

11/12/2019

PLENÁRIO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 163.334 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, não vou nominar todos que usaram da palavra, mas foi um debate extremamente rico e de qualidade, com alguns dos melhores profissionais que há no mercado. Acho que o Tribunal agradece a contribuição de todos, como já agradei, pela participação na audiência pública que havia convocado para esse debate. Quando convoco audiência pública, é porque tenho dúvida real. Esse não era um tema banal e acho que foi enriquecido pela participação de todos os advogados e do Ministério Público.

Presidente, vou fazer um resumo do meu voto, lembrando. Estamos aqui discutindo se o comerciante que cobra, em seu preço, o ICMS do consumidor final - o contribuinte de fato - e depois não o repassa à Fazenda, se isso deve ser considerado crime de apropriação indébita tributária ou se isso deve ser considerado mero inadimplemento fiscal. Essa é, colocada em uma proposição, a questão que se está discutindo.

Estabeleci três premissas, Presidente, que considero importantes no equacionamento dessa matéria.

Primeiro, o Direito Penal, acho, deve ser sério, igualitário e moderado. Sério significa que sua aplicação deve ser efetiva para que possa desempenhar o que considero seu principal papel: dissuadir as pessoas de praticarem condutas delituosas. Igualitário significa que a aplicação da lei não deve distinguir entre ricos e pobres, poderosos e comuns. E moderado significa que se deve evitar a expansão desmedida de seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pelo exacerbamento de penas. Essa é minha visão do Direito Penal.

Agora, passando à questão do Direito Tributário, pagar tributo considero que é dever fundamental de todo cidadão, na medida em que ocorra o fato gerador e ele exiba capacidade contributiva. Portanto,

**RHC 163334 / SC**

entendo que a incidência do Direito Penal na esfera tributária deva ser a exceção, e não a regra. Porém, não considero os crimes tributários crimes de pouca importância. Pelo contrário, acho que são relevantes e privam o Estado brasileiro dos recursos necessários para acudir as muitas demandas relevantes da sociedade brasileira.

Em terceiro lugar, na intersecção entre Direito Penal e Direito Tributário, o mero inadimplemento tributário, evidentemente, não deve ser considerado fato típico criminal. Para que se reconheça a tipicidade criminal de determinada conduta em matéria tributária, é necessário que haja um nível de reprovabilidade especial que justifique o tratamento mais gravoso.

Essas são, Presidente, as três premissas sobre as quais pretendo desenvolver meu voto. Devo dizer, para não criar um suspense prolongado - que detestava, quando era advogado -, que considero que todos os elementos de interpretação jurídica...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

Ministro **Luís Roberto**, nos votos proferidos pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, Sua Excelência ia desenvolvendo argumentos que ora pareciam conduzir o voto para um lado, ora pareciam conduzi-lo para outro e, só na parte dispositiva, é que chegávamos ao conhecimento do teor do voto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Pois, então.

Nunca me esqueci de um caso que acho que foi a maior derrota que tive aqui no Supremo - perdi de nove a um. Era uma questão de modulação de efeitos temporais no IPI alíquota zero. Vossa Excelência era Advogado-Geral da União, éramos *ex adversus*. O Ministro Lewandowski votou favoravelmente à modulação, o Ministro Marco Aurélio votou desfavoravelmente e veio o intervalo. Aí liguei para minha mulher e disse: "Está um a um". No final do dia, veio a contabilidade da catástrofe.

Prosseguindo, Presidente, penso que todos os elementos de interpretação jurídica, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, com a devida vênias das primorosas sustentações em

**RHC 163334 / SC**

contrário, legitimam a tipificação, tal como acho que ela está caracterizada na Lei nº 8.137, de 1990.