



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 100.281 - SP
(2018/0165381-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GUSTAV GEORGSSON TROLIN
ADVOGADOS : FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627
GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM 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. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou entendimento 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.

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.

3. A demanda foi resolvida pelas instâncias ordinárias nos termos da recente e pacificada jurisprudência desta Corte Superior, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser reconhecido na presente via. Decisão impugnada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 100.281 - SP
(2018/0165381-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GUSTAV GEORGSSON TROLIN
ADVOGADOS : FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627
GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

GUSTAV GEORGSSON TROLIN agrava de decisão de minha relatoria de fls. 345-353.

Em suas razões, sustenta que sua conduta é atípica, porquanto "o que se verifica no presente caso é que todo o crédito devido a título de ICMS-ST foi regularmente declarado, o que evidencia a total despretensão da apropriação indébita ou de sonegação, haja vista não ter sido utilizado qualquer meio fraudulento para que [...] ficasse com tais valores (o que sequer foi cogitado pelo Ministério Público em sua denúncia)" (fl. 368).

Argumenta que "a investida do Ministério Público contra o Réu visa à responsabilidade penal por dívida tributária, algo que é inconcebível face ao princípio da dignidade da pessoa humana" (fl. 375).

Aduz que "o próprio regime de substituição tributária antecipada de ICMS é ilegítimo para efeito de se considerar a situação como crime, nada mais sendo que tributação majorada de operação própria" (fl. 376).

Defende que "a substituição tributária de ICMS é apenas uma situação de política fiscal, não podendo ensejar a constituição de nova figura criminosa em hipótese alguma, até porque cabe a cada Estado membro legislar sobre sua implementação" (fl. 397).

Requer o provimento do agravo a fim de que seja declarada a nulidade das decisões proferidas pela autoridade coatora e declarada a falta de justa causa para a ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 100.281 - SP
(2018/0165381-8)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM 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. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou entendimento 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.
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.
3. A demanda foi resolvida pelas instâncias ordinárias nos termos da recente e pacificada jurisprudência desta Corte Superior, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser reconhecido na presente via. Decisão impugnada mantida por seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

A despeito dos esforços perpetrados pelo ora insurgente, não verifico fundamento suficiente a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantenho.

Consta dos autos que o ora agravante e a corré, na posição de sócios e administradores da empresa Median Indústria e Comércio Ltda., foram denunciados como incursos, por treze vezes, no art. 2º, II, c/c o art. 11, *caput*, c/c o art. 12, I, todos da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 29 do Código Penal, na forma do art. 71, *caput*, do CP, porque, segundo narrou a denúncia:

[...] que nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2014 e de fevereiro, março, abril e maio de 2015 na empresa MEDIAN INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA [...], previamente ajustados e com unidade de desígnios, na condição de sócios e administradores da empresa mencionada (CADESP de fls. 01/02 e ficha cadastral JUCESP inclusa), por 13 (treze) vezes e de modo continuado, deixaram de recolher, no prazo legal, valor de ICMS total de R\$ 335.835,56 (trezentos e trinta e cinco mil, oitocentos e trinta e cinco centavos e cinquenta e seis centavos) cobrado do substituído na qualidade de substituto tributário (Sujeito Passivo de Obrigação) e que deveria recolher aos cofres públicos do Estado de São Paulo, ocasionando grave dano à coletividade.

Segundo se apurou, ao tempo dos fatos os denunciados eram sócios e administradores da empresa MEDIAN, pessoa jurídica com atuação no ramo de "fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal" (cf. CADESP de fls.01). No desenvolvimento da atividade empresarial cumpria aos denunciados autorizar e coordenar a venda e compra de mercadorias e serviços, responsabilizando-se e com domínio do fato como sócios e administradores, pela escrituração e corretas informações, bem como pelo recolhimento de tributos em regime próprio e de substituição tributária decorrentes das transações realizadas pela pessoa jurídica.

Ocorre que durante os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2014 e de fevereiro, março, abril e maio de 2015, a empresa MEDIAN realizou diversas operações tributáveis com outras empresas e, por conta das transações, cobrou de tais clientes (contribuintes substituídos) o montante total de ICMS de R\$ 335.835,56 incidente (cf. documentos fiscais de fls.03/15 e 29/33), mas, ao final do prazo para recolhimento de tais valores aos cofres da Fazenda Estadual (nos meses subsequentes aos das operações), não o fez.

[...]

A cobrança do imposto do substituído pelos denunciados e o não recolhimento estão comprovados pelos documentos fiscais de fls. 03/15 e 29/33, bem como pelas Certidões da Dívida Ativa- CDAs



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos 1167202647, 1194959917, 1153597236, 1199476499, 1179928558, 1152839052, 1157772612, 1163715876, 1178591378, 1183426917, 1181346079, 1153036186 e 1183600810 de fls.16/28, sem notícia de pagamento ou de parcelamento do crédito constituído (fls. 143-145).

Impetrado prévio *writ*, a ordem foi denegada pelo Tribunal *a quo*, sob o seguinte fundamento:

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a denúncia foi recebida em 15 de dezembro de 2016.

Informou, ainda, que em 23 de outubro de 2017 o paciente opôs embargos de declaração contra a decisão que analisou a defesa preliminar, pois não teria se manifestado sobre a ocorrência de prescrição e sobre a alegada atipicidade da conduta.

Finalmente, informou que em 30 de outubro de 2017 os embargos foram rejeitados.

De acordo com informações mais recentes, em 19 de fevereiro de 2018 o Ministério Público se manifestou requerendo a realização de audiência preliminar para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, bem como para seja expedida carta rogatória em relação à corré CECILIA, suspendendo-se o prazo prescricional.

O impetrante postula o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Inicialmente, em relação à alegada atipicidade da conduta imputada ao paciente, bem observou a douda Procuradoria Geral de Justiça (fls. 264/270):

"(...) a alegada atipicidade das condutas do paciente porque constituiriam ilícito civil, a ser perseguido pelo agente fazendário através da competente execução fiscal, não comporta ser recepcionada. Tal entendimento estaria a ab-rogar o art. 2º, inciso a da lei nº 8.137/ 1990 e mais, inúmeros outros crimes tributários, porque em sua essência geram crédito para o estado e dívida para o agente.

A dívida tributária, de natureza civil, será devidamente cobrada na esfera competente, sendo certo que a existência da responsabilidade penal não exime o agente da responsabilidade civil, e vice-versa, em face do princípio da independência das instâncias.

Eventuais interpretações pontuais não tem tal alcance que se lhe pretende dar, mormente em sede de habeas corpus, que não possui a amplitude almejada pelos impetrantes. A ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributária deve ser preservada, afastando-se a leniente interpretação que se baseia mais no "princípio da impunidade".

Vencida esta questão, verifica-se que é de rigor o prosseguimento da ação penal, pois ao contrário do que se sustenta na impetração observa-se a existência de prova da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria.

Conforme documentos de fls. 185/1856 destes autos e 05/29, 30/42 e 43/46 dos autos principais, observa-se que os réus são sócios da empresa "Median Indústria e Comércio Ltda", desde 27 de fevereiro de 1980 e que durante a gestão de ambos, teriam deixado de recolher valores de ICMS aos cofres públicos.

Assinala-se, ainda, que conforme manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça não há que se falar em atipicidade da conduta atribuída ao paciente.

Assim, melhor que os fatos imputados ao paciente nestes autos sejam melhor investigados e isto se fará no decorrer da ação penal, sendo inviável adentrar-se o mérito da causa, na estreita via do "habeas corpus".

Nada há de ilegal ou irregular no prosseguimento de ação penal, que visa apurar eventual prática de crime e que não pode ser obstada de plano, pois depende de regular instrução.

Embora seja possível que se conclua, ao final, sob qualquer fundamento, pela improcedência da ação penal, não há como trancar-se, de plano, a ação penal em questão.

[...] Quanto à decisão que analisou a defesa preliminar apresentada, examinando-se os presentes autos, não se observa as apontadas nulidades em relação ao despacho que recebeu a denúncia, já que se trata de decisão interlocutória e dela não se exige substancial fundamentação. Nesta fase processual, apenas se analisa a possibilidade de absolvição sumária e viabilidade da imputação lançada contra o acusado, ficando a análise minudente reservada para depois da produção de provas pelas partes.

[...]

Na decisão que analisou a defesa prévia apresentada, verifica-se no tocante à alegada prescrição e atipicidade da conduta, que o Magistrado adotou como razão de decidir a manifestação Ministerial e expressamente analisou as questões arguidas quando da rejeição dos embargos (fls. 289-293).

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, cujo acórdão foi publicado no DJe de 31/8/2018.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" tributo ou contribuição, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Exige-se, em tal caso, 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.

O insurgente se equivoca ao afirmar que sua conduta é atípica por ausência de dolo, pois "todas as informações foram passadas corretamente ao fisco, sem omissões ou fraudes" (fl. 368). Isso porque, assim como já salientado, o dolo exigido para a configuração do delito de apropriação indébita tributária é a consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo, **circunstância que há de ser reconhecida com base no substrato probatório obtido após a instrução criminal**.

Assim, pela leitura do acórdão recorrido, verifiquei que **a demanda foi resolvida pelas instâncias ordinárias nos termos da recente e pacificada jurisprudência desta Corte Superior**, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser reconhecido na presente via.

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0165381-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no RHC 100.281 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00490000 10023069520168260443 22283984620178260000 490000 RI004BAF90000

EM MESA

JULGADO: 11/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAV GEORGSSON TROLIN
OUTRO NOME : GUSTAF GEORGSSON TROLIN
ADVOGADOS : FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627
GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : CECILIA GOMES TROLIN

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : GUSTAF GEORGSSON TROLIN
OUTRO NOME : GUSTAV GEORGSSON TROLIN
ADVOGADOS : FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627
GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.