econômico) dos meses de março, maio, julho, outubro e dezembro de 2012 e dezembro de 2013 (fl. 59).

A conduta acima descrita seria típica pelo seu aspecto formal. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de ser necessário, para a condenação, a **demonstração da contumácia e do dolo de apropriação, circunstâncias não identificáveis na espécie.**

Há de se levar em consideração o dolo com a imprescindível consideração do elemento subjetivo especial de sonegar, qual seja, a vontade de se apropriar dos valores retidos, omitindo o cumprimento do dever tributário com a intenção de não os recolher. O dolo de não recolher o tributo, de maneira genérica, não seria suficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. É necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do Fisco para materializar o elemento subjetivo especial do tipo em comento. Esse ânimo manifesta-se pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos e se exclui com a devida declaração da espécie tributária junto aos órgãos de administração fiscal. Na situação dos autos, inexistente imputação de fraude.

Repito, no caso dos autos, o não pagamento do tributo por seis meses aleatórios não é circunstância suficiente para demonstrar a contumácia nem o dolo de apropriação. Ou seja, não se identifica, em tais condutas, haver sido a sonegação fiscal o recurso usado pelo empresário para financiar a continuidade da atividade em benefício próprio, em detrimento da arrecadação tributária. Ademais, trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem de ofício**, a fim de absolver o paciente das condutas atribuídas na Ação Penal n. 900065-85.2015.8.24.0038, em trâmite na Segunda Vara Criminal da comarca de Joinville.