

HABEAS CORPUS 205.174 SANTA CATARINA

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : DAVID MELCON SANCHEZ FRIERA
PACTE.(S) : AMOS GENISH
IMPTE.(S) : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO RHC Nº 132.900 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Crimes contra a ordem tributária. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Negativa de seguimento. Precedentes.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Augusto de Arruda Botelho Neto e outros em favor de David Melcon Sanchez Frieria e Amos Genish, contra decisão monocrática da Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 132.900/SC (*evento* 13).

Os pacientes foram denunciados pela suposta prática, por diversas vezes, de crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90.

Extraio do ato dito coator:

“(…)

Inicialmente, extrai-se da denúncia o seguinte trecho (fls. 26-27; grifos diversos do original):

“Os denunciados David e Amos, na condição de diretor de finanças e diretor-presidente, respectivamente, de ‘TELEFÔNICA BRASIL S.A’, CNPJ n. 02.558.157/0013-04 e Inscrição Estadual n. 25.443.344-8, filial estabelecida na Rua

HC 205174 / SC

Alexandre Döhler, n. 129, sala 1201, 12º andar, Centro, em Joinville, no mês de setembro de 2016, promoveram redução de tributos devidos ao estado de Santa Catarina ao deixarem de submeter prestações de serviços de comunicação, na modalidade de serviço telefônico fixo comutado (serviço de telecomunicação), à incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Noticiada conduta redundou em prejuízo de R\$ 1.945.751,41 (um milhão novecentos e quarenta e cinco mil setecentos e cinquenta e um reais e quarenta e um centavos) aos cofres estaduais, ocasionou grave dano coletivo e foi constatada por auditoria fiscal, conclusiva de que os acionados não sujeitaram à tributação parte do preço do serviço cobrado mensalmente pela empresa por ofertas de planos com franquias inclusas, tendo para tanto feito com que constassem nos documentos fiscais emitidos a indicação 'isenção de tributos, conforme detalhamento da Notificação Fiscal n. 186030010482, de 19/03/2018, e correlatos Anexos '1' e 'R'.' "

O acórdão recorrido, por sua vez, está assim fundamentado (fls. 425-427; grifos diversos do original):

"Para constar, os pacientes são executivos da empresa Telefônica Brasil S.A (VIVO — GVT). David Melcon era diretor de finanças e Amos Genish era diretor-presidente. A denúncia imputa a sonegação de ICMS em um total de R\$ 1.945.752,41. A conduta envolveu fraude (art. 1º, II, da Lei 8.137/90), pois eles teriam promovido a redução de tributos devidos ao deixarem de submeter prestações de serviços de comunicação, na modalidade de serviço telefônico fixo comutado (serviço de telecomunicação), à incidência de ICMS. Em suma, foram criados planos/ofertas com preço único e franquias de utilização inclusas, ao invés do padrão que seria um valor fixo pela assinatura e um valor variável conforme o uso (tarifa de utilização). Esses planos de preço único foram registrados contabilmente nos documentos fiscais como isentos de tributos,

HC 205174 / SC

uma vez que inexistente a tarifa variável de utilização do serviço de telecomunicação, sobre a qual incide o ICMS.

Pois bem, sobre a primeira tese invocada pela defesa, tem-se que nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'não é imprescindível que o recebimento da denúncia ou a decisão que rejeita o pedido de absolvição sumária se revista de fundamentação exauriente, porém deve ser fundamentada, ainda que de forma concisa, apreciando, quando apresentadas na resposta à acusação, teses relevantes e urgentes, e, se não for o caso, ao menos referindo os pontos aventados pela defesa para, então, fundamentar a necessidade de dilação probatória na análise, o que efetivamente ocorreu no presente caso'. (AgRg no HC 435.679/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

No caso dos autos, foi exatamente como agiu o Magistrado de primeiro grau (evento 53), vejamos:

'Afasto a preliminar de inépcia da denúncia, dado que 'nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado pela condição de sócios ou administradores ou gerentes da empresa, estabelecendo a plausibilidade da imputação, considerando-se preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal' (STJ, AgRg no REsp 2 1168353/RS, Rel. Min. Jorge Mussi).

Além do mais, 'não é inepta a denúncia que, embora sucinta, narra os fatos de forma a possibilitar ampla defesa' (TJSC, AC n 2 2008.028341-9, de São Francisco do Sul, Rel. Des. Amaral e Silva).

Na hipótese em exame, previamente à deflagração da ação penal, oportunizou-se à f. 44-47 a defesa aos acusados no âmbito do procedimento administrativo preparatório que tramitou perante o Ministério Público, mas eles ou a

HC 205174 / SC

empresa -, tal qual se extrai da petição de f. 48-51, em momento algum desdisseram ou repeliram com maior consistência a imputação inicial de responsabilidades, o que também não se verifica da resposta escrita de f. 168-179, esta uma segunda chance desperdiçada de melhor esclarecimento dos trâmites internos da pessoa jurídica, tudo a impor, em suma, o ingresso na fase instrutória no particular.

Por outro lado, não basta a garantia do débito tributário perante o juízo cível para a suspensão da ação penal, exigindo-se concomitantemente demonstração mínima de plausibilidade ou verossimilhança da tese a ser lá adotada em vistas a obter a desconstituição do crédito tributário, até pela natureza facultativa do sobrestamento na seara processual penal (art. 93, caput, do CPP).

Aqui, os acusados nem chegam a esclarecer as matérias a serem debatidas no âmbito fazendário, sem o que fica obstada qualquer deliberação suspensiva deste juízo, prevalecendo então a regra geral da independência entre as esferas penal e cível.

[...]

De conseguinte, descabem as absolvições sumárias, à míngua de qualquer dos permissivos respectivos (art. 397 do CPP), afinal, 'seria preciso que o réu oferecesse, em sua defesa prévia, documentos inéditos ou preliminares de conteúdo extremamente convincente para que o magistrado pudesse absolvê-lo sumariamente' (Guilherme de Souza Nucci, in Código de Processo Penal Comentado, 8.ed, São Paulo, RT, 2008, p. 717), mas a análise do cerne da questão, volto a insistir, reclama o ingresso na fase instrutória, dispensando assim maiores considerações neste momento, pois 'em caso de continuidade da Ação Penal, essa manifestação não há de ser exaustiva, sob pena de antecipação do julgamento do mérito da causa' (STJ, HC n° 150925/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

HC 205174 / SC

Designo, portanto, desde logo, o dia 25 de agosto de 2020, às 16:30 horas, para a inquirição da testemunha arrolada na denúncia, através de videoconferência, conforme agendamento já realizado no sistema próprio (art. 3., caput, da Resolução Conjunta n° 24/2019-GP/CGJ-TJSC), cuja intimação ficará a cargo deste juízo (art. 3°, § 2° da Resolução Conjunta n° 24/2019-GP/CGJ-TJSC).

Expeçam-se cartas precatórias para oitiva das demais testemunhas de comarcas diversas e, inclusive, interrogatórios dos acusados, com prazos de noventa dias, cientificando-se as partes das expedições (art. 222, caput, do CPP e Súmula n° 273 do STJ). [...]’.

Sobre a tese que discute eventual inépcia da denúncia por ausência de individualização da conduta (responsabilização penal objetiva), pontua-se que ‘Especificamente sobre os crimes societários e de autoria coletiva, a orientação desta Corte Superior preleciona que, ‘embora não possa ser de todo genérica, a denúncia é válida quando demonstra um liame entre o agir dos sócios ou administradores e a suposta prática delituosa, apesar de não individualizar pormenorizadamente as atuações de cada um deles, o que estabelece a plausibilidade da imputação e possibilita o exercício da ampla defesa, cumprindo o contido no artigo 41 do Código Penal.’ (AgRg no RHC 81.346/SP, Rel.Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/2/2019, DJe18/2/2019)” (AgRg no RHC 119.025/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2019).

In casu, a inicial acusatória bem demonstra o liame entre a ação dos pacientes e a conduta descrita como criminosa, notadamente ao mencionar que ‘Os denunciados David e Amos, na condição de diretor de finanças e diretor-presidente, respectivamente, de ‘TELEFONICA BRASIL S.A’, CNPJ n. 02.558.157/0013-04 e Inscrição Estadual n. 25.443.344-8, filial estabelecida na Rua Alexandre Döhler, n. 129, sala 1201, 12 2

HC 205174 / SC

andar, Centro, em Joinville, no mês de setembro de 2016, promoveram redução de tributos devidos ao estado de Santa Catarina ao deixarem de submeter prestações de serviços de comunicação, na modalidade de serviço telefônico fixo comutado (serviço de telecomunicação), à incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS'. Obviamente que a responsabilização penal de ambos depende de instrução probatória, pois dado o tamanho da empresa, é possível que se prove que a ação de fraudar o fisco foi praticada por algum outro funcionário da empresa sem o conhecimento dos administradores.

Entretanto, sem que a defesa traga provas irrefutáveis da inocência dos pacientes, é impossível trancar a ação penal e tolher o direito do Ministério Público de produzir as provas a respeito das imputações descritas na denúncia, pois a acusação está pautada em indícios suficientes da autoria. Para constar, a exordial está escorada em notícia-crime realizada pela Secretaria de Estado da Fazenda, a qual traz diversos documentos que indicam para a responsabilização dos acusados.

Outrossim, no que diz respeito à tese que aborda virtual falta de justa causa para a persecução penal, menciona-se que 'A garantia do crédito tributário na execução fiscal - procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos - não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal. [...] Assim, não deve ser admitida a ampliação da benesse legal de forma automática, toda vez que o agente garantir a execução fiscal para oferecer embargos, sem que haja prova inequívoca do pagamento ou do parcelamento do tributo, máxime porque o crime pressupõe, além do inadimplemento, a prática de conduta ardisosa para violar a ordem tributária'. (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

HC 205174 / SC

Por fim, concernente à tese que discute-se a necessidade de suspender a ação penal até o julgamento do RE n. 912.888, sob a temática da repercussão geral (tema 827 - tributação da assinatura de telefonia), melhor sorte não socorre à defesa. É que eventual decisão favorável aos contribuintes, a qual teria interferência direta no objeto da persecução penal, pode ser aplicada posteriormente. Além disso, o Supremo Tribunal Federal não suspendeu os processos em andamento que poderiam ser atingidos pela repercussão do julgado, de modo que não óbices à continuidade da instrução criminal.”

Como se percebe, a denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese, demonstra o envolvimento dos Acusados com o fato delituoso, permitindo-lhes, sem nenhuma dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhes foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.

O fato de os Recorrentes serem os gestores da sociedade empresária supostamente ligada ao crime contra a ordem tributária descrito na peça acusatória demonstra, ainda que com elementos mínimos, o envolvimento dos Acusados no delito denunciado, o que afasta a suposta inépcia da denúncia e a eventual responsabilidade penal objetiva.

Nesse sentido:

(...).

Ademais, “[n]a linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública, ainda mais em delitos de autoria coletiva, como na espécie” (RHC 97.488/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 02/10/2019; sem grifos no original).

Assim, não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o

HC 205174 / SC

levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos – o que constitui hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie. É prematuro, pois, determinar desde já o trancamento do processo-crime.

Ilustrativamente:

(...).

Ressalto que a decisão que recebeu a denúncia e a que afastou as alegações preliminares aduzidas na defesa dos Recorrentes não são nulas por ausência de fundamentação, porquanto apontaram a presença dos pressupostos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a "decisão de recebimento da denúncia possui natureza interlocutória - prescinde, pois, de fundamentação complexa - e não se equipara à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal, bastando que o referido decisum apresente fundamento conciso, em que evidencie a análise da presença dos pressupostos processuais e das condições da ação" (AgRg no HC 540.196/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020).

No mesmo sentido:

(...).

Outrossim, não há falar em suspensão da ação penal até que ocorra o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 912.888, submetido ao rito da repercussão geral (Tema n. 827). Isso porque o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria não impede o julgamento do feito pelas instâncias ordinárias, se não houver decisão da Corte Suprema determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto, o que não ocorreu naquele feito.

A propósito:

(...).

*Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário em habeas corpus.***

No presente *writ*, a Defesa alega, em síntese, inépcia da denúncia, decorrente da 'tentativa de responsabilização objetiva dos pacientes, pois foram

HC 205174 / SC

denunciados pelo Ministério Público de Santa Catarina exclusivamente pelo fato de serem diretor-presidente e diretor financeiro da empresa Telefônica no ano de 2016, época em que supostamente teria sido praticado o crime contra a ordem tributária'. Alega, ainda, ausência de individualização da conduta dos pacientes, 'inexistindo elementos que pudessem permitir uma discussão em sede de instrução processual quanto a medida da suposta culpabilidade dos mesmos'. Requer, em medida liminar, o sobrestamento da Ação Penal nº 0905884-61.2019.8.24.0038, que tramita perante a 2ª Vara Criminal de Joinville – SC. No mérito, postula pelo trancamento, 'ante a incontestável ausência de justa causa para sua existência', da Ação Penal nº 0905884-61.2019.8.24.0038, em trâmite perante a 2ª Vara Criminal de Joinville – SC.

É o relatório.

Decido.

Há óbice ao conhecimento do presente *writ*, uma vez não esgotada a jurisdição do Tribunal Superior antecedente. O ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado.

O exaurimento da instância no Tribunal Superior é condição para instaurar a competência desta Suprema Corte com base nos artigos 102, I, 'i', e 102, II, 'a', da Constituição Federal. Como bem enfatizado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki '*o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é, em verdade, medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF'* (HC 122.275-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki) (destaquei). No mesmo sentido: HC 113.468/SP, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.346/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 119.821/TO, Rel. Min.

HC 205174 / SC

Gilmar Mendes; HC 122.381/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 170.518/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 173.084/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 186.452/SP, Rel. Min. Edson Fachin; HC 185.088/CE, Rel. Min. Roberto Barroso.

Na esteira da orientação do Ministro Celso de Mello, '[e]sta Suprema Corte (...) **compreende** que a cognoscibilidade da ação de "habeas corpus" **supõe**, em contexto idêntico ao de que ora se cuida, **a existência** de decisão colegiada da Corte Superior **apontada** como coatora, **situação incorrente na espécie**' (HC 183.035/CE).

O **caso concreto** não autoriza superação desse entendimento, porquanto não identificadas situações excepcionais de flagrante ilegalidade ou de teratologia constatáveis de plano, ou, ainda, de *decisum* manifestamente contrário à jurisprudência desta Suprema Corte.

Com efeito, na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o **trancamento da ação penal** pela via do *habeas corpus* é **excepcionalíssimo**, admitido apenas nos casos de manifesta inépcia da denúncia ou da queixa, falta de pressuposto processual ou condição da ação penal ou flagrante ausência de justa causa (HC 151.402-AgR/RO, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe de 03.4.2019; HC 191.216-AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 06.11.2020; HC 186.154-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 23.10.2020). Além disso, o cumprimento dos requisitos processuais, por ocasião do recebimento da denúncia, é aferido com base em um *juízo de probabilidade*. Transcrevo a orientação predominante a esse respeito:

"INQUÉRITO. DENÚNCIA. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES (ART. 207, § 1º, CP). FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA MAJORADO (ART. 203, § 1º, I, E § 2º, CP). REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (ART. 149). INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. JÚIZO DE PROBABILIDADE CONFIGURADO. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. O art. 395 do CPP só permite a rejeição da denúncia quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição

HC 205174 / SC

para o exercício da ação penal, ou, ainda, faltar justa causa para o exercício da ação penal, situações que não se configuram na hipótese.

[...]

5. Os elementos de prova acostados à denúncia são capazes de conduzir a um juízo de probabilidade a respeito da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria.

6. Denúncia recebida.”

(Inq 2131, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 7.8.2012)

Portanto, a etapa em tela **não é adequada** para a apreciação **completa e minuciosa das provas**, bastando que esteja presente de forma indiciária – *porém com um prognóstico de confirmação fiável* – o injusto penal, conforme o disposto nos arts. 41 e 395 do CPP. Nesse sentido: Inq 3215, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 25.9.2013; Inq 2984, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 24.9.2013; Inq 2449, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 18.2.2011.

Nessa linha, de acordo com a Corte Superior, *‘a denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese, demonstra o envolvimento dos Acusados com o fato delituoso, permitindo-lhes, sem nenhuma dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhes foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa’.*

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 09 de agosto de 2021.

Ministra Rosa Weber

Relatora