



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.162 - SC (2013/0068737-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : **WLADIMIR ÁLVARES DE MELLO**
RECORRENTE : **JOSIAS DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **LUIZ ANTONIO CÂMARA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. DÍVIDA FISCAL PRÓPRIA. INOCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA ATÍPICA.

1. Afastada a alegação de inconstitucionalidade do disposto o art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, nos termos dos precedentes desta Corte.
2. Não agindo como substitutos tributários, mas simplesmente deixando de recolher tributo próprio, não incidem os pacientes nem no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, nem em tipo penal outro de sonegação tributária, pois mera dívida fiscal inadimplida.
3. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta
4. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), que lhe negava provimento. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.162 - SC (2013/0068737-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : WLADIMIR ÁLVARES DE MELLO
RECORRENTE : JOSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CÂMARA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO.SR.MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por WLADIMIR ÁLVARES DE MELLO e JOSIAS DE OLIVEIRA, em face de acórdão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem ali impetrada (HC 2012.068072-6).

Depreende-se dos autos que, na data de 26/4/2012, os recorrentes foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 2º, II, c/c o art. 11, *caput*, e art. 12, I, todos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal (treze vezes). A peça acusatória foi recebida, pelo Juízo processante, em 25/9/2012.

Segundo consta, os recorrentes eram, à época dos fatos, responsáveis pela direção e gerência da empresa que representavam, tendo aderido, em 4/4/2008, "aos Protocolos ICM n. 18/85 e 19/85, que dispôs (sic) sobre a substituição tributária nas operações com pilhas e baterias elétricas, disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para a reprodução ou gravação de som ou imagem" (e-STJ fl. 94), efetuando a declaração de ICMS devido sobre o estoque, tendo parcelado o valor total em 20 (vinte) frações.

Ocorre, porém, que deixaram de recolher as parcelas referentes ao período compreendido entre março de 2009 e março de 2010, razão pela qual o Fisco Estadual emitiu duas notificações fiscais em seu desfavor (e-STJ fl. 94).

Em 27/4/2010, a empresa representada pelos ora recorrentes ingressou em um programa de parcelamento da Secretaria de Estado da Fazenda local, deixando, porém, de efetuar os pagamentos relativos aos valores correspondentes às notificações fiscais. Diante disso, o Parquet estadual propôs a suspensão do procedimento, então instaurado, mediante o pagamento do valor devido à Fazenda Pública. Em face dessa proposta, impetraram os recorrentes o *Habeas Corpus* n. 2012.068072-6 perante o Tribunal *a quo*.

Alegam os recorrentes, em síntese, que há inconstitucionalidade no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, de vez que a conduta ali descrita corresponderia a mero ilícito fiscal, motivo pelo qual não deveria ser considerada típica pelo Direito Penal.

Aduzem que não há justa causa para a Ação Penal, uma vez ser a conduta imputada a eles atípica, tendo em vista que a denúncia não descreve fatos que constituam em crime.

Acrescentam que não houve, na hipótese, desconto de imposto de terceiro, cujo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolhimento teria sido atribuído aos recorrentes.

Requerem, assim, a concessão da medida liminar, para que se determine a suspensão da Ação Penal, até o julgamento final deste Recurso Ordinário. No mérito, pugnam pela declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 ou, alternativamente, pelo reconhecimento da atipicidade da conduta descrita na denúncia, decretando-se o trancamento da Ação Penal nº 033.12.007236-2, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Itajaí/SC.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ fls. 142/143).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso para o trancamento da ação penal (e-STJ fls. 149/171).

Foi juntado parecer jurídico-tributário, em que se pretende demonstrar a impossibilidade de subsunção da conduta dos recorrentes ao tipo descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/90 (e-STJ fls. 175/199).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.162 - SC (2013/0068737-5)

VOTO

O EXMO.SR.MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Conforme já relatado, os recorrentes, na qualidade de administradores da empresa Metropolitan Distribuidora Ltda, foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 2º, II, c/c o art. 11, *caput*, e art. 12, I, todos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal (treze vezes), porque teriam aderido, em 4/4/2008, aos Protocolos ICM n. 18/85 e 19/85, que dispuseram acerca da substituição tributária nas operações com pilhas e baterias elétricas, disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para a reprodução ou gravação de som ou imagem, efetuando a declaração de ICMS devido sobre o estoque, tendo parcelado o valor total em 20 (vinte) frações. Porém, deixaram de recolher as parcelas referentes ao período compreendido entre março de 2009 e março de 2010, razão pela qual o Fisco Estadual emitiu duas notificações fiscais em desfavor dos recorrentes e daí a perseguição criminal ora em discussão.

A denúncia assim descreve os fatos (e-STJ fls. 4/7 do apenso):

[...]

"Ressalta-se que durante todo o período dos crimes, os denunciados compuseram a Diretoria da empresa, competindo a esta a administração da mesma. O denunciado VLADIMIRO ALVES DE MELO ocupava o cargo de Diretor Presidente da empresa e por sua vez o denunciado JOSIAS DE OLIVEIRA o de Diretor Financeiro (fls. 47,70,79, 94).

Dessa forma, os denunciados eram responsáveis pela direção e gerência da empresa, tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela regularidade fiscal.

Além da administração geral da empresa, determinavam os atos de escrituração fiscal e eram responsáveis pela apuração e recolhimento do ICMS - Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação devido.

Quaisquer vantagens ou benefícios obtidos pela empresa, mesmo os de origem ilícita, eram aproveitados diretamente pelos denunciados, sujeitando-os à regra prevista no art. 11 da Lei 8.137/90.

Em 04/04/2008, o Estado de Santa Catarina, através dos protocolos n. 34 e 35 (Publicado no DOU em 14/04/2008), aderiu aos Protocolos ICM n. 18/85 e 19/85, que dispôs sobre a substituição tributária nas operações com pilhas e baterias elétricas, disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem.

Com a inclusão dos produtos acima referidos no regime de substituição tributária, os Denunciados deveriam efetuar o levantamento de estoque das mercadorias, na data de sua inclusão e escriturar no Livro de Registro de Inventário, bem como calcular o imposto incidente sobre as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadorias em estoque, mediante aplicação da alíquota interna correspondente sobre o custo de aquisição, acrescido da margem de lucro especificada para cada mercadoria sujeita ao regime, de acordo com o art. 35 do Anexo 3 do Regulamento do ICMS/2001.

De acordo com o art. 4º do Decreto 1.475/2008, o imposto relativo às mercadorias, observado o disposto em Portaria do Secretário de Estado da Fazenda, poderá ser recolhido em até 20 parcelas mensais, iguais e sucessivas.

Ocorre que em procedimento rotineiro, a Fiscalização de Tributos Estaduais constatou que, os Denunciados, apesar de efetuarem devidamente a Declaração do ICMS Devido sobre o Estoque (fls. 03 e 09), e parcelar o valor total em 20 frações, não adimpliram a totalidade das parcelas relativas à inclusão dos produtos citados, no regime de substituição tributária, no período de 03/2009 a 03/2010.

Em razão disso, o Fisco Estadual, em 26/04/2010, emitiu a Notificação Fiscal n. 106030016008, juntada à fl. 2, que apresenta a seguinte descrição da infração: "Deixar de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS devido por operações tributadas, relativo ao imposto incidente sobre o estoque de pilhas e baterias elétricas, incluídos na substituição tributária, informado pelo próprio contribuinte, cujo pagamento do fracionamento foi interrompido."

Emitiu ainda, em 26/04/2010, a Notificação Fiscal n. 106030016474, juntada a fl. 8, que apresenta a seguinte descrição da infração:

"Deixar de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS devido por operações tributadas, relativo ao imposto incidente sobre o estoque de disco, fita e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, incluídos na substituição tributária, informado pelo próprio contribuinte, cujo pagamento do fracionamento foi interrompido."

DOS VALORES TRIBUTÁRIOS DEVIDOS

I) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 106030016008, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam RS 326.459,54.

Salienta-se que os Denunciados, em 27/4/2010, ingressaram em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento das 08 parcelas iniciais, deixaram de efetuar o pagamento das demais, o que ensejou, em 24/3/2011, o cancelamento do mesmo (fls. 120/123).

Os referidos valores foram atualizados em 03/04/2012 e, descontadas as parcelas pagas, correspondem ao total de RS 221.737,65 ... (fls.155)

II) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 106030016474, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam RS 594.327,54.

Ressalta-se que os Denunciados, em 15/4/2011, ingressaram em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento da primeira parcela, deixaram de efetuar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento das demais, o que ensejou, em 24/08/2011, o cancelamento do mesmo (fls. 136-139).

Os referidos valores foram atualizados em 03/04/2012 e, descontadas as parcelas pagas, correspondem ao total de R\$ 674.604,55 (seiscentos e setenta e quatro mil, seiscentos e quatro reais e cinquenta e cinco centavos) (fl.158).

VALOR TOTAL ATUALIZADO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO (ITENS I e II): R\$ 896.342,20 (oitocentos e noventa e seis mil, trezentos e quarenta e dois reais e vinte centavos).

DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Os Denunciados, por terem deixado de recolher ao Erário, no prazo legal, valor do tributo ICMS descontado ou cobrado, na qualidade de sujeitos passivos de obrigação, praticaram, de forma dolosa, por treze vezes, o crime previsto no art. 2º, inciso II, c/c art. 22, caput, ambos da Lei n. 8.137/90.

Diante da sonegação vultosa - em razão do grande volume financeiro - verifica-se que os Denunciados ocasionaram grave dano à coletividade, configurando a circunstância agravante prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90.

Inicialmente rejeito a arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.137/90, suscitada pelos recorrentes, ao fundamento de que a conduta ali descrita corresponderia a mero ilícito fiscal, motivo pelo qual não deveria ser considerada típica pelo Direito Penal.

O inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.137/90, ao prever como crime contra a ordem tributária o não-recolhimento do valor do tributo ou contribuição social aos cofres públicos, que já fora descontado ou cobrado, não contempla a mera conduta expressa no não pagamento de um débito tributário, mas, sim, define como ilícito penal a conduta na qual o sujeito passivo da obrigação tributária não efetua o recolhimento de tributos ou contribuições de terceiros, como sujeito passivo tributário. Assim, para a caracterização do ilícito, não basta o não pagamento do débito tributário, mas que tenha havido o prévio desconto, ainda que contábil, dos contribuintes, sem o respectivo repasse, esta condição assumindo suficiência para intervenção da esfera criminal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90 (POR QUATRO VEZES), NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. ATO IMPUGNADO: DECISÃO MONOCRÁTICA DO DESEMBARGADOR RELATOR. COMPETÊNCIA DESTA CORTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A despeito de a Parte não ter se valido do agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regimental para esgotar os recursos cabíveis perante a Corte Estadual, o que acaba por suprimir a jurisdição do Colegiado a quo, o fato é que o art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, estabelece a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, os habeas corpus quando o ato pretensamente coator for de Desembargador de Tribunal de Justiça do Estado. Precedente.

2. Esta Corte Superior de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, dada a sua natureza interlocutória. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Não há falar em inconstitucionalidade do tipo legal previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90. O caso em apreço - relação eminentemente de direito público entre o Estado e o responsável pelo recolhimento e pagamento de tributo - não se equipara ao do devedor civil, razão pela qual nenhuma inconstitucionalidade há na escolha legislativa pela criminalização da conduta, cominando pena de prisão.

4. A eventual existência de créditos a serem compensados não torna atípica a conduta do Paciente. Ademais, a possibilidade de parcelamento da dívida ou a do seu integral pagamento, acarretando, eventual e respectivamente, a suspensão da pretensão punitiva ou a extinção da punibilidade estatal, constituem situações hipotéticas que estão condicionadas à vontade do devedor, que, se assim decidir, poderá apresentar ao juízo processante a documentação correspondente à nova realidade, pleiteando os consectários em seu benefício.

5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 200331/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/9/2013)

Quanto à tipicidade da conduta realizada, vejo que em verdade não atuaram os acusados (por sua empresa) como substitutos tributários, mas tiveram reconhecida dívida fiscal própria. Ocorreu aqui a situação justamente não contemplada pelas figuras penais criminalizadoras de simples dívida fiscal: deixaram de recolher tributo os administradores de empresa que devia ICMS próprio, incidente sobre mercadorias de seu estoque, antes da implementação do regime de substituição tributária.

Nesse sentido manifestou-se o Ministério Público Federal nesta Corte (e-STJ fls. 156/171):

[...]

11. Em suma, o sujeito passivo de uma obrigação tributária cujo objeto corresponde ao pagamento ou recolhimento de tributo ao Fisco pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de duas espécies:

(i) o contribuinte - aquele que possui relação pessoal e direta com a ocorrência do fato gerador, devendo pagar o tributo decorrente de obrigação própria -, e

(ii) responsável, por substituição ou por transferência - aquele que não é contribuinte, mas pelo fato de se encontrar intimamente relacionado à ocorrência do fato gerador, é indicado pelo legislador para figurar no polo passivo da obrigação tributária para proceder ao **desconto** ou **cobrança** do valor da exação devida por terceiro - notadamente o contribuinte - e ao conseqüente recolhimento desta importância aos cofres públicos.

12. O Protocolo ICM 19/85 (sítio eletrônico do CONFAZ visitado em 3.5.2013) celebrado primeiramente por Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo e ao qual o Estado de Santa Catarina aderiu através do Protocolo ICMS 35, de 4 de abril de 2008, estabelece:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao **estabelecimento industrial ou importador**; na qualidade de sujeito passivo por **substituição**, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.

13. E bem o explica o documento de fls. (298e) equivalente a fls. e-150 do Apenso, oriundo da mesma Secretaria da Fazenda do Estado:

"Somente o substituído (caso presente) deve levantar o estoque e sobre ele recolher o ICMS da substituição tributária e dos produtos que recebeu por operações **antes** do ingresso no regime. Tal providência se aplica porque nas operações de saídas que promover não mais estará sujeito ao pagamento do imposto."

14. Ora, **se é o substituído** que deve levantar o estoque e sobre ele recolher o ICMS então **não pode ser substituto** e o tipo penal se dirige exclusivamente ao substituto tributário.

15. Da análise dos autos tem-se que os recorrentes foram autuados na qualidade de administradores de uma sociedade que devia o ICMS decorrente de obrigação própria, ou seja, como contribuinte; **e não como responsáveis tributários por substituição**, já que referida exação incidiu sobre o estoque da empresa existente antes da implementação do regime de substituição tributária.

16. Como dito acima, o tipo penal do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, incrimina aquele que, na qualidade de responsável tributário por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição, **deixa de recolher tributo decorrente de obrigação de terceiro** - normalmente de um contribuinte não se aplicando na hipótese do descumprimento de obrigação própria.

17. Desta forma, **reconhece-se que a situação dos recorrentes não se subsume ao tipo de art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90**, uma vez que aqueles foram autuados em decorrência do não cumprimento de obrigação tributária própria da sociedade empresária, na qualidade de contribuinte, ou seja, pelo não recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre mercadorias da empresa constante do estoque existente até a data de adesão, pelo Estado do Paraná, ao regime de substituição tributária disposto nos Protocolos ICM nºs 18/85 e 19/85.

18. Trata-se, aqui, **de mera ausência de pagamento** de tributo **que não constitui crime**, uma vez que a sociedade empresária apenas deixou de pagar algumas prestações referentes ao parcelamento do crédito tributário a que se refere o art. 35 do Anexo 3 do Regulamento Interno do ICMS do Estado do Paraná, inexistindo quaisquer indícios da ocorrência de fraudes, sobretudo considerando que a empresa procedeu à declaração do estoque, apurou o ICMS devido, restando autuada apenas pelo fato de não ter pago todas as parcelas de um total de 20 (vinte) e nada mais.

19. Tais fatos podem ser cristalinamente constatados nas informações prestadas pelo Gerente Regional da Fazenda Estadual de Itajaí/SC ao Promotor de Justiça, nos termos que seguem:

Através aos protocolos ICM nºs 34 e 35, de 04 de abril de 2008, publicados no DOU de 14/04/2008, o Estado de Santa Catarina aderiu aos Protocolos ICM nºs 18/85 e 19/85 (inicialmente celebrados apenas entre os Estados do Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo) que dispôs sobre substituição tributária nas operações com pilha e baterias elétricas e nas operações com disco fonográfico e fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, respectivamente.

Entende-se por Convênio ou Protocolo o acordo firmado com outros Estados, devidamente publicado no Diário Oficial da União, que tem por finalidade atribuir efeito extraterritorial à legislação estadual, o que permite ao Estado de Santa Catarina exigir imposto de contribuinte localizado em outro Estado signatário do convênio ou protocolo.

É contribuinte substituto o estabelecimento industrial, o importador, a empresa de outro Estado que vende para contribuinte em SC. O Substituto recolhe o imposto por ocasião das vendas.

Somente o substituído (caso presente) deve levantar o estoque e sobre ele recolher o ICMS da substituição tributária e dos produtos que recebeu por operações **antes do ingresso no regime**. Tal providência se aplica porque nas operações de saídas que promover não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais estará sujeito ao pagamento do imposto.

O regime de substituição tributária às operações internas em SC, bem como àquelas destinadas à SC (interestaduais), aplicou-se a partir de 01/08/2008, para os produtos referidos.

Diante do art. 35 do Anexo 3 do RICMS/SC, quando da inclusão de mercadorias no regime de substituição tributária, **os contribuintes substituídos deverão**: I - efetuar levantamento de estoque das referidas mercadorias, na data da sua inclusão e escriturar no livro Registro de Inventário; II - calcular o imposto incidente sobre as mercadorias em estoque, mediante aplicação da alíquota interna correspondente sobre o custo de aquisição, acrescido da margem de lucro especificada para cada mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme percentuais definidos no Capítulo IV, lançado o valor apurado, no livro Registro de Apurações do ICMS: a) **a débito**, quando se tratar de inclusão;

Pelo art. 4º do Decreto 1.475/2008, o imposto devido pela aplicação do disposto no Anexo 3, art. 35, relativo às mercadorias de que trata a Alteração 1.1667 do RICMS/SC, observado disposto em portaria do Secretário de Estado da Fazenda, poderá ser recolhido em até 20 (vinte) parcelas mensais, iguais e sucessivas, sem acréscimo de juros e multas (Lei n. 10.297/96, art. 43); §1º - Cada parcela deverá ser recolhida até o 2º (vigésimo) dia de cada mês, vencendo-se a primeira até o dia 22 de setembro de 2008, não se aplicando o disposto no Regulamento, art. 60, §4º.

O Contribuinte substituído manifesta sua opção por intermédio de aplicativo disponibilizado na página oficial da Secretaria do Estado da Fazenda na Internet, declarando o número de parcelas.

[...]

No caso do contribuinte Metropolitan Distribuidora Ltda., a empresa procedeu à Declaração do Estoque, apurou o ICMS devido, mas pagou apenas poucas parcelas de um total de 20 requeridas, o que levou o fisco a exigir a diferença através das notificações fiscais." (e-STJ 297/298) e (e-STJ Fls. 150/152 do Apenso) grifou-se

20. Consta-se, portanto, que os fatos em que se baseou a denúncia correspondem a simples ausência de pagamento de tributo devido pela empresa investigada em decorrência de obrigação própria, uma vez que os autos de infração foram emitidos em razão do não pagamento antecipado do ICMS incidente sobre as mercadorias constantes do estoque da empresa existente antes da implementação do regime de substituição tributária, e devido pela própria empresa na qualidade de contribuinte, e não como substituto tributário.

21. Uma hipótese eventual do crime em análise ocorreria se, após a implementação do regime de substituição tributária, as empresas de outros Estados e fornecedoras de mercadorias à investigada **deixassem de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolher aos cofres públicos do Paraná o ICMS **descontado ou cobrado** antecipadamente da destinatária dos produtos que, no caso, é a empresa investigada.

22. Note-se que, mesmo neste exemplo não se poderia atribuir aos denunciados o crime descrito no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, pois a conduta de se apropriar teria sido perpetrada pelas empresas substitutas tributárias situadas em outro estado, e aos administradores destas é que se imputaria a prática delituosa.

23. Deste modo, equivoca-se a peça acusatória em querer tratar como substituto tributário aquele que é devedor por obrigação própria, pois se o ICMS é devido o é sobre o próprio estoque de mercadorias do próprio comerciante e se ele paga pelo seu próprio estoque pré-existente ao Protocolo e à nova sistemática estabelecida pelo Estado, está claro que a figura da substituição aí não existe, pois não está a pagar por outrem e nem a descontar ou a reter dinheiro de terceiros para entregar ao Estado. E a própria administração o reconhece.

24. A toda evidência o crime não aconteceu e que nem pode acontecer - é crime impossível - que o substituto seja ao mesmo tempo o substituído ou que seja substituto de si mesmo, seria como se o proprietário fosse denunciado por furtar a coisa que lhe é própria.

25. Ao não pagar o tributo a conduta dos requerentes corresponde apenas a mera infração administrativo-tributária, não se enquadra no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, ou em qualquer outro tipo penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, data vertia. Tão-somente dever não é crime.

26. Ao aderir à nova sistemática adotada pelo Estado os recorrentes em relação ao estoque de mercadorias existente no estabelecimento e que são de sua propriedade, na data da adesão são devedores do ICMS fruto de obrigação própria - Assim em nenhuma das hipóteses lhes poderá ser aplicado o art. 2º, II da Lei nº 8137, de 1990, que é crime de mão própria: só o substituto tributário é que o pode praticar, já que somente este responde pela dívida de outrem.

27. Logo, não se lhes pode imputar como crime o fato atribuído na denúncia e nem se lhes pode dar por incursos no tipo penal em questão já que a sua conduta é atípica. Há falta de justa causa para a denúncia e a denúncia aponta para uma conduta impossível de ser juridicamente praticada, data venia.

Deste modo, não agindo como substituto tributário, mas simplesmente deixando de recolher tributo próprio, não incidem os pacientes nem no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, nem em tipo penal outro de sonegação tributária, pois mera dívida fiscal inadimplida, devendo ser trancada a Ação Penal n. 033.12.007236-2, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Itajaí/SC, por atipicidade da conduta.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o trancamento da ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.162 - SC (2013/0068737-5)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Sr. Presidente, li atentamente o voto do Ministro Relator, quando disponibilizado no sistema, e fui realmente verificar o que S. Exa. disse aqui no que diz respeito ao texto da lei. O art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 diz o seguinte:

"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;"

Diante da análise desse texto legal, concluí que o simples fato de a empresa dos pacientes ter aderido ao regime de substituição tributária não modifica a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e, conseqüentemente, não autoriza o trancamento da ação penal.

Pesquisando a respeito, encontrei comentário e exemplo de Guilherme de Souza Nucci, específicos em relação ao art. 2º da lei em referência:

"A análise do núcleo 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)."

É a interpretação dele, a análise do núcleo:

"A particularidade desse tipo penal é justamente o prévio desconto ou a cobrança de terceiro do mencionado valor, apropriando-se do que não lhe pertence. Exemplo: o comerciante, sujeito passivo da obrigação por imposição legal, cobra do comprador o ICMS referente à mercadoria vendida, mas não repassa a quantia ao Tesouro."

Então, ante tal observação, vou pedir vênias ao Ministro Relator e divergir do seu posicionamento, inclusive fazendo a ressalva de que entendo prematuro o trancamento da ação penal de início, devendo haver, ao meu ver, uma instrução mais detalhada a respeito do caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0068737-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 36.162 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00048206820138240000 20120680726 20120680726000100

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : WLADIMIR ÁLVARES DE MELLO

RECORRENTE : JOSIAS DE OLIVEIRA

ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CÂMARA E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). GIANNE CAPARICA CÂMARA, pelas partes RECORRENTES: WLADIMIR ÁLVARES DE MELLO e JOSIAS DE OLIVEIRA

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 maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.