



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.466 - SC (2014/0010111-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI  
RECORRENTE : MARCELLO CAETTANO PORTES  
ADVOGADO : JULIANO GOMES GARCIA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. FATO QUE SE AMOLDA, EM TESE, AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Da leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que tenha sido descontado ou cobrado de terceiro, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco.

3. Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois 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, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal.

4. 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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 21 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.466 - SC (2014/0010111-7)

RECORRENTE : MARCELLO CAETTANO PORTES  
ADVOGADO : JULIANO GOMES GARCIA E OUTRO(S)  
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 MARCELLO CAETTANO PORTES contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao Agravo no HC n. 2013.063427-2.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Buscando o trancamento da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, que não foi conhecido monocraticamente, decisão que foi mantida em sede de agravo regimental.

Sustenta o patrono do recorrente que a conduta a ele imputada - deixar de recolher ICMS próprio - seria atípica, já que o não recolhimento de tributo devido pela própria empresa não seria crime.

Alega que para a configuração do tipo penal em questão seria necessário que o tributo seja descontado ou cobrado de alguém, no caso um terceiro, o que não ocorreria quando o próprio contribuinte declara o ICMS, mas deixa de efetuar o respectivo recolhimento.

Argumenta que o próprio órgão ministerial já teria requerido o arquivamento de ações penais idênticas à presente.

Afirma que o mero inadimplemento tributário não seria considerado crime no ordenamento jurídico pátrio.

Requer o provimento do reclamo para que seja trancado o processo criminal em apreço.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 145/149), o Ministério Público Federal, em parecer de fl. 160, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.466 - SC (2014/0010111-7)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Por meio deste recurso ordinário constitucional pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente.

De acordo com a denúncia, o recorrente e a corré Rita de Cássia Schwinden Portes, na qualidade de sócios e administradores da empresa CAETTANO COMÉRCIO DE MÁRMORES E GRANITOS LTDA., teriam deixado de recolher aos cofres públicos os valores apurados e declarados em Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIMES à Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina, nos períodos de fevereiro a outubro de 2009, e dezembro a fevereiro de 2010 (e-STJ fl. 4).

Os acusados ingressaram em programa de parcelamento e só teriam pago a primeira prestação, o que teria dado ensejo ao cancelamento do benefício (e-STJ fl. 5).

A quantia devida, descontada a parcela paga, corresponderia, em 21.1.2013, ao total de R\$ 33.658,80 (trinta e três mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e oitenta centavos) (e-STJ fl. 6).

Como se sabe, o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

No caso dos autos, não se pode afirmar que a conduta imputada ao recorrente seja manifestamente atípica, pois se amolda, em tese, ao delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, *verbis*:

*Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*

*(...)*

*II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*

Da leitura do referido dispositivo, 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, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco.

Sobre o tipo penal em apreço, 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).

Quanto ao ponto, é necessário esclarecer que não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois 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.

Em caso semelhante, esta colenda Quinta Turma afastou a alegação de atipicidade da conduta, cujo aresto recebeu a seguinte ementa:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990). (...) CONDUTA QUE SE AMOLDA, EM TESE, AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

**1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não caracterizadas na hipótese vertente.*

*(...)*

*3. Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois 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, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal.*

*4. Recurso improvido.*

*(RHC 33.846/GO, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 14/10/2013)*

Dessa forma, não se tratando de manifesta atipicidade dos fatos assestados ao recorrente, inviável o pretendido trancamento da ação penal.

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

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0010111-7      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **RHC 44.466 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00871251220138240000 00920435920138240000 01039901320138240000  
09000107420138240113 1039901320138240000 20130634272 20130634272000000  
20130634272000100 20130634272000101 871251220138240000  
9000107420138240113 920435920138240000

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE TARSO BRAZ LUCAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MARCELLO CAETTANO PORTES  
ADVOGADO : JULIANO GOMES GARCIA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
CORRÉU : RITA DE CÁSSIA SCHWINDEN PORTES

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

#### **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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.