



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

PGR-MANIFESTAÇÃO- 328574/2018

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 163.334 – SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE. : ROBSON SCHUMACHER

RECTE. : VANDERLEIA SILVA RIBEIRO SCHUMACHER

1. O recorrente foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 2º, II, c/c o art. 11, *caput*, ambos da Lei nº 8.137/1990 (não recolheram aos cofres públicos os valores apurados e declarados de ICMS), mas o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Brusque/SC absolveu os réus, por atipicidade dos fatos narrados na denúncia (CPP, art. 397, III). Contudo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento ao apelo do Ministério Público e determinou o prosseguimento da ação penal.

2. Assim, perseguindo o restabelecimento da sentença que absolveu os recorrentes, foi impetrado o HC nº 399.109-SC no Superior Tribunal de Justiça, e a Sexta Turma, por unanimidade, em questão de ordem, afetou o julgamento do *writ* à 3ª Seção daquela Corte Superior, a qual, por maioria, denegou a ordem, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

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.

3. Por isso o recurso ordinário, no qual a defesa insiste, em suma, que a simples inadimplência fiscal, não caracteriza crime, pois não houve fraude, omissão ou falsidade de informações ao fisco; bem como atipicidade das condutas, pois o não recolhimento de ICMS próprio, por si só, não caracteriza crime, já que para a caracterização do crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, além do não recolhimento do tributo, adiciona-se conduta de fraude, omissão ou falsidade de informações ou, pelo menos, o descumprimento de alguma obrigação tributária acessória

4. Não assiste razão aos recorrentes.

5. Isso porque, conforme reiterada jurisprudência, o trancamento de inquéritos policiais ou de ações penais por ausência de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, só pode ser reconhecido se perceptíveis de plano: a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Tais hipóteses não ocorrem na espécie. Também, o *habeas corpus* não é a via processual adequada para a análise aprofundada do acervo probatório, o que é reservado, com exclusividade, às instâncias ordinárias.

6. No caso, como asseverado nas contrarrazões, o Superior Tribunal de Justiça "*firmou entendimento no sentido de que o não recolhimento de ICMS próprio também caracteriza o crime do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90; a expressão "cobrado" deve ser interpretada sob a ótica de acréscimo; possui significado semelhante a "receber", "pedir", "embolsar" ou "coletar"; abrange a situação de repasse do valor tributado ao adquirente da cadeia de consumo e que deveria recolher aos cofres públicos*".

7. E em caso similar já decidiu essa Suprema Corte (HC nº 162.940/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 09.10.2018):

Na espécie, em que pesem as alegações defensivas, não vislumbro nenhuma das hipóteses autorizadoras ao trancamento da ação penal pela via da ação mandamental constitucional, uma vez que a conduta narrada na exordial encontra-se tipificada na norma penal, com a presença do exigido “*suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas*” e não há causa extintiva de punibilidade.

Ademais, **a análise da conduta do acusado constitui matéria probatória que deve ser apreciada pelo juiz natural da causa no curso da ação penal, não se afigurando razoável, nesse momento processual, afastar de plano a responsabilidade dos pacientes.**

O acórdão ora atacado destacou, a propósito, que, “em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, comprovado o dolo, configura-se o crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990”, asseverando, na sequência, que “o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso, a Lei 8.137/1990, incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, na condição de substituto tributário” (pág. 17 do documento eletrônico 6).

Isso faz com que o trancamento da ação penal por ausência de justa causa somente ocorra em estrita atenção às hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal, o que, segundo me parece, não é o caso dos autos, mormente porque **a existência ou não de dolo, configurador do delito em questão, é exame inviável nesta via instrumental.**

A jurisprudência desta Corte, de resto, em diversas oportunidades, assentou o entendimento de que não se pode substituir o processo de conhecimento pela via excepcional do *habeas corpus*, o qual se presta, precipuamente, para afastar a manifesta violência ou coação ilegal ao direito de locomoção. Nesse sentido, entre outros, cito os seguintes precedentes: HC 85.636/PI, de relatoria do Ministro Carlos Velloso; HC 85.953/RS e HC 86.249/SP, de relatoria do Ministro Ayres Britto; HC 86.731/PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; RHC 86.534/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau; e HC 86.042/RS, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

No que concerne à alegada extinção da punibilidade decorrente do pagamento do débito fiscal objeto da ação penal, além de a matéria não ter sido examinada pelas Tribunais antecedentes, o que inviabiliza a sua análise por esta Suprema Corte, sob pena de supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal (HC 135.001 AgR/MS, Rel. Min. Edson Fachin; HC 136.452 ED/DF, Rel. Min. Rosa Weber; e RHC 136.311/RJ, de minha relatoria), é questão que também deve ser administrada pelo juiz natural da causa, pois é ele que possui plenas condições de avaliar os elementos demonstradores nesse sentido e, por consequência, dar a eles as consequências jurídicas que entender cabíveis.

Isso posto, nego seguimento ao *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF).

8. Esse o quadro, o Ministério Público Federal opina pelo não provimento.

Brasília, 06 de novembro de 2018

EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Tarcísio Burigo