

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 118.908 - SC (2019/0301603-6)

**RELATOR** : MINISTRO JORGE MUSSI  
**RECORRENTE** : ANDREIA MOISES PAES  
**ADVOGADO** : PAULO HENRIQUE BEREHULKA E OUTRO(S) - PR035664  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por ANDREIA MOISES PAES contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento do HC n. 4016475-56.2019.8.24.0000.

Noticiam os autos que a recorrente foi denunciada em 4 (quarto) ações penais como incurso no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Buscando o trancamento ou a suspensão dos processos, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o advogado subscritor das razões recursais que as ações penais em tela teriam sido deflagradas apenas para coagir a acusada a pagar o débito da empresa da qual é sócia, uma vez que as execuções fiscais ajuizadas contra a aludida pessoa jurídica encontram-se pendentes de julgamento.

Aduz que o inadimplemento de tributos indiretos configuraria conduta atípica.

Requer, liminarmente, a suspensão dos processos instaurados contra a recorrente, e, no mérito, pugna pelo provimento da insurgência para que sejam trancados, ou, subsidiariamente, para que sejam suspensos até o julgamento do RHC n. 163.334 pelo Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Extrai-se das denúncias ofertadas contra a recorrente que, na qualidade de sócia e administradora da empresa SKY COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO E CALÇADOS EIRELI ME, responsável pela direção e gerência da pessoa jurídica, tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela regularidade fiscal, deixou de recolher aos cofres públicos em diversos períodos os valores apurados e declarados do ICMS (e-STJ fls. 46/50, 144/149 e 282/283).

Feitos tais esclarecimentos acerca dos fatos imputados à acusada, 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.

# Superior Tribunal de Justiça

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).*

A maioria do colegiado entendeu, 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 da colenda 6ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ACUSATÓRIO. SÚMULAS N.os 126/STJ E 283/STJ. INAPLICABILIDADE. OFENSA REFLEXA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO INSUFICIENTE À MANUTENÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/1990. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PROCEDIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. CONTRARIEDADE AO ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ICMS PRÓPRIO DECLARADO E NÃO PAGO. VEROSSÍMIL TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL. PRECEDENTES. REGULAR PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. PERTINÊNCIA. EXEGESE DA SÚMULA N.º 709/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

**2. Em atual interpretação dada pela Terceira Seção desta Corte sobre o tema vertente, ficou assentado que configura-se, em tese, o crime previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/1990, em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, seja próprio ou por substituição, uma vez comprovada em juízo, após regular instrução criminal, a pretensão do agente de apropriar-se - animus rem sibi habendi - dos valores tributados, ao não efetuar, no prazo legal, o recolhimento do imposto por este apenas retido pela venda**

# Superior Tribunal de Justiça

*de mercadorias.*

*(...)*

*5. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no AREsp 1464941/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 17/09/2019)*

Na mesma esteira:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Habeas Corpus 399.109/SC, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, sedimentou o entendimento de que é típica a conduta do agente que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.*

*2. A conduta descrita na exordial acusatória, correspondente ao não recolhimento do ICMS, se amolda ao tipo penal específico de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, que não exige para sua configuração a existência de ardil, fraude ou falsidade.*

*3. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no HC 476.704/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 13/06/2019)*

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 a absolvição do paciente, uma vez que os fatos pelos quais foi condenado se amoldam ao tipo do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Finalmente, é pacífico neste Sodalício que a pendência de julgamento de processo no Supremo Tribunal Federal não enseja a suspensão dos feitos versando sobre o mesmo tema nas demais instâncias, o que reforça a inexistência de ilegalidade passível de ser sanada na via eleita.

Nesse vértice:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO CABIMENTO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Em atual interpretação - progressiva e teleológica - dada pela Terceira Seção desta Corte sobre o tema vertente, ficou assentado que configura-se, em tese, o crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/1990, em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, seja próprio ou por substituição, uma vez comprovada em juízo, após regular instrução criminal, a pretensão do agente de apropriar-se - animus rem sibi habendi - dos valores tributados, ao não efetuar, no prazo legal, o recolhimento do imposto por este*

# Superior Tribunal de Justiça

apenas retido pela venda de mercadorias.

2. Mostra-se indevido o trancamento do processo-crime pela via do habeas corpus, que é medida de exceção e só admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

3. Não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos - o que constitui hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie. É prematuro, pois, determinar desde já o trancamento do processo-crime, até mesmo por não ser o caso de manifesta atipicidade da conduta, sendo certo que, no curso da instrução processual, poderá a Defesa demonstrar a veracidade das suas teses perante o Juízo de origem, no qual o feito se encontra, inclusive, concluso para sentença.

4. Não há falar em suspensão da ação penal até que ocorra o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RHC n.º 163.334/SC, que trata sobre a matéria objeto deste recurso.

Ressalta-se que a questão não foi sequer afetada, mas somente encaminhada para julgamento perante o Plenário da Suprema Corte. E até mesmo o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria não impede o julgamento do feito pelas instâncias ordinárias, se não houver decisão da Corte Suprema determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto.

5. O RHC n.º 93.704/SC, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, no qual houve o deferimento da medida liminar, embora tenha sido interposto igualmente pelo Recorrente, refere-se à outra ação penal, não prejudicial em relação ao presente feito, razão pela qual não há motivo para que haja a suspensão da ação penal em epígrafe até o julgamento do mérito daquele recurso.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 102.121/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 16/09/2019)

Irretocável, no ponto, o aresto impugnado, que concluiu que "a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RHC n. 163.334, determinando a suspensão da execução da pena dos recorrentes até o julgamento da matéria pelo Plenário, apenas possui efeito inter -e não erga omnes - e, como bem anotou o juízo singular nos atos n. 0905229-60.2017.8.24.0038, a suspensão teria que partir da própria instância especial, não cabendo ao juízo singular estender o alcance de decisões para sobrestar o trâmite de processos sem que haja previsão legal" (e-STJ fl. 637).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XVIII, alínea "b", do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **nega-se provimento** ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI  
Relator

