



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 171361 - RJ (2022/0306932-5)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
RECORRENTE : GERARDO AYUSO DURAN
ADVOGADOS : SYNTHIA PANISSET CABO - RJ088459
CLÁUDIO FIGUEIREDO COSTA - RJ001584B
ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700
MARCELO SEDLMAYER JORGE - DF025447
RAPHAEL THADEU CARVALHO DIAS GAUDIO - RJ224377
LETÍCIA PEREIRA SPERANDIO DOS SANTOS - RJ220414E
RAFAELA CASTELLIANO PINA - RJ240197
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : ALEXANDRE RAMOS SOARES PINTO
CORRÉU : BAYARD DO COUTO E SILVA
CORRÉU : GABRIEL DE ASSIS PACHECO
CORRÉU : JOAO CARLOS FRANCA DE LUCA
CORRÉU : JOSE MANUEL GALINDO SOLER
CORRÉU : PAULO HENRIQUE OLIVEIRA DE MENEZES
CORRÉU : ANTONIO DIAS DOS SANTOS
CORRÉU : ANTONIO JOAQUIM PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : CARLOS FILIPE RIZZO
CORRÉU : PAULO CESAR PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : EMÍLIO SALGADO FILHO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RÉU QUE DEIXOU A ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA SONEGADORA EM DATA ANTERIOR A DA CONDUTA DELITUOSA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE PARTICIPAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. OPOSIÇÃO AO INTERROGATÓRIO TELEPRESENCIAL E DEMAIS PEDIDOS INTERPOSTOS EM PETIÇÕES AUTÔNOMAS JULGADOS PREJUDICADOS.

1. Não constitui mister da jurisdição superposta adiantar-se no exame do fundo da acusação discutida na causa principal, sob pena de violação da partição constitucional de competências jurisdicionais. Tal reconhecimento, todavia, não pode ocorrer desassociado da reticência da jurisprudência, categórica ao ressaltar que "*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*" (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019).

2. A peça acusatória detalhou que o Recorrente seria um dos responsáveis

pelos crimes contra a ordem tributária, apesar de ser questão incontroversa que ele desligou-se do Conselho de Administração da Sociedade Empresária em data anterior ao período no qual teriam ocorrido as fraudes nos registros fiscais da empresa, com dolo de reduzirem tributos, apuradas na ação penal impugnada.

3. O acórdão recorrido afastou a alegação de falta de justa causa porque nada indica que o Recorrente, mesmo após substituído no Conselho de Administração, não permaneceu com poderes gerenciais sobre a empresa sonegadora, para ser responsabilizado pela omissão dos tributos devidos.

4. Contudo, embora nos crimes societários não se exija a descrição minuciosa da conduta de cada acusado, sob pena de responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, é necessário que a denúncia demonstre minimamente o vínculo do Acusado com a conduta delituosa. No caso, não foi demonstrado em que medida o Recorrente concorreu para os crimes após deixar a administração da empresa sonegadora, de modo que a imputação além de carecer de justa causa, configura ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da ação penal. Prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que indeferiu a liminar e os pedidos de reconsideração do *decisum*, protocolados em petições autônomas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário e julgar prejudicadas as demais impugnações e pedidos dos autos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de março de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 171361 - RJ (2022/0306932-5)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
RECORRENTE : GERARDO AYUSO DURAN
ADVOGADOS : SYNTHIA PANISSET CABO - RJ088459
CLÁUDIO FIGUEIREDO COSTA - RJ001584B
ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700
MARCELO SEDLMAYER JORGE - DF025447
RAPHAEL THADEU CARVALHO DIAS GAUDIO - RJ224377
LETÍCIA PEREIRA SPERANDIO DOS SANTOS - RJ220414E
RAFAELA CASTELLIANO PINA - RJ240197
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : ALEXANDRE RAMOS SOARES PINTO
CORRÉU : BAYARD DO COUTO E SILVA
CORRÉU : GABRIEL DE ASSIS PACHECO
CORRÉU : JOAO CARLOS FRANCA DE LUCA
CORRÉU : JOSE MANUEL GALINDO SOLER
CORRÉU : PAULO HENRIQUE OLIVEIRA DE MENEZES
CORRÉU : ANTONIO DIAS DOS SANTOS
CORRÉU : ANTONIO JOAQUIM PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : CARLOS FILIPE RIZZO
CORRÉU : PAULO CESAR PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : EMÍLIO SALGADO FILHO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RÉU QUE DEIXOU A ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA SONEGADORA EM DATA ANTERIOR A DA CONDUTA DELITUOSA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE PARTICIPAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. OPOSIÇÃO AO INTERROGATÓRIO TELEPRESENCIAL E DEMAIS PEDIDOS INTERPOSTOS EM PETIÇÕES AUTÔNOMAS JULGADOS PREJUDICADOS.

1. Não constitui mister da jurisdição superposta adiantar-se no exame do fundo da acusação discutida na causa principal, sob pena de violação da partição constitucional de competências jurisdicionais. Tal reconhecimento, todavia, não pode ocorrer desassociado da reticência da jurisprudência, categórica ao ressaltar que "*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*" (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019).

2. A peça acusatória detalhou que o Recorrente seria um dos responsáveis

pelos crimes contra a ordem tributária, apesar de ser questão incontroversa que ele desligou-se do Conselho de Administração da Sociedade Empresária em data anterior ao período no qual teriam ocorrido as fraudes nos registros fiscais da empresa, com dolo de reduzirem tributos, apuradas na ação penal impugnada.

3. O acórdão recorrido afastou a alegação de falta de justa causa porque nada indica que o Recorrente, mesmo após substituído no Conselho de Administração, não permaneceu com poderes gerenciais sobre a empresa sonegadora, para ser responsabilizado pela omissão dos tributos devidos.

4. Contudo, embora nos crimes societários não se exija a descrição minuciosa da conduta de cada acusado, sob pena de responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, é necessário que a denúncia demonstre minimamente o vínculo do Acusado com a conduta delituosa. No caso, não foi demonstrado em que medida o Recorrente concorreu para os crimes após deixar a administração da empresa sonegadora, de modo que a imputação além de carecer de justa causa, configura ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da ação penal. Prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que indeferiu a liminar e os pedidos de reconsideração do *decisum*, protocolados em petições autônomas.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GERARDO AYUSO DURAN contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no HC n. 0048208-44.2022.8.19.0000.

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado por ter supostamente infringido a norma penal contida no inciso II, do art. 1.º, c.c. o inciso I, do art. 12, ambos da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, por sonegar impostos na qualidade de membro do Conselho de Administração da Refinaria de Petróleos de Mangueiras S.A., entre os meses de maio e junho de 2008.

Impugnando a decisão do Juízo de Direito da 27.ª Vara Criminal da Comarca da Capital-RJ, que rejeitou a absolvição sumária do Acusado, a Defesa impetrou o *writ* originário, denegado em acórdão assim ementado (fls. 98-99):

"HABEAS CORPUS – CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, INCISO II C/C INCISO I, DO ARTIGO 12, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUBSIDIARIAMENTE, REQUEREM OS IMPETRANTES, O DEFERIMENTO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA ROGATÓRIA PARA O INTERROGATÓRIO DO PACIENTE. O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ATRAVÉS DE AÇÃO DE HABEAS CORPUS É MEDIDA DE EXCEÇÃO, QUE SOMENTE CABE NAS HIPÓTESES EM QUE SE DEMONSTRA DE PLANO A ATIPICIDADE DA CONDUTA, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU A NEGATIVA EXPRESSA DA AUTORIA, CUJAS PROVAS DEVEM VIR ICTU OCULIS. DOS DOCUMENTOS QUE INSTRUÍRAM A PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS, OBSERVA-SE, DE FATO, A ATA SUMÁRIA DAS ASSEMBLEIAS GERAIS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA, REALIZADAS NO DIA 13 DE ABRIL DE 2007, ONDE CONSTA NO ITEM 04 – A ELEIÇÃO PARA A RECOMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

PARA MEMBRO EFETIVO, O QUE, EM TESE, DEMONSTRARIA O AFASTAMENTO PACEINTE DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO PERÍODO ABRANGIDO PELA DENÚNCIA, QUAL SEJA: MAIO E JUNHO DE 2008. ENTREMENTES, COMO BEM FUNDAMENTADO PELO DOUTO MAGISTRADO DE PISO, TAL PROVA, POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE PARA RECONHECER DEFINITIVAMENTE A NEGATIVA DA AUTORIA DO PACIENTE QUANTO AOS ILÍCITOS A ELE IMPUTADOS, HAJA VISTA QUE NÃO HÁ COMPROVAÇÃO CABAL DE QUE A SUA SUBSTITUIÇÃO NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO, TENHA SIDO DEFINITIVA, TAMPOUCO EVIDÊNCIA DE QUE A REFERIDA SUBSTITUIÇÃO TENHA AFASTADO INTEGRALMENTE OS SEUS PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. NESSE PASSO, RESTA CLARIVIDENTE A NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CUJA ANÁLISE ADENTRA AO MÉRITO DA CAUSA, O QUAL É DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO A QUO. FAZER ESTE EXAME VIA A PRESENTE AÇÃO, ALÉM DE SER INADEQUADO PELA AUSÊNCIA DE UM CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE, TAMBÉM CONFIGURARIA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESTA FORMA, A MATÉRIA SUSCITADA SE CONFUNDE COM O PRÓPRIO MÉRITO DA AÇÃO PENAL QUE SE QUER TRANCAR, DEVENDO A QUESTÃO SER APRECIADA PELO JUÍZO NATURAL, NÃO HAVENDO NENHUMA CAUSA QUE POSSA DETERMINAR O ENCERRAMENTO PREMATURO DO PROCESSO. NO MESMO NORTE, RESTA INSUBSISTENTE O PLEITO NO SENTIDO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA PARA O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. AO CONTRÁRIO DO QUE REGISTRAM OS IMPETRANTES, NÃO É CRÍVEL QUE O ACUSADO TENHA DIFICULDADE COM A LÍNGUA PORTUGUESA, PRINCIPALMENTE PELO FATO DE TER INTEGRADO O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S.A, ESTABELECIDA NO BRASIL, O QUE DENOTA UM MÍNIMO DE CONHECIMENTO LINGUÍSTICO DESTES PAÍSES. DE IGUAL FORMA, NÃO SE VERIFICA, PELO MENOS AO EXAME DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS QUE O ACUSADO SEJA PORTADOR DE IDADE AVANÇADA QUE O TORNE INCAPAZ DE UTILIZAR A FERRAMENTA DISPONÍVEL PARA A REALIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA. EM MOMENTO DE GRAVE CRISE MUNDIAL DECORRENTE DA PANDEMIA DISSEMINADA PELO COVID-19, A POPULAÇÃO DE TODOS OS PAÍSES NECESSITOU SE ENVOLVER COM A TECNOLOGIA, ESPECIALMENTE, COM O PROPÓSITO DE DERRUBAR BARREIRAS DO ISOLAMENTO E DA DISTÂNCIA, FAZENDO USO DE VÁRIAS OPÇÕES DE PROGRAMAS RELACIONADOS À VIDEOCONFERÊNCIA. ADEMAIS, A UTILIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA VEM REGULAMENTADA NO ATO NORMATIVO Nº 25/2020, O QUAL OBSERVA OS REQUISITOS OBEDECIDOS NA RESOLUÇÃO CNJ Nº 329/2020. ASSIM, A PRETENSÃO SE MOSTRA TOTALMENTE IMPRODUTIVA, FERINDO, POR CONSEQUENTE, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, BEM COMO, DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM."

Sustenta o Recorrente que foi substituído no cargo de membro efetivo do Conselho de Administração da Empresa em abril de 2007, portanto, em data anterior ao período apontado na denúncia. Aduz que a denúncia fundamenta a responsabilidade penal exclusivamente no fato de supostamente integrar o Conselho de Administração. Assim, afirma ser evidente o constrangimento ilegal no prosseguimento da ação penal, por falta de justa causa.

De outro lado, defende que o acórdão recorrido não corrigiu manifesta ilegalidade na instrução processual, consistente na imposição de interrogatório por videoconferência em hipótese em que a lei prevê a expedição de carta rogatória. Informa que é cidadão espanhol

idoso, que reside em Madri, não possui domínio da língua portuguesa tampouco das ferramentas tecnológicas necessárias para efetivação da oitiva. Entende, nessa linha, que o interrogatório por videoconferência impede seu direito à autodefesa, lembrando que ocorrerá sem a presença de seus advogados nomeados no Brasil e no fuso horário do nosso país.

Requer, *"em caráter liminar, para que seja suspensa a ação penal nº 0514943-35.2015.8.19.0001 até o julgamento do mérito do presente writ"* (fl. 178). No mérito, busca, o trancamento da ação penal de origem, por estar comprovado que o Recorrente não é autor do fato imputado.

O pedido liminar foi indeferido pela Exma. Ministra LAURITA VAZ, às fls. 370-373. Considerou a então relatora que o Réu permanece solto, de forma que o simples prosseguimento da instrução processual não causará dano direto e imediato à liberdade de locomoção. Ademais, para reconhecer, em juízo de cognição sumária, tanto a suposta ausência de justa causa para o exercício da ação penal quanto a impossibilidade de o interrogatório ocorrer por videoconferência, seria necessário, inevitavelmente, o aprofundado reexame do conjunto fático-probatório.

As informações foram prestadas às fls. 379-383.

Seguiu-se a interposição de agravo regimental contra a decisão que indeferiu o provimento urgente, bem como pedido de reconsideração, aduzindo além dos fundamentos do recurso interno que (fl. 499):

"Houve a designação da audiência de instrução e julgamento na ação penal originária para o dia 07 de novembro de 2022, por videoconferência, determinando a intimação da defesa para que forneça os dados de contato do acusado para envio do link da audiência."

O pedido de reconsideração foi indeferido pela Ministra Relatora às fls. 505-508.

A Defesa, então, peticionou nos autos novamente buscando a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar, já atacada por agravo regimental pendente de julgamento, insistindo na suspensão da Ação Penal n. 0514943-35.2015.8.19.0001, até o julgamento do presente recurso ordinário em *habeas corpus*, que no mérito se busca trancar por falta de justa causa.

Desta feita, o pedido de reconsideração foi parcialmente deferido para determinar que a oitiva do Réu se dê presencialmente, mediante carta rogatória, conforme requerido pela Defesa (fls. 519-522).

Petição às fls. 529-533 repisa as alegações do recurso ordinário e busca prioridade de tramitação da insurgência, por se tratar de Recorrente idoso.

O Ministério Público Federal opina às fls. 534-536, em parecer assim sumariado:

*"Recurso em habeas corpus. Crime contra ordem tributária (artigo 1º-II c/c o artigo 12-I da Lei 8.137/90).
– Trancamento da ação penal. Impossibilidade."*

Denúncia que atende aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Indícios suficientes de autoria e materialidade. Necessidade de incursão fático-probatória, incabível nesta via mandamental.

– Promoção pelo não provimento do recurso."

É o relatório.

VOTO

É certo que 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 constitui hipótese de extrema excepcionalidade.

Com efeito, não constitui mister da jurisdição superposta adiantar-se no exame do fundo da acusação discutida na causa principal, sob pena de violação da partição constitucional de competências jurisdicionais. Premissa diversa, por não se confundir com a avaliação do fundo da controvérsia em si, é a constatação da ausência de elementos aptos a lastrearem a justa causa.

Tal reconhecimento, todavia, não pode ocorrer desassociado da reticência da jurisprudência, categórica ao ressaltar que "*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*" (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019).

Na hipótese dos autos, tenho como evidente a falta de justa causa para a ação penal, um vez que o Recorrente foi denunciado apenas por supostamente exercer cargo no Conselho de Administração da Empresa, o qual deixou de exercer antes do período apontado na denúncia.

O Ministério Público Fluminense acusou o Recorrente do cometimento de crimes contra a ordem tributária, junto com outros corréus. Narra a exordial acusatória que (fls. 346-349; grifos diversos no original):

"No período compreendido os meses de maio e junho de 2008, o denunciado GERARDO AYUSO DURÁN com vontade livre e de maneira consciente, na qualidade de administrador da sociedade empresária Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A., inscrita no CNPJ sob o nº 33.412.081/0001-96, estabelecida na Avenida Brasil, nº 3.141, Caju, Rio de Janeiro — RJ, utilizando-se das mesmas condições de lugar e da mesma forma de execução, por 2 (duas) vezes, fraudou a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos relativamente a operações de saída de mercadorias tributadas em livros e documentos exigidos pela lei fiscal, creditando-se assim, e indevidamente, do ICMS sobre as mesmas incidente, consoante se depreende do quadro demonstrativo de fls. 04 (MPRJ 2014.00393766).

[...]

Tais fatos foram verificados no curso da ação fiscal nº 26514084, ocasião em que os auditores fiscais da Receita Estadual constataram que os denunciados se creditaram indevidamente do ICMS ST, na medida em que deixaram de destacar e recolher o referido imposto incidente sobre as operações próprias de saídas internas de combustíveis derivados do petróleo efetivamente realizadas entre a REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S.A. e a sociedade empresária

DÍNAMO DISTRIBUDORA DE PETRÓLEO S.A. (fls. 561/562).

Uma vez que tais operações estão sujeitas ao regime de substituição tributária, competia à REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S.A., na qualidade de contribuinte substituto, o dever de reter e recolher o ICMS incidente sobre as operações subsequentes de toda a cadeia econômica.

Contudo, para obterem êxito na aludida empreitada criminosa, os denunciados, valeram-se das benesses provenientes da ordem concedida pelo juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Estado de São Paulo em sede de mandado de segurança impetrado por diversos postos de combustíveis sediados naquele Estado, a qual determinou que o COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO se abstivesse de cobrar e de reter o ICMS no regime de substituição tributária relativo a todas as etapas subsequentes da cadeia econômica em operações interestaduais envolvendo combustíveis e derivados de petróleo adquiridos da REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S.A.

Cumpra destacar, todavia, que a eficácia da ordem concedida no citado mandamus é restrita, posto que de natureza subjetiva, não operando, por conseguinte, efeitos perante o Fisco do Estado do Rio de Janeiro, sobretudo considerando que as operações tributáveis sob análise foram de natureza interna, ou seja, realizadas entre contribuintes estabelecidos na mesma Unidade da Federação, in casu, no Rio de Janeiro.

Destarte, mediante o emprego do aludido artifício, manifestamente fraudulento, os denunciados macularam sobremaneira a lisura dos registros fiscais da empresa, com o inequívoco propósito de locupletarem-se em desfavor do erário, deixando, por conseguinte, de promover o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações em tela.

Em decorrência, foram lavrados pela Receita Estadual os autos de infração de números 03.238938-9 (fls. 03/05 — MPRJ 2014.00393754), com valor originário de 19.126.154,52 UFIR-RJ, equivalente a R\$ 51.868.218,44 (cinquenta e um milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, duzentos e dezoito reais e quarenta e quatro centavos) e 03.238934-8 (fls. 03/05 — MPRJ 2014.00393766), com valor originário de 7.681.578,49 UFIR-RJ, equivalente a R\$ 20.831.672,70 (vinte milhões, oitocentos e trinta e um mil, seiscentos e setenta e dois reais e setenta centavos), totalizando a importância de R\$ 72.699.891,14 (setenta e dois milhões, seiscentos e noventa e nove mil, oitocentos e noventa e um reais e quatorze centavos), cujos créditos tributários encontram-se definitivamente constituídos mediante inscrição em dívida ativa em 16.01.2014 (fl. 551) e 31.10.2013 (fl. 558), respectivamente."

106): O Tribunal fluminense, ao denegar a ordem originária, assim se manifestou (fls. 105-

"Dos documentos que instruíram a presente ação constitucional de Habeas Corpus, observa-se, de fato, a Ata Sumária das Assembleias Gerais Ordinária e Extraordinária, realizadas no dia 13 de abril de 2007 (index 03), onde consta no item 04 – a eleição para a recomposição do Conselho de Administração para membro efetivo, do Sr. Eric Cioni Couto em substituição ao Sr. Gerardo Ayuso Duran, ora paciente, o que, em tese, demonstraria o seu afastamento do Conselho de Administração no período abrangido pela denúncia, qual seja: maio e junho de 2008.

*Entrementes, como bem fundamentado pelo douto magistrado de piso, tal prova, por si só, não é suficiente para reconhecer definitivamente a negativa da autoria do paciente quanto aos ilícitos a ele imputados, haja vista que **não há comprovação cabal de que a sua substituição no Conselho de Administração, tenha sido definitiva, tampouco evidência de que a referida substituição tenha afastado integralmente os seus poderes de administração.***

Nesse passo, resta clarividente a necessidade de revolvimento fático-

probatório, cuja análise adentra ao mérito da causa, o qual é de competência do Juízo a quo.

Fazer este exame via a presente ação, além de ser inadequado pela ausência de um conjunto probatório suficiente, também configuraria supressão de instância.

Desta forma, a matéria suscitada se confunde com o próprio mérito da ação penal que se quer trancar, devendo a questão ser apreciada pelo Juízo Natural, não havendo nenhuma causa que possa determinar o encerramento prematuro do processo."

Vê-se, assim, que é questão incontroversa que o Recorrente desligou-se do Conselho de Administração da Sociedade Empresária Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A. em data anterior ao período compreendido os meses de maio e junho de 2008, no qual teriam ocorrido as fraudes a fiscalização tributária apuradas na ação penal impugnada.

O acórdão recorrido afastou a alegação de falta de justa causa porque nada indica que o Recorrente, mesmo após substituído no Conselho de Administração, não permaneceu com poderes gerenciais sobre a empresa sonegadora, para ser responsabilizado pela omissão dos tributos devidos.

Contudo, embora nos crimes societários não se exija a descrição minuciosa da conduta de cada acusado, sob pena de responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, é necessário que a denúncia demonstre minimamente o vínculo do Acusado com a conduta delituosa.

No caso, não foi demonstrado em que medida o Recorrente concorreu para a prática dos crimes após deixar a administração da empresa sonegadora, de modo que a imputação além de carecer de justa causa, configura ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE DA CONDUTA. FALTA DE RESPONSABILIDADE LEGAL ACERCA DOS FATOS. POSIÇÃO EM GRUPO ECONÔMICO QUE NÃO INDUZ AUTORIA.

1. O trancamento da ação penal em habeas corpus, por falta de justa causa ou por inépcia da denúncia, situa-se no campo da excepcionalidade, somente cabível quando houver comprovação, de plano, a ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. Existe plausibilidade da alegação defensiva de inépcia, no tocante à ausência de descrição concreta da conduta do paciente, quanto aos crimes imputados, haja vista que a empresa Zhiuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S/A, em Recuperação Judicial, tinha sua própria diretoria, embora integrasse um grupo maior, de modo que a responsabilidade penal é da diretoria da empresa, e não de um acionista, mesmo majoritário, sem falar que a figura do administrador de fato não define responsabilidade penal.

3. Verifica-se da denúncia que, nos anos de 2010 a 2012, em relação à empresa Zhiuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S/A, em processo de recuperação judicial, e após auditoria fiscal realizada pela Receita Federal, constataram-se

supostos ilícitos tributários, resultando em duas representações fiscais para fins penais de ns. 10480.722603/2014-78 e 10480.730324/2016-40.

4. Acrescentou a peça que Flávia Coelho detinha a responsabilidade da gestão financeira, mas que as decisões nesse tocante seriam tomadas de modo colegiado, e que havia um comitê na matéria, composto por Flávia, Marco Aurélio (diretor de operações) e Ricardo Chaves (diretor de controladoria) e outras pessoas.

5. Aponta o Ministério Público que as informações dos inquiridos estão em conformidade com as auditorias presente nas representações fiscais, pelo que indica que o agravante, além de acionista, também seria administrador de fato da empresa e o presidente do Grupo "Eduardo Queiroz Monteiro", no qual inserida a empresa Zihuatanejo.

6. Assim postos os fatos, afigura-se procedente a tese do agravante, de que a denúncia, a despeito de imputar os fatos à empresa Zhiuatanejo do Brasil Açúcar e Alcool S/A, em Recuperação Judicial, que tinha diretoria própria, também os imputa ao recorrente, Presidente do Grupo (empresarial) Eduardo Queiroz Monteiro, mas sem descrever, no tempo, na forma e no espaço, que condutas causais teria ele, que não era dirigente da empresa, ainda que acionista majoritário da empresa, praticado ou contribuído para os crimes constantes da denúncia - art. 168-A ("apropriação indébita previdenciária") e art. 337-A, inciso III ("sonegação de contribuição previdenciária"), e art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, as duas primeiras em concurso material e todas em continuidade delitiva -, cujas molduras fáticas, aliás, vêm superpostas na denúncia.

7. Afirmou o recorrente, conforme consta da denúncia, que era acionista da Zihuatanejo desde o início da empresa, mas que nunca compôs os quadros de diretoria da empresa, havendo uma diretoria executiva da Zihuatanejo composta de diretores e gerentes, detentora de atribuição de gestão financeira.

8. Mas a denúncia, louvando-se em prova testemunhal - declarações prestadas por Flávia, Marcos Aurélio e José Ricardo -, e em matérias jornalísticas colacionadas pela auditoria em ambas as representações fiscais para fins penais, afirma que "Por tudo isso, pode-se concluir que Eduardo Queiroz Monteiro, na qualidade de administrador de fato da Zhiuatanejo do Brasil Açúcar e Alcool S/A Em Recuperação Judicial deixou de repassar aos cofres públicos os valores recolhidos a título de contribuição previdenciária; reduziu o recolhimento de contribuição previdenciária mediante a omissão de remuneração, receitas e demais fatos geradores; e suprimiu tributo mediante a omissão de informações às autoridades fazendárias.

9. **Dir-se-ia que o recorrente, na qualidade de Presidente do Grupo Empresarial, poderia ter alguma participação nas condutas dadas como delitivas, até mesmo como interessado, pois era o maior acionista da empresa, mas isso não dispensaria a denúncia de descrever a (s) sua(s) condutas voltadas para a finalidade, na estrutura diretiva da empresa Zhiuatanejo do Brasil Açúcar e Alcool S/A Em Recuperação Judicial, em termos de imputação objetiva, sob pena um indevido regressus ad infinitum na cadeia causal, que poderia chegar ao todos os acionistas!**

10. Agravo regimental provido, a fim de conceder o habeas corpus e trancar a ação penal n. 0815080-23.2020.4.05.8300 por inépcia." (AgRg no RHC n. 164.698/PE, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 19/12/2022; sem grifos no original.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DAS CONDUTAS A AMBOS OS RECORRENTES. CORRÉ QUE NÃO FIGURA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA DA PESSOA JURÍDICA NO CONTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PODERES DE

GESTÃO. DESCRIÇÃO DO MODO PELO QUAL A RECORRENTE PRATICOU A CONDUTA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL APENAS EM RELAÇÃO A ELA. INÉPCIA QUE NÃO SE MOSTRA LATENTE EM RELAÇÃO AO DENUNCIADO, O QUAL FIGURA COMO ÚNICO ADMINISTRADOR DA EMPRESA, OSTENTANDO DEVERES PERANTE O FISCO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPUTAÇÕES CRIMINOSAS. CREDITAMENTO DO ICMS, EM RAZÃO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA ENTRE OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÃO QUE, POR SI SÓ, É INCAPAZ DE CONFIGURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO ÂMBITO DO STF (AI N. 768.491 RG/RS). CONFIGURAÇÃO DE, NO MÁXIMO, DÉBITO TRIBUTÁRIO NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTA DESTINADA A OMITIR OPERAÇÕES DO FISCO, COM O FIM DE FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. VERIFICAÇÃO DE UMA OPERAÇÃO EM QUE O RECORRENTE INFORMOU TEREM SIDO OS PRODUTOS ADQUIRIDOS COM A ALÍQUOTA DE 17%, QUANDO, NA VERDADE, FOI DE 12%. PRÁTICA QUE SE SUBSUME À CONDUTA DE INSERIR ELEMENTOS INEXATOS, COM O FIM DE BURLAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEMAIS CONDUTAS QUE SE LIMITARAM A PROCEDER À OPERAÇÃO DE CREDITAMENTO DO ICMS, COM A DEVIDA ANOTAÇÃO NO LIVRO FISCAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO (VENCIDO O RELATOR NESTE PONTO).

1. Buscam os recorrentes o trancamento da ação penal que lhes imputa a prática de crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990), ao argumento de inépcia da denúncia e de atipicidade da conduta.

2. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011).

3. Verificado que a denúncia imputa os fatos delituosos a ambos os recorrentes, sem individualizar a conduta da acusada, que não possui poderes de gestão dentro da empresa, deve ser trancada a ação penal em relação a ela, por configurar nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram atribuídas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão.

4. Deve ser mantida a ação penal em relação ao acusado que figura no contrato social como o único sócio-administrador da empresa, tendo em vista que a ele cabem as obrigações perante o Fisco.

5. As operações supostamente realizadas pelo recorrente, consistentes no creditamento do ICMS em razão da diferença da alíquota entre os estados da Federação, não são capazes, por si sós, de configurarem a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário. Tal matéria encontra-se com repercussão geral reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no AI n. 768.491 RG/RS (vencido o Relator neste ponto).

6. Recurso parcialmente provido, apenas para determinar a anulação da ação penal em relação à recorrente, em razão da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja proferida, sanando-se os vícios apontados. Recurso improvido em relação ao pleito de trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, nos termos do voto divergente, que integrará o acórdão (vencido o Relator neste ponto)." (RHC n. 40.555/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/8/2014, DJe de 19/11/2014; sem grifos no original.)

De fato, tem fundamento a alegação de falta de justa causa porque o Recorrente não teria poderes gerenciais sobre a empresa sonegadora para ser responsabilizado pela omissão dos tributos devidos, uma vez que a acusação não demonstrou, de forma suficientemente individualizada, a vinculação do Recorrente com as práticas delitivas narradas na denúncia, de modo que o conjunto probatório indiciário é insuficientemente para ensejar o recebimento da peça incoativa.

De outra parte, apesar de reputar válidas as considerações da Exma. Ministra LAURITA VAZ sobre a necessidade da expedição de carta rogatória para o interrogatório do Recorrente, quando deferiu o provimento urgente em homenagem ao princípio da autodefesa, tal questão, assim como o agravo regimental interposto contra a decisão que indeferiu a liminar e os pedidos de reconsideração do *decisum*, protocolados em petições autônomas, fica superada com o reconhecimento de falta de justa causa para a ação penal.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário em *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal n. nº 0514943-35.2015.8.19.0001, em trâmite na 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, julgando prejudicadas as demais impugnações e pedidos dos autos.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0306932-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 171.361 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00482084420228190000 00656471020188190000 00679529820178190000
03034669620158130001 05149433520158190001 202214100675
3034669620158130001 482084420228190000 5149433520158190001
656471020188190000 679529820178190000

PAUTA: 27/02/2024

JULGADO: 12/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEODORO SILVA SANTOS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GERARDO AYUSO DURAN
ADVOGADOS : SYNTHIA PANISSET CABO - RJ088459
CLÁUDIO FIGUEIREDO COSTA - RJ001584B
ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700
MARCELO SEDLMAYER JORGE - DF025447
RAPHAEL THADEU CARVALHO DIAS GAUDIO - RJ224377
LETÍCIA PEREIRA SPERANDIO DOS SANTOS - RJ220414E
RAFAELA CASTELLIANO PINA - RJ240197
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : ALEXANDRE RAMOS SOARES PINTO
CORRÉU : BAYARD DO COUTO E SILVA
CORRÉU : GABRIEL DE ASSIS PACHECO
CORRÉU : JOAO CARLOS FRANCA DE LUCA
CORRÉU : JOSE MANUEL GALINDO SOLER
CORRÉU : PAULO HENRIQUE OLIVEIRA DE MENEZES
CORRÉU : ANTONIO DIAS DOS SANTOS
CORRÉU : ANTONIO JOAQUIM PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : CARLOS FILIPE RIZZO
CORRÉU : PAULO CESAR PEIXOTO DE CASTRO PALHARES
CORRÉU : EMÍLIO SALGADO FILHO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CLÁUDIO FIGUEIREDO COSTA, pela parte RECORRENTE: GERARDO AYUSO
DURAN

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 unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário e julgou
prejudicadas as demais impugnações e pedidos dos autos, nos termos do voto do Sr.

2022/0306932-5 - RHC 171.361

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0306932-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 171.361 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF),
Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o
Sr. Ministro Relator.

C54252449450836151@ 2022/0306932-5 - RHC 171361