

Apelação Criminal n. 2011.076203-2, de Otacílio Costa
Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/90). RECURSO MINISTERIAL. DECISÃO QUE ABSOLVEU O RÉU SUMARIAMENTE POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REFORMA NECESSÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR EM TESE SONEGADO QUE NÃO PODE SER TIDO COMO IRRISÓRIO PORQUANTO APURADO POR CRITÉRIO FIXADO EM LEGISLAÇÃO FEDERAL AO ARREPIO DA LEI ESTADUAL N. 12.646/2003. PRECEDENTES. DECISÃO CASSADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.076203-2, da comarca de Otacílio Costa (Vara Única), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Jucimar Augusto Tolotti:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para cassar a decisão combatida, pelo que se determina o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Roesler (Presidente) e Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 7 de agosto de 2012.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da Vara Única, comarca de Otacílio Costa, Jucimar Augusto Tolotti foi denunciado como incurso nas sanções do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, pela conduta assim narrada na peça acusatória:

"[...] o denunciado deixou de recolher, no prazo legal, o ICMS declarado, que integrou o preço de mercadorias efetivamente vendidas por sua empresa, nos meses de dezembro de 2007, janeiro a março, além de junho a novembro de 2008, como se verá a seguir:

O Fiscal de Tributos Estaduais Miguel José de Farias, lavrou contra a citada empresa a Notificação Fiscal abaixo relacionada: [...]

NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 96.03.00308-08

Período de Referência	Data de Vencimento	Valor do Imposto em R\$
12/2007	10/01/2008	179,65
01/2008	10/02/2008	100,66
02/2008	10/03/2008	292,99
03/2008	10/04/2008	216,39
06/2008	10/07/2008	40,86
07/2008	10/08/2008	31,45
08/2008	10/09/2008	207,21
09/2008	10/10/2008	172,31
10/2008	10/11/2008	4.371,33
11/2008	10/12/2008	179,46
TOTAL		R\$ 5.738,31

[...] Entretanto, o denunciado apresentou as declarações do ICMS e do movimento econômico (DIMEs) à Secretaria da Fazenda (10ª GeReg/Lages), mas, quanto ao tributo que confessa ter cobrado dos adquirentes de seus produtos, embutido no preço das mercadorias vendidas nos meses de dezembro de 2007, janeiro a março, além de junho a novembro de 2008, e que lançou no livro Registro de Apuração, não o recolheu tempestivamente aos cofres públicos de Santa Catarina. [...]

A Notificação Fiscal relacionada acima, lavrada pelo fisco, e que respalda a materialidade da presente denúncia, indica, pelo ICMS declarado pelos denunciados, a criminosa e continuada apropriação, no total de **R\$ 5.738,31, (cinco mil, setecentos e trinta e oito reais e trinta e um centavos)** de ICMS cobrado e não recolhido, nos períodos acima mencionados, isso em valores históricos, e que, com os acréscimos legais decorrentes de correção monetária, multa fiscal e juros, importa o total de **R\$ 8.967,41 (oito mil, novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e um centavos)** Â– conforme notificação fiscal de fl. 02.

Assim procedendo, o denunciado praticou por dez vezes consecutivas o crime tipificado no art. 2º, inciso II, ambos da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 71, do Código Penal, razão pela qual requer o Ministério Público, após o recebimento da presente denúncia, seja o réu citado para apresentação de defesa escrita, seja admitida a acusação, prosseguindo-se nos demais termos do processo, com a designação de audiência e final condenação do acusado. [...] (grifos no original) (fls. II-VI).

Recebida a denúncia (fl. 91) e apresentada resposta à acusação (fl. 95),

o Magistrado *a quo* absolveu sumariamente o acusado, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal, qual seja, falta de justa causa para a ação penal, uma vez que a conduta do réu não causou dano relevante ao bem jurídico tutelado. Aditou que a quantia perseguida sequer supera R\$ 10.000,00 (dez mil reais) nos termos do art. 20 da Lei n. 10.522/2002, motivo pelo qual aplicável à espécie os princípios da bagatela (insignificância) e subsidiariedade (fls. 101-111).

Inconformado, o Ministério Público apelou. Em suas razões, defendeu a inaplicabilidade do princípio da bagatela, pois, o caso compreende quantia superior ao estabelecido pela Lei Estadual n. 12.646/2003 como quantia mínima para a inscrição em Dívida Ativa. Apregou, também, a constitucionalidade do tipo penal infringido, bem como a desnecessidade da comprovação do dolo para caracterização do delito. (fls. 117-140).

Após as contrarrazões (fls. 150-154), os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Norival Acácio Engel, o qual opinou pelo provimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra sentença proferida pelo Magistrado da Vara Única, comarca de Otacílio Costa, que na ação penal (autos n.086.09.002246-2), aplicou o princípio da insignificância para absolver Jucimar Augusto Tolotti da conduta descrita no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

Inicialmente, cumpre esclarecer, o princípio da insignificância, cuja aplicação encontra-se sedimentada na jurisprudência pátria, objetiva cuidar de ofensas relevantes a bem jurídicos tutelados pelo ordenamento, afastando a incriminação de condutas de potencial lesivo ínfimo.

Em outras palavras, conforme o magistério de Paulo Queiroz,

"[...] não se justifica que o direito penal possa incidir sobre comportamentos insignificantes. Ocorre que, ainda quando o legislador pretenda reprimir apenas condutas graves, isso não impede que a norma penal, em face do seu caráter geral e abstrato, alcance fatos concretamente irrelevantes". (*In* Direito Penal Â– parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: 2008, Lumen Juris, p. 51).

Por conseguinte, a aplicação do mencionado princípio a um caso concreto que, posto sob a luz da lei penal, configuraria a ocorrência do delito, acarreta a exclusão de sua tipicidade se o ato praticado é inapto para causar lesão relevante.

Não se descarta, a insignificância penal caminha paralelamente à intervenção mínima estatal, pois ambas almejam tornar o Direito Penal afeto a questões que não podem ser desprezadas, dadas as suas consequências no meio social. Nesse pensar, tanto a privação da liberdade, como a restrição de direitos do individuais, apenas seriam viáveis como *ultima ratio*, ou seja, quando imprescindíveis à proteção de bens juridicamente tutelados.

Acerca da aplicação do princípio da insignificância, veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. [...] (HC 108969, rel. Min. Luiz Fux, j. em 14.2.2012).

Não destoam o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 155, § 4º, IV, C/C ART. 71) - ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU CONSUBSTANCIADA NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DA DENUNCIADA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - COERÊNCIA ENTRE OS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS CONDUTORES - SOMA DOS VALORES INERENTES AOS OBJETOS FURTADOS

DE CARÁTER SIGNIFICATIVO - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - RÉ PRIMÁRIA E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS - APLICAÇÃO EX OFFICIO DA FIGURA DO FURTO PRIVILEGIADO AO CASO (CP, ART. 155, § 2º) - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DA ACUSADA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (CP, ART. 59) - CONDENAÇÃO TÃO SOMENTE À PENA DE MULTA - RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da insignificância pressupõe inexistente a conduta criminosa se o bem jurídico violado for de pouca relevância, ou seja, se o grau de ofensividade não representar repercussão no mundo jurídico. Desse modo, nos delitos de natureza patrimonial, descabe a aplicação desse preceito quanto constatado que o objeto do crime detém valor considerável e as demais circunstâncias do ilícito se mostram desfavoráveis ao acusado. [...] (Apelação Criminal n. 2011.043537-9, de Lages, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 15.12.2011).

Dito isso, regra a Lei n. 8.137/1990:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

[..]

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Sobre o crime em destaque, leciona Guilherme de Souza Nucci:

"Análise do tipo: deixar de recolher (não pagar), no prazo estipulado em lei, determinado valor de tributo (ou contribuição social, que, como já dissemos anteriormente, também é tributo), aos cofres públicos (ao fisco). A particularidade deste tipo penal é justamente o prévio desconto ou a cobrança de terceiro do mencionado valor, apropriando-se do que não lhe pertence. (In Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1045).

Percebe-se, o delito descrito é um crime omissivo puro, ou seja, deriva de uma abstenção, uma conduta negativa pelo agente que, incumbido da obrigação em repassar o tributo recolhido ao Estado, mantém-se inerte.

Dessa forma, "basta o dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar a ação típica, não se exigindo qualquer finalidade especial; a conduta não admite tentativa, pois se consuma com o não recolhimento do tributo após o decurso do prazo legal – ou se recolhe ou não se recolhe" (In CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 704).

No caso, a persecução penal foi instaurada porque o réu, em tese, teria deixado de recolher aos cofres públicos, por dez vezes, valores referentes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, totalizando a importância de R\$ 8.967,41 (oito mil novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e um centavos) (fls. II/VII).

A materialidade é demonstrada pela Notificação Fiscal 96030030808 (fl. 02), da qual se extrai que o crédito tributário está devidamente constituído.

De outro lado, os indícios da autoria delitiva estão consubstanciados no contrato social, porque o acusado era sócio-administrador da empresa Eletrolar Sarandi Ltda, detentor dos poderes inerentes à gestão da sociedade (fls. 24-76).

Verifica-se, portanto, o valor não repassado ao Fisco pelo acusado de

fato é aquém daquele previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, *verbis*:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ocorre que o tributo sonegado, qual seja, o ICMS, possui como ente imbuído da capacidade tributária ativa o Estado, não a União, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal.

Daí que não há como reconhecer a atipicidade da conduta, por meio de parâmetro fixado pela legislação federal, porquanto União e Estados são autônomos, consoante determina o art. 18, *caput*, da CF.

Ademais, a Lei Estadual n. 12.646/2003 determina a quantia mínima para a inscrição em Dívida Ativa, dispõe:

Art. 5º Independentemente do transcurso do prazo prescricional, não será encaminhada à Procuradoria Geral do Estado para ajuizamento a Dívida Ativa:

I - de valor inscrito até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), relativa ao ICMS, exceto quando decorrente de multas não proporcionais ao valor do imposto ou da mercadoria; e [...]

Com efeito, a importância em tese sonegada pelo réu, somado a seus acessórios, corresponde a R\$ 8.967,41 (Constituição do Crédito Tributário - fl. 2), valor superior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), superior ao parâmetro utilizado por esta Corte para a apreciação do cabimento ou não do princípio da insignificância, consoante estabelecido na Lei Estadual 12.646/2006.

Nesse sentido, colhe-se do STJ:

SONEGAÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INAPLICABILIDADE DO PATAMAR DISPOSTO NO ARTIGO 20 DA LEI N. 10.522/02. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL APENAS AOS TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

1. Não obstante esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento pacificado no sentido de aplicar o princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária nos quais o valor da exação suprimido ou reduzido não ultrapasse a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é certo que a referida construção jurisprudencial encontra arrimo no disposto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02, que trata do Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

2. O fato da União, por razões políticas ou administrativas, optar por autorizar o pedido de arquivamento das execuções fiscais que não ultrapassam o referido patamar não permite, por si só, que a mesma liberalidade seja estendida aos demais entes federados, o que somente poderia ocorrer caso estes também legislassem no mesmo sentido, tendo em vista que são dotados de autonomia. [...] (HC 180.993/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 13.12.2011)

Não destoam o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90 C/C ART. 71 DO CP). SUPRESSÃO DE ICMS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM BASE NO VALOR SONEGADO, SEM MULTA E JUROS, E NA LEGISLAÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. **OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE ABRANGE O IMPOSTO**

SONEGADO E OS ENCARGOS DECORRENTES DA CONDUTA DELITIVA. PARÂMETROS PARA AVERIGUAR O INTERESSE DA FAZENDA NA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA ESTABELECIDOS POR LEI ESTADUAL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (grifou-se) (Apelação Criminal n. 2011.013516-3, rel. Des. Torres Marques, j. em 11.7.2011).

Do corpo do acórdão lavrado pela Eminente Desembargadora Salete Silva Sommariva, extrai-se

"Apenas a título de argumentação, consideram-se inaplicáveis as disposições constantes no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com redação conferida pela Lei n. 11.033/2004, seja porque o crédito em análise supera o patamar previsto para a deflagração das execuções fiscais, que é de R\$10.000,00 (consolidado), e que, por corolário, representa a base legal para se aferir o patamar para fins de aplicação do princípio da insignificância na seara penal, seja porque tal preceito é de discutível aplicação aos tributos de competência dos Estados, haja vista a lei disciplinar expressamente que tal limite refere-se aos tributos de competência da União".(Apelação Criminal n. 2010.062368-9, de Joinville, j. em 3.5.2011).

Por fim, descabe falar no mínimo potencial de lesividade da conduta perpetrada pelo réu, mesmo porque, a sonegação fiscal fere silenciosamente a estrutura financeira do Estado, comprometendo-lhe suas funções básicas, inviabilizando o exercício de políticas públicas em prol de toda população.

Ante o exposto, a cassação da decisão combatida é a medida que se impõe, pelo que se determina o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

É o voto.