

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 90.109 - MG (2017/0255042-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : AUGUSTO DA CUNHA CAMPOS GONCALVES
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRENTE : RODRIGO MARTINS SALES
ADVOGADOS : ELISABETH FRANÇA DA SILVA E OUTRO(S) - MG135946
LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELA TERCEIRA SEÇÃO NO HC 399.109/SC. (DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. DENÚNCIA INEPTA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REsp 1.112.748/TO, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TRIBUTO MUNICIPAL. NÃO APLICAÇÃO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 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. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos 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.

3. A questão relativa à atipicidade da apropriação indébita tributária foi pacificada no âmbito da Terceira Seção, na ocasião do julgamento do HC 399.109/SC, no qual se firmou o entendimento de que "o sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial."

4. Asseverou-se, ainda, que "a descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito

Superior Tribunal de Justiça

passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição."

5. Conclui-se, assim, que "a interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo)".

6. No caso em exame, verifica-se que a denúncia narra todos os aspectos constitutivos do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na medida em que os recorrentes, administradores da empresa GESTHO, deixaram de recolher o ISSQN, descontado (retido na fonte dos prestadores de serviços), na qualidade de sujeito passivo da obrigação, por anos seguidos (de janeiro de 2012 a dezembro de 2015), resultando na supressão/redução de carga tributária avaliada em pouco mais de R\$ 8.800.000,00 (oito milhões e oitocentos mil reais). Assim, os recorrentes deixaram de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ISSQN) descontado dos prestadores de serviços da empresa e que deveria recolher aos cofres públicos.

7. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação, no julgamento dos REsp's 1.709.029/MG e 1.688.878/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que incide o referido princípio aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar a quantia de vinte mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda, o que não se verifica na espécie.

8. Hipótese em o referido entendimento tem aplicação somente aos tributos da competência da União. Para ser estendido ao âmbito municipal, necessária seria a existência de lei local no mesmo sentido, o que não restou demonstrado no recurso.

9. Em sede de recurso em *habeas corpus*, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao recorrente apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.

10. Na espécie, a alegação de que "a inadimplência se deve a grave dificuldade financeira suportada pela empresa gerida" pelos recorrentes, razão pela qual não houve a intenção de lesar o fisco, não restou comprovada nos autos, não sendo suficiente a simples transcrição de suposta declaração do fisco municipal acerca do parcelamento da dívida tributária.

11. Recurso não provido. Liminar cassada.

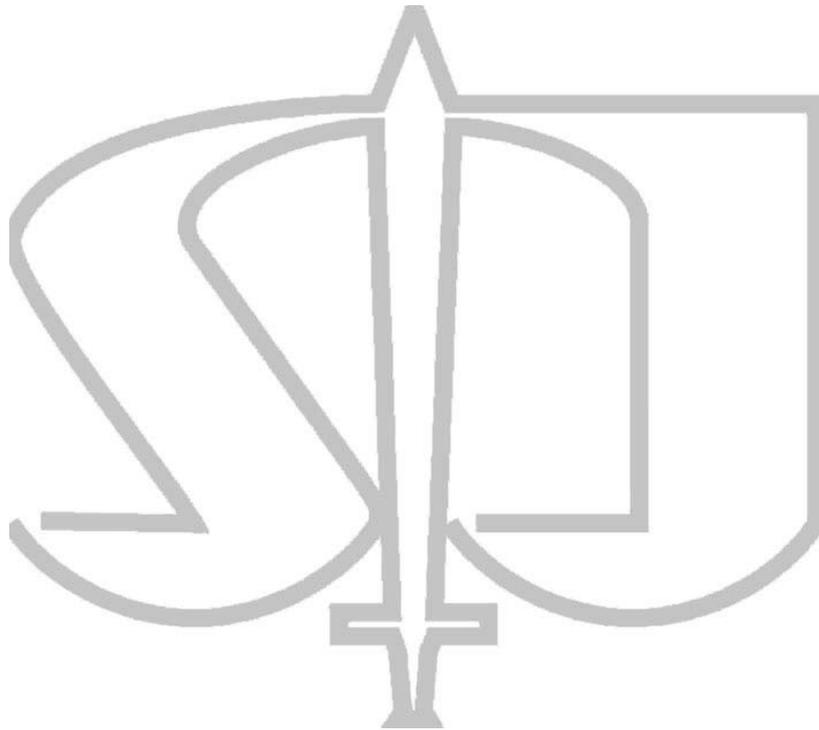
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, cassando a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento)

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 90.109 - MG (2017/0255042-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **AUGUSTO DA CUNHA CAMPOS GONCALVES**
ADVOGADO : **LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N**
RECORRENTE : **RODRIGO MARTINS SALES**
ADVOGADOS : **ELISABETH FRANÇA DA SILVA E OUTRO(S) - MG135946**
LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por **AUGUSTO DA CUNHA CAMPOS GONÇALVES** e **RODRIGO MARTINS SALES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que os recorrentes foram denunciados pela prática, em tese, do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 71 do CP (e-STJ, fls. 30-31).

Inconformada com o recebimento da denúncia pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ, fl. 231), a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO PREVISTO NA LEI N. 8.137/90. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. ESTREITOS LIMITES COGNITIVOS DA VIA DO *WRIT*. FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA DEVIDAMENTE RECEBIDA PELO JUÍZO *A QUO*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO ORDEM DENEGADA.

1. É cediço que o trancamento da ação penal desde que constatada a inépcia da denúncia, ou a atipicidade absoluta da conduta sem, todavia, ser necessário introduzir-se nas provas dos autos originários, o que não é o caso dos autos originários, o que não é o caso em exame. Frise-se que a exordial acusatória (e-STJ, fls. 31/32) satisfaz os requisitos legais dispostos no art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando o exercício de defesa pelos acusados (peça devidamente recebida, por ausência das hipóteses de rejeição, previstas no art. 395 do CPP - vide fl. 228).

Cabe ao Magistrado de primeiro grau com os dados colhidos durante a instrução criminal (com as oitiva das testemunhas envolvidas no evento) verificar a procedência ou não dos fatos descritos na peça acusatória para que ao final julgue procedente ou improcedente o pedido não sendo cabível por meio de *habeas corpus* que possui a finalidade de tutelar o direito de locomoção (direito de ir, ficar e vir), consoante previsão legal prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Anote-se que o trancamento de feito criminal, antes mesmo de qualquer instrução processual, é medida excepcional, na medida em que impede o Ministério Público, como titular da ação penal pública, de comprovar as imputações feitas no decorrer da *persecutio criminis*. Tal decisão somente é cabível quando a inviabilidade do prosseguimento da ação é patente, principalmente levando-se em consideração a estreita via do *writ* eleita pelos impetrantes para a obstaculização do processo" (e-STJ, fl. 260).

Superior Tribunal de Justiça

Neste recurso, os acusados alegam que a conduta imputada a eles é atípica, porquanto, "diferentemente do que disse o MP, no que foi acompanhado pela ilustre Magistrada, não se trata de imposto retido na fonte e não repassado aos cofres públicos".

Afirmam que, como os "lançamentos constantes da peça acusatória se referem a imposto próprio, devidamente declarado mas não adimplido", "a falta de recolhimento não se enquadra no tipo penal denunciado", tratando-se apenas "de mera inadimplência" (e-STJ, fl. 286). Informam que "os lançamentos que registram a falta de recolhimento do tributo se referem a ISSQN próprio, ou seja, devido pelo próprio contribuinte", de modo que "não há que se falar em valores descontados ou cobrados do consumidor final e não repassado ao Fisco" (e-STJ, fl. 287).

Sustentam, ainda, a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista "o valor irrisório do lançamento em questão (R\$ 252,01)". Além disso, asseveram, "com relação a este lançamento, a extinção da punibilidade, em razão do pagamento do débito" (e-STJ, fl. 295).

Além do mais, aduzem que a "inadimplência se deve a grave dificuldade financeira suportada pela empresa gerida" por eles, a qual "vem envidando esforços para sanar a dívida tributária" (e-STJ, fl. 297).

Requerem, ao final, o provimento do recurso para que seja trancada a ação penal ou, subsidiariamente, seja anulado o "acórdão combatido, para determinar que o órgão julgador conheça das ilegalidades ora levantadas e conceda a ordem de ofício" (e-STJ, fls. 300-301).

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fls. 309-310).

Pedido de reconsideração acolhido para, deferindo a liminar, suspender o trâmite da ação penal (e-STJ, fls. 345-347).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 320-329).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 90.109 - MG (2017/0255042-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : AUGUSTO DA CUNHA CAMPOS GONCALVES
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRENTE : RODRIGO MARTINS SALES
ADVOGADOS : ELISABETH FRANÇA DA SILVA E OUTRO(S) - MG135946
LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELA TERCEIRA SEÇÃO NO HC 399.109/SC. (DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. DENÚNCIA INEPTA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REsp 1.112.748/TO, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TRIBUTO MUNICIPAL. NÃO APLICAÇÃO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 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. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos 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.

3. A questão relativa à atipicidade da apropriação indébita tributária foi pacificada no âmbito da Terceira Seção, na ocasião do julgamento do HC 399.109/SC, no qual se firmou o entendimento de que "o sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial."

4. Asseverou-se, ainda, que "a descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social

Superior Tribunal de Justiça

responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição."

5. Conclui-se, assim, que "a interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo)".

6. No caso em exame, verifica-se que a denúncia narra todos os aspectos constitutivos do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na medida em que os recorrentes, administradores da empresa GESTHO, deixaram de recolher o ISSQN, descontado (retido na fonte dos prestadores de serviços), na qualidade de sujeito passivo da obrigação, por anos seguidos (de janeiro de 2012 a dezembro de 2015), resultando na supressão/redução de carga tributária avaliada em pouco mais de R\$ 8.800.000,00 (oito milhões e oitocentos mil reais). Assim, os recorrentes deixaram de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ISSQN) descontado dos prestadores de serviços da empresa e que deveria recolher aos cofres públicos.

7. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação, no julgamento dos REsp's 1.709.029/MG e 1.688.878/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que incide o referido princípio aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar a quantia de vinte mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda, o que não se verifica na espécie.

8. Hipótese em o referido entendimento tem aplicação somente aos tributos da competência da União. Para ser estendido ao âmbito municipal, necessária seria a existência de lei local no mesmo sentido, o que não restou demonstrado no recurso.

9. Em sede de recurso em *habeas corpus*, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao recorrente apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.

10. Na espécie, a alegação de que "a inadimplência se deve a grave dificuldade financeira suportada pela empresa gerida" pelos recorrentes, razão pela qual não houve a intenção de lesar o fisco, não restou comprovada nos autos, não sendo suficiente a simples transcrição de suposta declaração do fisco municipal acerca do parcelamento da dívida tributária.

11. Recurso não provido. Liminar cassada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. PEDIDO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. 2. CONDUTAS IMPUTADAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS. EXISTÊNCIA, EM TESE, DE LIGAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E OS FATOS DELITIVOS. 3. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. 4. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPROVIDO.

1. Como é cediço, o trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

Na hipótese dos autos, assevera o recorrente ser inepta a denúncia, uma vez que não descreve de forma adequada sua participação nos fatos imputados na denúncia. Importante esclarecer que não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, pois o direito pátrio não admite denúncia genérica, sendo possível, entretanto, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, a denúncia geral, ou seja, aquela que, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas ao denunciado, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo.

2. Da leitura da denúncia observa-se que as condutas imputadas ao recorrente bem como aos demais corréus estão devidamente narradas, registrando-se, em especial, com relação ao recorrente que 'na condição de Diretor de Recursos Humanos integrava o Conselho Diretor, permanecendo nessa atividade até a interdição da FCD.

Também participava das tomadas de decisões sobre as operações comerciais inexistentes, permitindo, assim, com pleno conhecimento, que as apropriações ocorressem, aderindo a vontade dos demais diretores na consecução das práticas ilícitas. Dessa forma, não é possível afirmar que a inicial acusatória é inepta, porquanto devidamente individualizada, em tese, as condutas típicas imputadas ao recorrente. Com efeito, apesar de não haver um minudente detalhamento das ações imputadas especificamente ao recorrente, tem-se demonstrada, ainda que de maneira sutil, a ligação entre suas condutas e os fatos delitivos, o que é suficiente, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, conforme já referido.

3. Assim, 'não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída aos pacientes devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa' (HC 183.660/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/2/2012, DJe 29/2/2012).

4. Recurso em *habeas corpus* improvido." (RHC 54.075/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2017).

"PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME SOCIETÁRIO. AUTORIA COLETIVA. EMPRESA FAMILIAR. RECORRENTES ESPOSAS DE SÓCIOS. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados.

2. Índícios de autoria demonstrados, tanto mais que se trata de uma empresa familiar, sendo as recorrentes, sócias e gerentes, segundo a própria defesa, esposas de outros sócios do grupo empresarial.

3. Tese de inexistência de liame da sua atuação com os fatos narrados que não se reveste de credibilidade na via eleita.

Plausibilidade da acusação.

4. Direito de defesa assegurado, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

5. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

6. Recurso não provido." (RHC 66.363/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/3/2016).

Na hipótese, o Colegiado estadual, ao denegar a ordem ali impetrada, concluiu:

"[...] É cediço que, o trancamento da ação penal somente é possível desde que constatada a inépcia da denúncia, ou a atipicidade absoluta da conduta sem, todavia, ser necessário introduzir-se nas provas dos autos originários, o que não é o caso em exame.

Desde logo, frise-se que a exordial acusatória (fls. 31/32) satisfaz os requisitos legais dispostos no art. 41, do Código de Processo Penal, possibilitando o exercício de defesa dos acusados (peça esta devidamente recebida, em razão da ausência das hipóteses de rejeição, previstas no art. 395 do CPP - vide fl. 228).

(...)

Como se vê da peça acusatória, verifica-se a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o que fornece justa causa ao prosseguimento do feito, que constitui condição da ação penal, prevista no Código de Processo Penal e consubstancia-se no lastro probatório mínimo, ao contrário do alegado na petição inicial deste *writ*.

Superior Tribunal de Justiça

Além do mais, cabe ao Magistrado de primeiro grau com os dados colhidos durante a instrução criminal (com as oitivas das testemunhas envolvidas no evento), verificar a procedência, ou não dos fatos descritos na peça acusatória, para que ao final julgue procedente ou improcedente o pedido; não sendo cabível por meio do *habeas corpus*, que possui a finalidade de tutelar o direito à liberdade de locomoção (direito de ir, ficar e vir), consoante previsão legal prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Anote-se que o trancamento de feito criminal, antes mesmo de qualquer instrução processual, é medida excepcional, na medida em que impede o Ministério Público, como titular da ação penal pública, de comprovar as imputações feitas no decorrer da *persecutio criminis*. Tal decisão somente é cabível quando a inviabilidade do prosseguimento da ação é patente, principalmente levando-se em consideração a estreita via do writ, eleita pelos impetrantes para a obstacularização do processo.

Assim, havendo possibilidade de subsunção do fato narrado na denúncia a uma norma penal incriminadora, descabe o pretendido trancamento, na medida em que o mesmo implicaria em uma precipitada restrição a uma melhor apuração da responsabilidade penal dos pacientes.

Tem-se, neste sentido, descabido o pedido de trancamento da ação sob a alegação de que seria impossível o recebimento da denúncia, em razão da atipicidade da conduta supostamente perpetrada, bem como da extinção da punibilidade "com relação ao lançamento nº 136.0516041352a (R\$ 252,01)". Isso porque, tais questões devem ser sustentadas por ocasião do julgamento da ação penal, repita-se, sendo incabível sua acolhida pela via estreita do writ. Trata-se de matéria de mérito que demanda apurada análise dos elementos de convicção coligidos nos autos, o que não se coaduna com o objeto do *habeas corpus*.

Além disso, impende registrar, nesta oportunidade, que, a douta Magistrada da primeira instância, Dra. Maria Isabel Fleck, ao receber a resposta à acusação analisou as preliminares arguidas pela defesa dos pacientes, quais sejam, a atipicidade das condutas; a aplicação do princípio da insignificância e a extinção da punibilidade.

Sendo que naquela ocasião, tais preliminares foram rejeitadas (após a manifestação do Órgão Ministerial - fls. 235/236 v) e, no mesmo momento, designou a audiência de instrução e julgamento para o dia 28/11/2017 (vide decisão fl. 49).

(...)" (e-STJ, fls. 257-273).

Nesse passo, 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.

Em relação à alegada atipicidade da conduta, argumentam os recorrentes que "os lançamentos que registram a falta de recolhimento do tributo se referem a ISSQN próprio, ou seja, devido pelo próprio contribuinte", de modo que "não há que se falar em valores descontados ou cobrados do consumidor final e não repassado ao Fisco" (e-STJ, fl. 287).

Contudo, a despeito dos argumentos expostos pela defesa, ressalto que a questão foi pacificada no âmbito deste Tribunal Superior, pela Terceira Seção, na ocasião do julgamento

Superior Tribunal de Justiça

do HC 399.109/SC, da relatoria do em. Ministro Rogerio Schietti Cruz, no qual se firmou o entendimento de que "o sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial."

Ademais, asseverou-se que "a descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição."

Conclui-se, assim, que "a interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo)".

No caso em exame, verifica-se que a denúncia narra todos os aspectos constitutivos do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na medida em que os recorrentes, administradores da empresa GESTHO, deixaram de recolher o ISSQN, descontado (retido na fonte dos prestadores de serviços), na qualidade de sujeito passivo da obrigação, por anos seguidos (de janeiro de 2012 a dezembro de 2015), resultando na supressão/redução de carga tributária avaliada em pouco mais de R\$ 8.800.000,00 (oito milhões e oitocentos mil reais).

Assim, os recorrentes deixaram de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ISSQN) descontado dos prestadores de serviços da empresa e que deveria recolher aos cofres públicos.

No tocante à aplicação do princípio da insignificância, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação, no julgamento dos REspS 1.709.029/MG e 1.688.878/SP, representativos da controvérsia, relatoria do em. Ministro Sebastião Reis Júnior, no sentido de que incide o referido princípio aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar a quantia de vinte mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda, o que não se verifica na espécie.

Outrossim, tal entendimento tem aplicação somente aos tributos da competência da União. Para ser estendido ao âmbito municipal, necessária seria a existência de lei local no mesmo sentido, o que não restou demonstrado no recurso.

Por fim, em sede de recurso em *habeas corpus*, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao recorrente apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.

Na espécie, a alegação de que "a inadimplência se deve a grave dificuldade financeira suportada pela empresa gerida" pelos recorrentes, razão pela qual não houve a intenção de lesar o fisco, não restou comprovada nos autos, não sendo suficiente a simples transcrição de suposta declaração do fisco municipal acerca do parcelamento da dívida tributária.

Nesse sentido, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA PRETENSÃO DEDUZIDA. SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF.

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Hipótese na qual o writ, impetrado contra decisão que negou liminar, foi indeferido liminarmente, por falta de instrução, não tendo sido juntada ao feito cópia da decisão em liminar proferida pela Corte estadual, o que inviabiliza a análise da pretensão deduzida no writ.

2. O rito célere do habeas corpus demanda, para que seja analisada a ocorrência de constrangimento ilegal, prova pré-constituída, sendo de responsabilidade exclusiva do impetrante a instrução do writ.

3. A transcrição do teor da decisão no corpo da inicial da impetração não se mostra suficiente para sanar o vício e possibilitar o exame da matéria nesta Corte. 4. Ainda que fosse considerada a mera transcrição do decisum no corpo da petição inicial, não se constataria constrangimento ilegal patente, apto a justificar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 484.988/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJE 14/02/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. FURTO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE. DECLARAÇÃO DE REVELIA DO RÉU. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE.

1. O agravante não conseguiu rebater as razões adotadas na decisão agravada.

2. O habeas corpus não comporta dilação probatória e exige prova pré-constituída das alegações. Cabe ao impetrante, em especial, quando se tratar de advogado, o ônus processual de produzir elementos documentais consistentes, destinados a comprovar as alegações suscitadas no writ.

3. No caso, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão do reconhecimento de inépcia da denúncia, formulada diretamente nesta Corte e após a sentença condenatória e o acórdão que a manteve, não é passível de ser analisada na via eleita.

4. Hipótese em que a prova pré-constituída é insuficiente para tratar da alegada nulidade na instrução processual (violação do art. 367 do CPP). Além disso, é nítida a supressão de instância, pois as instâncias ordinárias não se pronunciaram a respeito. Nem nas alegações finais nem na apelação houve a suscitação da questão trazida no writ.

5. Não há razão para esta Corte determinar que o Tribunal estadual analise tema que não foi arguido ali oportunamente, tanto mais se não há nenhum indicativo de constrangimento ilegal.

6. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 443.287/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

Desse modo, não se verifica ilegalidade apta a justificar a intervenção desta Corte, com a concessão da ordem.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário, cassando a liminar anteriormente deferida.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2017/0255042-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 90.109 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05163897320178130000 10000170516389000 10000170516389001 5163897320178130000

EM MESA

JULGADO: 19/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AUGUSTO DA CUNHA CAMPOS GONCALVES
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRENTE : RODRIGO MARTINS SALES
ADVOGADOS : ELISABETH FRANÇA DA SILVA E OUTRO(S) - MG135946
LUIZ FERNANDO VALLADAO NOGUEIRA - MG047254N
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, cassando a liminar anteriormente deferida."

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