

HABEAS CORPUS 86.294 —SP

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Pacientes: Odilon Monteiro, Domingos Felício Brunetto, Américo de Assis Merlo ou Américo de Assis Melro e Abelardo Monteiro

Impetrante: Tarita de Britto Bernardi

Coator: Superior Tribunal de Justiça

1. *Habeas Corpus*. Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 3. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes (HC n. 80.812/PA, DJ de 5-3-2004; RHC n. 65.369/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-10-1987; HC n. 73.903/CE, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25-4-1997; HC n. 74.791/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 9-5-1997; e RHC n. 59.857/SP, Rel. Min. Firmino Paz, DJ de 10-12-1982). 5. No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou que todos os denunciados eram responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida. 6. *Habeas corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Gilmar Mendes, Relator.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O parecer elaborado pela eminente Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, assim relata o caso (fls. 94-97):

“Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de Odilon Monteiro, Domingos Felício Brunetto, Américo de Assis Merlo e Abelardo Monteiro, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada, não reconhecendo a inépcia da peça inicial acusatória e a falta de justa causa para o trancamento da ação penal. Estes, os termos do julgado (fls. 56/57):

‘Processual Penal. Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Apropriação indébita previdenciária. Crime societário. Denúncia que aponta a participação de cada acusado na administração da empresa no período. Alegação de inépcia da peça acusatória não caracterizada. Adesão ao Refis. Causa extintiva da punibilidade. Pretensão improcedente. Exclusão do Programa de Recuperação Fiscal. Prosseguimento do Processo Criminal. Lei 9.964/2000, art. 15. Suspensão interrompida. Liminar revogada. Ordem denegada.

1. Na hipótese em exame, a denúncia descreve fato típico, permitindo a exata compreensão do que está sendo imputado a cada um dos denunciados, identificando o motivo pelo qual os pacientes devem responder pelo crime que lhes é atribuído, apontando o período em que cada um respondeu pela administração da empresa devedora.

2. Assim sendo, considerando que o fato imputado aos pacientes é típico e antijurídico, além de socialmente reprovável, não me parece aconselhável trancar a ação penal sem permitir — por meio do devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, durante a indispensável instrução criminal — que os denunciados produzam provas suficientes para descaracterizar o dolo da conduta atribuída, oportunidade em que poderão demonstrar eventual estado de necessidade, acima da vontade, que lhes tivesse, eventualmente, impedido de repassar as contribuições sociais à autarquia previdenciária, ou qualquer outra causa de exclusão da culpabilidade, comprovando que não houve administração deficitária ou irresponsável por parte deles na condução da empresa.

3. Por outro lado, a adesão ao Programa de Recuperação Fiscal – REFIS não é causa de extinção da

punibilidade, como defende a impetrante, mas permite tão-somente a suspensão da pretensão punitiva do Estado, quando a empresa devedora é incluída no referido programa antes do recebimento da denúncia (Lei 9.964/2000, art. 15).

4. Contudo, na hipótese, conforme ressaltado pelo Ministério Público Federal, a referida empresa foi excluída do Refis, por inobservância das exigências previstas, conforme a Portaria CG/SER 344, de 9/2/2004, publicada no DOU de 16/2/2004, consoante faz prova a informação prestada pela Secretaria Executiva do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal – REFIS.

5. Portanto, não há que se cogitar no trancamento da ação penal tendo em vista que não desponta, de forma indubitosa, a falta de justa causa para o prosseguimento do processo criminal, que só pode ser reconhecida diante de evidente atipicidade do fato, da absoluta ausência de indícios quanto à autoria ou quando demonstrada a existência de causa extintiva da punibilidade, hipóteses que não se encontram presentes no caso em exame.

6. Ordem denegada.'

2. Alega a impetrante, em suma, que o acórdão impugnado, ao permitir a continuidade da ação penal, impôs intolerável constrangimento ilegal aos pacientes, porquanto denúncia genérica, como a que se acha sub examine, que não individualiza de modo preciso a conduta antijurídica imputada aos acusados, limitando-se a apontar os poderes de gerência de cada um deles, vulnera os princípios constitucionais que asseguram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Traz a lume julgados dessa Suprema Corte no sentido de que, em se cuidando 'de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente' .

3. Considerando inepta a peça acusatória, requer o trancamento da ação penal (fls.02/16).

4. Pedido liminar indeferido (fl. 92).

5. O parecer do Ministério Público Federal é pela denegação do habeas corpus.

6. Os pacientes, na condição de sócios-gerentes da empresa Pozan Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda, foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 95, d, da Lei n. 8.212/91 (atual art. 168-A do CP), c/c os arts. 29 e 71 do Código Penal. Rejeitada a denúncia, o Ministério Público interpôs recurso

em sentido estrito, tendo o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, acolhido a insurgência para determinar o recebimento da peça acusatória, bem como o prosseguimento da ação penal. A defesa dos pacientes ainda manejou, sem êxito, embargos infringentes e recurso especial. Impetrado habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, a ordem foi indeferida nos moldes da ementa inicialmente transcrita.

7. Segundo informações constantes do feito, os pacientes postularam e obtiveram a inclusão da referida pessoa jurídica no Refis, motivo pelo qual o Juízo Federal suspendeu a pretensão punitiva estatal e o respectivo prazo prescricional, com fundamento no art. 15, caput e § 1º, da Lei n. 9.964/2000, durante o período em que a empresa estivesse incluída no programa fiscal. Por inobservância das exigências previstas, conforme a Portaria CG/SER n. 344, de 9/2/2004, publicada no DOU de 16/2/2004, a sociedade comercial foi excluída do Refis.

8. Na presente impetração, insiste a defesa na tese da impossibilidade de se ofertar, nas hipóteses de crimes societários, denúncia genérica, sem a descrição individualizada da conduta de cada agente, sob pena de ofensa ao exercício da ampla defesa e do contraditório."

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): O parecer da Procuradoria-Geral da República bem analisa a controvérsia (fls. 97-99):

"Não assiste, entretanto, razão à impetrante. Nos delitos societários, as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, conforme expressiva corrente jurisprudencial, devem ser abrandadas visto a dificuldade inicial da particularização das condutas, sendo de todo inviável a concessão de writ para determinar o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia quando os fatos alegados dependem de dilação probatória e não houver, como se verifica na espécie, prejuízo ao direito de ampla defesa.

10. Os ilícitos perpetrados em nome das sociedades comerciais são de difícil e tormentosa elucidação, aproveitando-se os

verdadeiros autores, em regra, da atividade empresarial para se distanciar da autoria, o que revela, muitas vezes, a necessidade do desenvolvimento da fase instrutória. *In casu*, não é diferente. A persecução criminal deflagrada exige minucioso confronto probatório, de maneira a identificar a medida de participação de cada um dos co-autores, integrantes da sociedade, nos fatos delituosos.

11. Nessa linha, a denúncia constitui-se numa peça que deve ser simples, precisa e objetiva, abstendo-se de analisar o acervo probatório. O exame das provas há de ser feito, oportunamente, nas alegações finais. Na inicial acusatória, o *Parquet* apenas atribui a alguém a responsabilidade por um fato. Assim é que, mesmo não sendo minuciosa, a peça acusatória criticada é mais que suficiente para instauração da ação penal, pois 'não há inépcia quando a denúncia, mesmo sem individualizar, de forma pormenorizada, a conduta de cada acusado, descreve suficientemente os atos típicos imputados' (HC n. 75.744/RJ, STF, 2ª Turma, Rel. Ministro *Néri da Silveira*, in DJU de 19/02/1999). (...)

12. A denúncia ofertada contra os pacientes revela a adequação típica e faculta o exercício da ampla defesa. Descreve fato delituoso, consistentes na vontade livre e consciente de descontar a contribuição previdenciária dos empregados no período em que cada um respondeu pela administração da empresa devedora e deixou de recolher os valores aos cofres da autarquia previdenciária, identifica e qualifica todos os acusados, aponta a definição jurídica do ilícito e, ao final, aponta testemunha (fls. 20/22).

13. Não se deve esquecer que a denúncia é uma proposta de acusação. É na instrução que se recolhe a prova incontestada da autoria, do vínculo entre os acusados e a descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Para a validade da denúncia, bastam indícios de que os acusados são os autores da infração penal. Os pacientes foram descritos na denúncia como sócios-gerentes e administradores com poderes de mando, o que os tomam, em princípio, como responsáveis pelo repasse de tributos e contribuições sociais. Qualquer afirmação em contrário somente poderá ser comprovada por meio da dilação probatória.

14. De outro lado, se a inicial acusatória, como é o caso, descreve fatos que, em tese, configuram ilícito, existindo no feito elementos de informação que autorizam o seu recebimento e sendo, ainda, imperceptível, de pronto, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria, afigura-se prematuro acolher a pretensão voltada para o trancamento da ação penal, por carência de justa causa.

15. A denúncia criticada, ao revés do afirmado, é suficiente para instaurar a fase judicial do procedimento persecutório. Simples e concisa, abstando-se de analisar provas, atribui aos acusados a prática do delito agora previsto no art. 168-A do Código Penal, contendo a exposição do fato criminoso, as suas circunstâncias e a indicação da conduta imputada, o que permite o pleno exercício do direito de defesa, sem qualquer empecilho.

16. Presentes indícios plausíveis do não-recolhimento das contribuições arrecadadas dos segurados, cuja definição se ajusta aos fatos descritos na denúncia, a ação penal deve prosseguir para que, aprofundada análise dos elementos de convicção, a defesa dos réus e o Ministério Público possam efetivamente provar suas alegações, observado o contraditório e a ampla defesa”.

No caso concreto sob exame, a denúncia (fls. 20-22) tece as seguintes considerações sobre o indício de autoria e a materialidade do crime:

“Consta da representação acima referenciada que os denunciados, sócios-gerentes da sociedade denominada *‘Pozam Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda.’*, sediada na rua Comendador Guimarães, 121, Centro, na cidade de Amparo, Estado de São Paulo, agindo nessa qualidade como detentores dos poderes emergentes da gerência da empresa, nos seus respectivos períodos de gestão e no período compreendido entre 09/94 e 04/97, deixaram de recolher, na época própria, as contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social arrecadadas de seus segurados, empregados daquela.

O fato foi apurado pela fiscalização previdenciária, que verificou terem sido os valores descontados dos salários dos empregados, lançando-se o crédito através das NFLDs n. 32.071.599-0, 32.071.604-0, 32.071.609-0 e 32.071.616-3.

A administração da sociedade era exercida pelos três primeiros denunciados até junho de 1995, conforme se verifica da Cláusula 5ª, do Contrato Social (fl. 77), por todos os denunciados dessa data até outubro de 1996, conforme cláusula 5ª da Alteração do Contrato Social (fls. 86/87), e pelo primeiro, terceiro e quarto denunciados após essa data, conforme cláusula 5ª da Alteração de Contrato Social (fl. 97).

Ante o exposto, estão os denunciados incurso nas sanções do artigo 95, *d*, da Lei 8212/91, em combinação com os artigos 29 e 71 do Código Penal, pelo que requer o Ministério Público Federal sejam eles citados para se verem interrogados e processados até final sentença condenatória, bem como a inquirição da testemunha adiante arrolada”.

Passo agora a analisar a alegada inépcia da denúncia à luz da jurisprudência firmada pelo Tribunal.

A interpretação prevalecente nesta Corte para casos que apresentem essa conformação é a de que, para a admissibilidade da denúncia em crimes societários, é suficiente a indicação de que os acusados sejam, em certa medida, passíveis de responsabilização criminal pela condução efetiva de sociedade comercial em nome da qual os delitos tenham sido supostamente praticados. Entendo que a matéria, porém, deve estar sujeita a alguns temperamentos e densificações jurisprudenciais futuras.

Assim, por exemplo, em hipóteses em que se possa comprovar, de plano, que a pessoa física acusada não dirige ou não poderia dirigir a sociedade, entendendo ser possível cogitar do não-recebimento da denúncia com relação a esse acusado específico.

As circunstâncias dos autos, contudo, são totalmente distintas.

Como se pôde constatar da simples leitura de trechos da peça de acusação, torna-se evidente que os ora pacientes exerciam, em conjunto, atividade de direção na empresa em que teriam sido cometidas as infrações penais. A denúncia é explícita ao afirmar que os acusados são “detentores dos poderes emergentes da gerência da empresa” (fl. 21).

Portanto, embora se reconheça que, atualmente e cada vez mais, alguns representantes do Ministério Público insistam em utilizar denúncias carentes de fundamentação jurídica idônea para a injusta e inadmissível perseguição política, observo que, no caso ora em exame, não há falar em denúncia inepta.

Essa Segunda Turma, ao julgar o HC n. 79.399/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 1º-6-2001, assim se pronunciou:

“*Habeas corpus*. Penal. Processo Penal Tributário. Lei das S.A. e responsabilidade penal objetiva. Falta de inquérito. Denúncia genérica. A lei das S.A. (Lei 6.404/76), em relação aos atos ilícitos, adota o princípio da responsabilidade individual (pessoal, subjetiva). Nos crimes contra a ordem tributária, a ação penal é pública. O inquérito não é condição de procedibilidade para a ação. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo de cada sócio ou gerente ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. *Habeas* deferido em parte”.

Apesar do precedente aludir que em crime societário a denúncia não pode ser genérica, entendo que, na linha da jurisprudência consolidada por esta Corte, só há constrangimento ilegal nas hipóteses excepcionais em que for manifesta a ausência de elementos de materialidade, ou ainda de indícios de autoria — algo que, indubitavelmente, não pode ser atribuído à denúncia que motivou a propositura da ação penal movida contra os pacientes.

Ademais, com relação à alegação de que haveria necessidade do estabelecimento do "vínculo de cada sócio ou gerente ao ato ilícito que lhe está sendo imputado" (HC n.79.399/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 1º-6-2001), creio que tal medida somente se faz obrigatória nas circunstâncias em que, de plano, as responsabilidades de cada um dos sócios ou gerentes são diferenciadas em razão do próprio contrato social relativo ao registro da pessoa jurídica envolvida.

Pelo que se pode depreender dos autos, os pacientes foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 95, *d*, da Lei n. 8.212/91, atualmente art. 168-A do Código Penal, c/c os arts. 29 e 71 do Código Penal. Assim dispõe o *caput* do art. 168-A do Código Penal:

"Art.168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional".

Não há razão jurídica para o detalhamento da conduta atribuível a cada um dos sócios, uma vez que, conforme preconiza o art. 41 do Código de Processo Penal: "a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

Por fim, conforme tenho salientado desde o julgamento do HC n. 80.812/PA, em que fui redator para o acórdão, vencido o Min. Celso de Mello (DJ de 5-3-2004), sem prejuízo de posterior e adequada reflexão sobre o assunto, peço vênua para acompanhar e manter o entendimento desta Corte no sentido de que, em crimes societários, a individualização da conduta de cada indiciado não é indispensável. Essa discriminação será objeto de prova a ser feita na ação penal.

Sobre este tema, inclusive, destaco recente julgamento ocorrido nesta 2ª Turma, em processo de minha relatoria, o HC n. 85.579/MA, DJ de 24-6-2005, assim ementado:

"**Ementa:** 1. *Habeas Corpus*. Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 3. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes (...). 5. No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou, de plano, que todos os denunciados eram, em

igualdade de condições, solidariamente responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida. 6. *Habeas corpus* indeferido.”

Nessa mesma linha, arrolo inúmeros precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal: HC n. 84.663/SP, Rel. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 18-2-2005; HC n. 83.010/SP, de minha relatoria, DJ de 4-5-2004; HC n. 82.246/RJ, Rel. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 14-11-2002; HC n. 82.242/RS, de minha relatoria, 2ª Turma, DJ de 11-10-2002; HC n. 74.791/RJ, Rel. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 9-5-1997; HC n. 73.903/CE, Rel. Francisco Rezek, 2ª Turma, DJ de 25-4-1997; RHC n. 65.369/SP, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 27-10-1987, e RHC n. 59.857/SP, Rel. Firmino Paz, 2ª Turma, DJ de 10-12-1982.

Portanto, meu voto é pelo **indeferimento** do presente pedido de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): **Vou pedir vênia** ao eminente Ministro Relator **para dissentir** de seu douto voto.

Não desconheço, Senhores Ministros, que, em tema de delitos societários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que “(...) *não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal (...)*” (RTJ 124/547, Rel. Min. Moreira Alves — RTJ 100/556, Rel. Min. Antonio Neder — RTJ 114/226, Rel. Min. Octavio Gallotti — RTJ 125/1063, Rel. Min. Carlos Madeira, v.g.).

Não partilho, contudo, desse entendimento, consoante tenho enfatizado em diversos votos proferidos em julgamentos efetuados por esta Corte Suprema (HC 79.399/SP, HC 80.799/RJ, HC 80.812/PA, v.g.).

Tendo em vista a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático (José Frederico Marques, “O Processo Penal na Atualidade”, in “Processo Penal e Constituição Federal”, pp. 13/20, 1993, Apamagis/Ed. Acadêmica), não se pode desconsiderar, na análise do conteúdo da peça acusatória — conteúdo esse que delimita e que condiciona o próprio âmbito temático da decisão judicial —, que o sistema jurídico vigente no Brasil impõe ao Ministério Público, quando este deduzir determinada imputação penal contra alguém, a obrigação de expor, de maneira individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, e sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, apreciar a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação.

Cumpra ter presente, desse modo, que se impõe, ao Estado, no plano da perseguição penal, o dever de definir, com precisão, a participação individual dos autores de quaisquer delitos.

Daí recente julgamento desta colenda Segunda Turma, proferido no exame do HC 83.948/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, que restou consubstanciado em decisão assim ementada:

“Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Frustração de direitos assegurados por lei trabalhista. Estelionato. Formação de quadrilha. Inépcia da denúncia.

I - É inepta a denúncia que não estabelece o vínculo entre as condutas atribuídas aos acusados e os atos ilícitos supostamente praticados.

II - HC deferido.” (Grifei)

O Poder Público, tendo presente a norma inscrita no art. 41 do Código de Processo Penal, não pode deixar de observar as exigências que emanam desse preceito legal, sob pena de incidir em grave desvio jurídico-constitucional no momento em que exerce o seu dever-poder de fazer instaurar a *persecutio criminis* contra aqueles que, alegadamente, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, em decisão de que foi Relator o saudoso Ministro Barros Monteiro, deixou consignada expressiva advertência sobre o tema ora em exame (RTJ 49/388):

“Habeas Corpus. Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente. Extensão deferida, sem prejuízo do oferecimento de outra denúncia, em forma regular.”

Esse entendimento — que tem sido prestigiado por diversos e eminentes autores (Damásio E. de Jesus, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 40, 10^a ed., 1993, Saraiva; Luiz Vicente Cemichiaro/Paulo José da Costa Jr., “Direito Penal na Constituição”, p. 84, item n. 8, 1990, RT; Rogério Lauria Tucci, “Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, pp. 212/214, item n. 17, 1993, Saraiva; Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “Processo Penal, Ação e Jurisdição”, p. 114, 1975, RT) — repudia as acusações genéricas, repele as sentenças indeterminadas e adverte, especialmente no contexto dos delitos societários, que “mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal”, pois “a submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que

se denomina o abuso do poder de denúncia" (Manoel Pedro Pimentel, "Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional", p. 174, 1987, RT).

A leitura da denúncia oferecida contra os ora pacientes permite constatar, a meu juízo, que o Ministério Público, ao formular acusação imperfeita, não só deixou de cumprir a obrigação processual de promover a descrição precisa do comportamento dos pacientes, como se absteve de indicar fatos concretos que o vinculassem ao evento delituoso narrado na peça acusatória.

Tenho para mim, desse modo, que, no caso presente, a ausência de individualizada e detalhada descrição do comportamento delituoso atribuído aos ora pacientes, pela peça acusatória em questão, faz emergir, desse ato processual, o grave vício jurídico de que deriva, como efeito consequencial, a séria ofensa aos "princípios da lealdade processual, do contraditório no processo penal e da defesa plena" (RTJ 33/430, Rel. Min. Pedro Chaves).

Cumpra ter presente, bem por isso, neste ponto, a advertência constante do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que, ao insistir na indispensabilidade de o Estado identificar, na peça acusatória, com absoluta precisão, a participação individual de cada denunciado — e considerada a inquestionável repercussão processual desse ato sobre a sentença judicial —, observa que "*Discriminar a participação de cada co-réu é de todo necessário (...), porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito per se, na maioria deles a natureza da participação de cada um, na produção do evento criminoso, é que determina a sua responsabilidade, porque alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevantes, ou nenhum. Aliás, a necessidade de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende da pessoa do delinqüente (...). E preciso, portanto, que se comprove que alguém concorreu com ato seu para o crime*" (RTJ 35/517, 534, Rel. Min. Victor Nunes Leal).

Tem-se, desse modo, que se revela inepta a denúncia, sempre que — tal como no caso ocorre — a peça acusatória, sem especificar a participação do acusado, vem a atribuir-lhe virtual responsabilidade solidária pelo evento delituoso, pelo só fato de pertencer ao corpo gerencial da empresa (RHC 50.249/GB, Rel. Min. Xavier de Albuquerque).

A formulação de acusações genéricas, em delitos societários, culmina por consagrar uma inaceitável hipótese de responsabilidade penal objetiva, com todas as gravíssimas consequências que daí podem resultar, consoante adverte, em precisa abordagem do tema, o ilustre Advogado paulista, Dr. Ronaldo Augusto Bretas Marzagão ("*Denúncias Genéricas em Crime de Sonegação Fiscal*", in "*Justiça e Democracia*", vol. 1/207-211, 210-211, 1996, RT):

"Se há compromisso da lei com a culpabilidade, não se admite responsabilidade objetiva, decorrente da imputação genérica, que não permite ao acusado conhecer se houve e qual a medida da sua participação no fato, para poder se defender.

Desconhecendo o teor preciso da acusação, o defensor não terá como orientar o interrogatório, a defesa prévia e o requerimento de provas, bem assim não terá como avaliar eventual colidência de defesas entre a do seu constituinte e a do co-réu. O acusado será obrigado a fazer prova negativa de que não praticou o crime, assumindo o ônus da prova que é do Ministério Público, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

A denúncia genérica, nos crimes de sonegação fiscal, impossibilita a ampla defesa e, por isso, não pode ser admitida."

Cumprir ter presente, bem por isso, a séria objeção exposta pelo saudoso Ministro Assis Toledo, para quem "*Ser acionista ou membro do conselho consultivo da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia*" (RT 715/526).

É preciso insistir na circunstância de que a responsabilidade penal pelos eventos delituosos praticados no plano societário, em nome e em favor de organismos empresariais, deve resolver-se — consoante adverte Manoel Pedro Pimentel ("**Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**", p. 172, 1987, RT) — "*na responsabilidade individual os mandatários, uma vez comprovada sua participação nos fatos*" (grifei), eis que, tal como salienta o saudoso Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, o princípio hoje dominante da **responsabilidade por culpa** — que não se confunde com postulado da responsabilidade por risco — revela-se incompatível com a concepção do *versari in re illicita*, banida do domínio do direito penal da culpa.

É que — tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal — a circunstância de alguém **meramente** ostentar a condição de sócio de uma empresa **não pode** justificar a formulação de **qualquer** juízo acusatório fundado numa **inaceitável** presunção de culpa (RTJ 163/268-269, Rel. Min. Celso de Mello).

Não custa enfatizar que, no sistema jurídico brasileiro, **não existe** qualquer possibilidade de o Poder Judiciário, por simples **presunção** ou com fundamento em **meras suspeitas**, reconhecer, **em sede penal**, a culpa de alguém.

Na realidade, os **princípios democráticos** que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 **repelem** qualquer ato estatal que **transgrida** o dogma de que **não haverá** culpa penal por presunção **nem** responsabilidade criminal por mera suspeita.

Meras conjecturas sequer podem conferir suporte material a **qualquer** acusação estatal. É que, **sem** base probatória consistente, dados conjecturais **não** se revestem, **em sede penal**, de idoneidade jurídica, **quer** para efeito de formulação de imputação penal, **quer** para fins de prolação de juízo condenatório.

Torna-se essencial insistir, portanto, na **asserção** de que, "*Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal*", consoante **proclamou**, em lapidar decisão, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 165/596, Rel. Des. Vicente de Azevedo).

Desse modo, a análise de **qualquer** peça acusatória impõe que nela se identifique, desde logo, a **narração objetiva, individuada e precisa** do fato delituoso, que, além de estar concretamente **vinculado** ao **comportamento** de cada agente, deve ser especificado e descrito, em **todos** os seus elementos estruturais e circunstanciais, pelo órgão estatal da acusação penal.

Como já **precedentemente enfatizado**, a imputação penal **não pode** ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador (RTJ 165/877-878, Rel. Min. Celso de Mello). Este, para que possa **validamente** formular a denúncia penal, **deve ter por suporte** uma necessária base empírica, a **fim** de que a acusação — **que deve sempre** narrar a participação individual de cada agente no evento delituoso — **não se transforme**, como advertia o saudoso Ministro Orosimbo Nonato, em pura criação mental do acusador (RF 150/393).

Uma das principais obrigações jurídicas do Ministério Público no processo penal de condenação **consiste no dever de apresentar denúncia** que veicule, de modo claro e objetivo, com todos os elementos estruturais, essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, a descrição do fato delituoso, **em ordem a viabilizar** o exercício legítimo da ação penal e **a ensejar**, a partir da estrita observância dos pressupostos estipulados no art. 41 do CPP, **a possibilidade de efetiva atuação** da cláusula constitucional da plenitude de defesa.

Daí a advertência presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, **quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas**. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa.

A **imputação penal omissa ou deficiente**, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, **qualifica-se** como causa de nulidade processual absoluta.”

(RTJ 165/877-878, Rel. Min. Celso de Mello)

Não se pode desconhecer que, no processo penal condenatório — que constitui estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória —, **antagonizam-se** exigências contrastantes que exprimem **uma situação de tensão dialética**, configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.

A **persecução penal**, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, **não se projeta nem se exterioriza** como uma manifestação de absolutismo estatal. **De exercício indeclinável**, a *persecutio criminis* **sofre** os con-

dicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, desse modo, **representa uma insuperável limitação constitucional** ao poder persecutório do Estado.

As **limitações** à atividade persecutório-penal do Estado traduzem **garantias dispensadas** pela ordem jurídica à preservação, pelo suspeito, pelo indiciado ou pelo acusado, do seu estado de liberdade.

Tenho salientado, nesta Corte, **que a submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a **relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e o resguardo à intangibilidade do *ius libertatis* titularizado pelo réu, de outro.

A **persecução penal**, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, **rege-se** por padrões normativos, que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal **só pode concebido — e assim deve ser visto —** como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu (João Mendes de Almeida Júnior, “O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/8, 1911).

A **denúncia** — enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal — **constitui** peça processual de indiscutível relevo jurídico. **Ela**, antes de mais nada, **ao delimitar** o âmbito temático da imputação penal, **define** a própria *res in judicio deducta*.

A **peça acusatória**, por isso mesmo, **deve conter a exposição** do fato delituoso, **em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias**. Essa narração, **ainda que sucinta**, impõe-se ao acusador como **exigência** derivada do postulado constitucional assegura ao réu o exercício, **em plenitude**, do direito de defesa. **Denúncia que não descreve, adequadamente, o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação** da conduta individual de cada agente ao evento delituoso **qualifica-se** como denúncia inepta (RTJ 57/389 — RTJ 163/268-269).

Lapidar, sob esse aspecto, **o magistério** do eminente Desembargador paulista, **Alberto Silva Franco, para quem** (RT 525/372-375):

“Num processo de tipo acusatório, não se compreende que o objeto da acusação fique ambíguo, indefinido, incerto ou logicamente contraditório, pois é ele que estabelece os limites das atividades, cognitiva e decisória, do Juiz. A este efeito do objeto da acusação é que *Eberhard Schmidt* denominou de vinculação temática do Juiz. Este só pode ter ‘como objeto de suas comprovações objetivas e de sua valoração jurídica aquele sucesso histórico cuja identidade, com respeito ao *fato* e com respeito ao *autor*, resulta da ação (...).”

Não custa rememorar que foi em proveito da liberdade individual que se impôs, **ao órgão da acusação, o dever de incluir**, na denúncia, **todos os ele-**

mentos essenciais à exata compreensão da imputação penal deduzida contra o suposto autor do comportamento delituoso.

Essa obrigação processual do Ministério Público guarda íntima conexão com uma garantia fundamental outorgada pela Constituição da República em favor daqueles que sofrem, em juízo, a persecução penal movida pelo Estado: a garantia da plenitude de defesa.

É por essa razão que Vicente Greco Filho (*“Manual de Processo Penal”*, p. 64, 1991, Saraiva), ao versar o tema referente aos princípios constitucionais que regem o processo penal, estabelece o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa, de outro:

“Outro requisito essencial à ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de ‘habeas corpus’, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se.”

É que, se assim não for, **inverter-se-á, de modo ilegítimo**, no processo penal de condenação, o ônus da prova, com evidente ofensa ao postulad constitucional da não-culpabilidade.

Não custa enfatizar, por isso mesmo, na linha do magistério jurisprudencial consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que *“Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei n. 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5)”* (RTJ 161/264-266,265, Rel. Min. Celso de Mello).

Desse modo, e tendo presentes as razões expostas, **peço vênia para deferir** o pedido de *habeas corpus*, **anulando**, desde a denúncia, inclusive, o procedimento penal instaurado contra os ora pacientes, **sem prejuízo da renovação** da acusação penal, desde que formulada em bases juridicamente idôneas.

É o meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): No caso, pelo menos havia uma descrição mínima e uma tentativa de identificação da participação.

EXTRATO DA ATA

HC 86.294/SP — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pacientes: Odilon Monteiro, Domingos Felício Brunetto, Américo de Assis Melro ou Américo de Assis Melro e Abelardo Monteiro. Impetrante: Tarita de Britto Bemardi. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação majoritária, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Presidente, que o deferia. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Brasília, 27 de setembro de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.