



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 85.338 - SC (2017/0133326-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : CLEBERSON CRISTIANO POLOTO FERREIRA
RECORRENTE : CLERISSON FABIANO POLOTO FERREIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150
VINÍCCIUS FERIATO E OUTRO(S) - PR043748
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO SOCIETÁRIO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DA RECORRENTE. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE INFRAÇÃO PENAL EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

1. A hipótese cuida de denúncia que narra suposto delito praticado por intermédio de pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.

2. Embora em um primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

3. Ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, é certo que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

5. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes.

6. Na espécie, de acordo com a exordial, os recorrentes, na qualidade sócios e administradores da empresa OPPNUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INDÚSTRIA DO VESTUÁRIO LTDA., responsáveis pela direção, gerência e regularidade fiscal da pessoa jurídica, com ciência e controle das transações e negócios por ela realizados, apresentaram as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIME's à Secretaria de Fazenda, deixando, contudo, de recolher, no prazo legal, os valores apurados e declarados, que resultaram em notificações fiscais que totalizam R\$ 1.448,519,63 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, quinhentos e dezenove reais e sessenta e três centavos), narrativa que atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se lhes garanta o exercício da ampla defesa e do contraditório.

ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. FATO QUE SE AMOLDA AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. A colenda 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do HC 399.109/SC, pacificou o entendimento de que de que em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, comprovado o dolo, configura-se o crime tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. No caso dos autos, como visto, os recorrentes foram acusados de não efetuarem, no prazo legal, o recolhimento de ICMS apurado e declarado, conduta que se amolda, em tese, ao tipo do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, o que impede o trancamento do processo, como pretendido. Precedente.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 85.338 - SC (2017/0133326-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : CLEBERSON CRISTIANO POLOTO FERREIRA
RECORRENTE : CLERISSON FABIANO POLOTO FERREIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150
VINÍCCIUS FERIATO E OUTRO(S) - PR043748
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por CLEBERSON CRISTIANO POLOTO FERREIRA e por CLERISSON FABIANO POLOTO FERREIRA contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento do HC n. 4005244-03.2017.8.24.0000.

Noticiam os autos que os recorrentes foram denunciados como incurso no artigo 2º, inciso II, combinado com os artigos 11 e 12, inciso I, todos da Lei 8.137/1990.

Buscando o trancamento da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos dos acusados que não haveria justa causa para a persecução criminal, uma vez que o órgão ministerial não teria mencionado qualquer ato fraudulento ou outro meio ardil que tenham sido por eles implementados no sentido de suprimir ou reduzir tributo devido.

Afirmam que não se estaria diante de débito de ICMS devido na condição de substituto tributário, mas sim de débito declarado e não pago, o que poderia ser constatado pelo fato de estar inscrito em dívida ativa sem qualquer autuação.

Aduzem que a peça vestibular seria inepta, pois teria responsabilizado os réus apenas por serem sócios da pessoa jurídica devedora do ICMS, sem apontar qualquer prova de fraude ou meio ardil supostamente adotado.

Argumentam que a inicial não teria indicado de quem teria sido descontado o tributo inadimplido.

Requerem o provimento da insurgência para que o processo criminal em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame seja trancado.

Contra-arrazodo o reclamo (e-STJ fl. 352), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo a liminar sido indeferida (e-STJ fls. 369/370), decisão que foi confirmada ao serem apreciados os embargos de declaração e o pedido de reconsideração formulados pela defesa (e-STJ fls. 382/384 e 410).

O Ministério Público Federal, às fls. 386/396, manifestou-se pelo não provimento do inconformismo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 85.338 - SC (2017/0133326-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal em que os recorrentes foram acusados de praticar crimes contra a ordem tributária.

Segundo consta da denúncia, os réus eram, à época dos fatos, sócios e administradores da empresa OPPNUS INDÚSTRIA DO VESTUÁRIO LTDA., sendo os responsáveis pela direção e gerência da pessoa jurídica, e tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela sua regularidade fiscal (e-STJ fl. 26).

Além da administração geral da empresa, os acusados determinavam os atos de escrituração fiscal e eram responsáveis pela apuração e recolhimento do ICMS, bem como beneficiários de quaisquer vantagens ou benefícios por ela auferidos, sujeitando-se à regra do artigo 11 da Lei 8.137/1990 (e-STJ fl. 26).

Em procedimento rotineiro, a Fiscalização de Tributos Estaduais constatou que, apesar de terem apresentado as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIME's à Secretaria de Fazenda, os recorrentes, nos períodos de fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2013, e de fevereiro a junho de 2014, não recolheram aos cofres públicos, no prazo determinado, os valores apurados e declarados (e-STJ fl. 26).

O valor total e atualizado dos débitos referentes às notificações fiscais objeto do presente feito é de R\$ 1.448,519,63 (um milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, quinhentos e dezenove reais e sessenta e três centavos), que foram inscritos em dívida ativa e não foram pagos ou parcelados (e-STJ fl. 30).

Feito este introito, é imperioso consignar que o devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao denunciado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência pátrias são pacíficas ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, 'não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

A hipótese em apreço cuida de denúncia que narra supostos delitos praticados por intermédio de pessoa jurídica, que, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.

Embora, num primeiro momento, o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

E, ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, não há dúvidas de que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas físicas responsáveis pela sua condução.

Com base nestas considerações, é que se sedimentou o entendimento no sentido de que, nos crimes societários, conquanto a denúncia não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado pela condição de sócios ou administradores da pessoa jurídica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao comentar a acusação nos crimes societários, bem assevera que:

"Com efeito, quando se diz que todos os sócios da determinada sociedade, no exercício da sua gerência e administração, com poderes de mando e decisão, em data certa, teriam deixado de recolher, 'no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros [...]' (atual art. 168-A, CP), está perfeitamente delimitado o objeto da questão penal, bem como a respectiva autoria. Não há, em tais situações, qualquer dificuldade para o exercício da defesa ou para a correta capitulação do fato imputado aos agentes. A hipótese não seria de acusação genérica, mas geral. Acaso seja provado que um ou outro jamais teriam exercido qualquer função de gerência ou administração na sociedade, ou que cumpriram função sem qualquer poder decisório, a solução será de absolvição, mas nunca de inépcia" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 190 e 191).

Por conseguinte, a ausência de individualização pormenorizada das condutas nos casos de crimes societários, não é, por si só, motivo de inépcia da denúncia, conforme, aliás, tem decidido este Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.176/91. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS. DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie.

*III - Segundo a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*.*

(...)

V - Não se vislumbra a alegada inépcia da denúncia, porquanto a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o amplo exercício do direito de defesa.

VI - " Em se tratando de crimes societários, a denúncia que descreve a prática do delito com todas suas nuances, estabelecendo vínculo entre a conduta do acusado e os supostos fatos delituosos, não se restringindo à mera indicação formal de que o sócio figura no contrato social da empresa, é apta a deflagrar o processo penal." (RHC 29.941/SP, Sexta Turma, Rel. p/ o acórdão, Min. Rogerio Schietti Cruz DJe 16/12/2016).

VII - In casu, a inicial acusatória descreveu o liame entre os fatos descritos e o proceder dos sócios da empresa no comércio de combustível, bem como a responsabilidade pela venda e manutenção dos padrões técnicos de qualidade dos produtos, possibilitando aos pacientes refutarem os fundamentos acusatórios.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 387.956/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018)

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGAÇÃO DA DEFESA SOBRE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTOS CONCRETOS APRESENTADOS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A ausência de detalhada individualização das condutas nos casos de crimes societários não é, por si só, motivo de inépcia da denúncia, conforme, aliás, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 75.967/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. (...) INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

8. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitativa e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

9. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

10. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal" (RHC 47.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/5/2017).

(...)

13. Hipótese em que a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas dos réus, ora recorrentes, indicando tanto o inadimplemento do crédito tributário, como a fraude, para caracterizar a sonegação fiscal, nos termos dos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, permitindo-lhes rechaçar os fundamentos acusatórios.

14. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 78.256/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

Com igual orientação, merecem menção os julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Delito contra a relação de consumo. Artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90. Alegada inépcia formal da denúncia. Não ocorrência. Inicial acusatória que descreve suficientemente as condutas imputadas aos agravantes de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa. Crime societário. Desnecessidade de individualização promenorizada das condutas de cada indiciado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes. Regimental não provido. 1. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 2. Na hipótese dos autos a denúncia descreveu suficientemente as condutas imputadas aos agravantes, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa. 3. Segundo o escólio jurisprudencial da Corte, configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes. 4. Regimental ao qual se nega provimento.

(HC 137030 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2017 PUBLIC 27-03-2017)

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 118891, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 19-10-2015 PUBLIC 20-10-2015)

No caso dos autos, não se constata qualquer defeito na denúncia capaz de impedir ou reduzir o direito de defesa garantido aos recorrentes, pois a peça preenche os requisitos legais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, o Ministério Público consignou que os denunciados, na qualidade sócios e administradores da empresa OPPNUS INDÚSTRIA DO VESTUÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LTDA., responsáveis pela direção, gerência e regularidade fiscal da pessoa jurídica, com ciência e controle das transações e negócios por ela realizados, apresentaram as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIME's à Secretaria de Fazenda, deixando, contudo, de recolher, no prazo legal, os valores apurados e declarados, narrativa que atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se lhes garanta o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à aventada falta de justa causa para a persecução criminal, cumpre esclarecer que, à luz do que decidido no julgamento do REsp 1.543.485/GO, este Relator firmou o entendimento de que a conduta do contribuinte que vende mercadorias com ICMS embutido no preço, e, posteriormente, não realiza o respectivo pagamento no prazo legal, tornando-se inadimplente de obrigação tributária própria, é atípica, uma vez que não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro.

Contudo, aos 22.8.2018 a colenda 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça concluiu o julgamento do HC 399.109/SC, ocasião em que pacificou a orientação de 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.

Isso porque da leitura do dispositivo legal em apreço, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que haja sido descontado ou cobrado de terceiro.

Sobre o assunto, cumpre trazer à baila a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"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). 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. Ex.: 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. Ou, ainda, o empregador desconta parcela do imposto de renda do salário de seu funcionário e não a repassa aos cofres da União." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 995).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A maioria do colegiado concluiu, assim, que é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso, a Lei 8.137/1990, que 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.

Nesse sentido, colhe-se recente julgado desta 5ª Turma:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitativa e autoria delitativa quanto à conduta descrita na peça acusatória, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.

3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

4. No caso em exame, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída ao ora recorrente - consistente no não recolhimento, no prazo legal, dos valores decorrentes do ICMS pagos pelo consumidor final e cobrados pelo sujeito passivo da obrigação, por dezesseis vezes, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 112.386,37 -, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, além do período em que ocorreram as práticas delituosas, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

5. Hipótese em que a peça acusatória permite a deflagração da ação penal, uma vez que narrou fato típico, antijurídico e culpável, com a devida acuidade, suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercício da ampla defesa pela denúncia.

6. "O tipo penal em estudo, art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, não se confunde com o mero inadimplemento, uma vez que a conduta delitativa depende do fato de o tributo não repassado ter sido descontado ou cobrado do contribuinte. Nesse contexto, tem-se que o crime em tela só pode ser praticado pelo substituto tributário, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real" (HC 161.785/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/12/2016).

7. Recurso não provido.

(RHC 87.749/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

Por conseguinte, com a ressalva do ponto de vista deste Relator, e considerando que cabe à esta Corte Superior de Justiça a uniformização da interpretação da legislação federal, é inviável o trancamento da ação penal em exame, uma vez que a conduta imputada aos recorrentes se amolda, em tese, ao tipo do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0133326-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 85.338 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 012015000087557 09004683820158240011 12015000087557 40052440320178240000
4005244032017824000050000 9004683820158240011

EM MESA

JULGADO: 11/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLEBERSON CRISTIANO POLOTO FERREIRA
RECORRENTE : CLERISSON FABIANO POLOTO FERREIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150
VINÍCCIUS FERIATO E OUTRO(S) - PR043748
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.