RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 103.966 - SP (2018/0263727-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MARCELO FRANÇA DE LIMA
ADVOGADOS	:	ALOÍSIO LACERDA MEDEIROS - SP045925 RODRIGO CÉSAR NABUCO DE ARAÚJO - SP135674 FREDERICO DE OLIVEIRA RIBEIRO MEDEIROS - SP286567 HENRIQUE DE OLIVEIRA RIBEIRO MEDEIROS - SP385739
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. IMPUTAÇÃO DE CONDUTAS DESCRITAS NO ART 168, C/C O ART. 71, AMBOS DO CP. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONDUTA INDIVIDUALIZADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Recurso em *habeas corpus* improvido.

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Marcelo França de Lima** contra o acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, nos autos do HC n. 2100780-84.2018.8.26.000, denegou a ordem pleiteada, mantendo-o denunciado pela suposta prática de conduta descrita no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, em continuidade delitiva, por quatro vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, conforme os termos da seguinte ementa (fl. 63):

> "Habeas corpus". Trancamento de ação penal. Crime contra a ordem tributária. Questões meritórias impossíveis de se avaliar na via estreita de "mandamus". Ordem denegada.

O recorrente alega, em síntese, que o Magistrado *a quo* deixou de apreciar a primeira tese da defesa, sobre a sua não participação nos fatos e sobre a atipicidade da conduta imputada, o que resultaria na sua absolvição sumária.

Afirma que a sua manutenção no polo passivo da ação penal configura constrangimento ilegal, tendo em conta que nem sequer trabalhava para a empresa à época dos fatos.

Sustenta que o período contemplado na denúncia é de fevereiro a maio de 2014, período em que não integrava a diretoria da empresa, e que a simples leitura da ata da Assembleia Geral Extraordinária da empresa de 10/2/2017 demonstra a sua destituição do cargo de diretor financeiro, sendo, assim, imperiosa a sua absolvição, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Aduz não ser necessário adentrar no mérito da questão para verificar a impossibilidade de integrar o polo passivo da presente ação (fls. 70/77).

Contrarrazões às fls. 80/84.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso em *habeas corpus*, pois a denúncia teria cotejado indícios suficientes de autoria e materialidade, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal (fls. 99/102).

É o relatório.

É cediço que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional.

Isso posto, consta da inicial acusatória a seguinte descrição da conduta imputada (fls. 9/10 – grifo nosso):

> Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, **nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2014, em continuidade delitiva** (por quatro vezes), na Rodovia Júlio Budiski, Km 7-8, 501, s/n, Bloca A, Zona Rural, neste Município e Comarca, onde se situava a empresa "Líder Alimentos do Brasil S/A "em recuperação judicial'", da qual eram sócios e administradores de fato e direito, os denunciados, em concurso - com unidade de desígnios e previamente ajustados -, deixaram de recolher, no prazo legal, valor do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS, no total de R$ 4.083.820,01 (quatro milhões, oitenta e três mil, oitocentos e vinte reais e um centavo), descontado e cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.
>
> **Segundo se apurou, os denunciados eram sócios, administradores de fato e de direito, além de beneficiários das operações comerciais da empresa "Líder Alimentos do Brasil S/A 'em recuperação judicial"', possuindo domínio da sua atividade econômica-empresarial.**
>
> No período acima descrito, os denunciados, à frente da empresa em tela, que figurava como substituta tributária nas operações de venda de leite "longa vida" (UHT - "Ultra High Temperature"), realizaram estas operações, promovendo a saída das mercadorias[5], e, portanto embutindo em seu valor o montante tributário, sem, contudo, recolher os valores respectivos a serem destinados à Receita

> Estadual, apesar de devidamente destacados nas notas fiscais e declarados nas respectivas GIAs, perfazendo a monte de R$ 4.083.820,01, durante os quatro meses acima mencionados.
>
> Notificados a quitar o débito tributário (fls.38 e 39), deixaram de recolhê-lo. Por isto, inscritos em dívida ativa (cf. fls. 27/31).
>
> Assim agindo, os denunciados, na gestão da empresa em questão, que já estava em recuperação judicial antes mesmo da realização dos fatos geradores tributários, mantiveram-se em privilégio econômico em relação aos concorrentes, pois, apesar de repassarem os valores do ICMS aos compradores, não os recolhiam ao erário.

Julgado o *habeas corpus* na origem, o Tribunal local decidiu a controvérsia aos seguintes fundamentos (fls. 64/65):

> Quer o trancamento da ação penal, em razão da falta de justa causa para a imputação formulada contra ele.
>
> A impetração não se sustenta, "data venia", uma vez que busca, verdadeiramente, amplo e detido exame de fundo, onde tanto é absolutamente impossível.
>
> Quer-se, em suma, pelos estreitos limites da via eleita, fazer ver ausência de justa causa para a persecução criminal, o que não é viável, pela natureza do pedido.
>
> Pela própria impossibilidade de abordamento meritório que se buscou fazer na impetração acerca dos fatos, porque os estreitos limites da ordem não permitem a espécie de discussão.
>
> [...]
>
> O tema que buscam os impetrantes discutir é estritamente meritório e só em vias próprias é que merece avaliado.
>
> Donde a validade do processo criminal e seu curso, para que seja devidamente apurada a coisa, até que sejam elas definitivamente aclaradas.
>
> E isso só pode e deve acontecer por meio de processo penal, nunca "a latere", em via estreita de "Habeas Corpus", que não permite indagações de fundo meritório.
>
> Por isso que se afirmar, a esta altura, a ilegitimidade do processo criminal, é totalmente inviável.
>
> Se e eventualmente, ficar demonstrada a ausência de provas em relação aos fatos, no curso do processo, aí sim, será caso de se proclamar a inocência do paciente.
>
> Não aqui, nesse momento e com aquilo que se tem até agora que, repita-se, é parco e, só por si, não pode ser capaz de caracterizar ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal.
>
> Ao contrário e o que se tem, em tese, até aqui, é fato concreto e objetivo, com autoria igualmente positivada, por isso que autorizador do processo-crime.
>
> Havendo, como efetivamente há, indícios sérios de ocorrência de ilícito, em tese, deve-se apurar o seu cometimento.

Com efeito, nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da

atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos (HC n. 307.842/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/12/2017).

Da mesma forma, não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao acusado devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal (AgRg no RHC n. 81.982/BA, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/11/2017).

E, *in casu*, a inicial acusatória cuidou de individualizar a conduta dos sócios-administradores da *Líder Alimentos do Brasil S/A* em recuperação judicial, entre eles, o ora recorrente.

A exordial assenta que os denunciados, administradores da mencionada pessoa jurídica (essa na condição de substituta tributária na venda de leite longa vida), realizaram operações sem recolher os valores devidos a título de ICMS, declarados à receita estadual no montante de R$ 4.083.820,01 (quatro milhões, oitenta e três mil, oitocentos e vinte reais e um centavo), durante os meses de fevereiro, março, abril e maio de 2014.

Os argumentos delineados relativos à suposta exclusão do quadro de administradores remetem à típica atividade cognitiva de mérito, o que é prematuro nesta fase e demandaria ampla incursão em matéria fático-probatória a ser devidamente esclarecida no curso da ação penal, não sendo possível a análise nos autos de *habeas corpus*, de cognição sumária.

O direito penal não pune a simples condição de diretor da sociedade empresária, mas condutas concretas que contribuem para a empreitada criminosa. A condição do recorrente de diretor da pessoa jurídica, por um lado, não autoriza, por si, a condenação pela apropriação de ICMS; por outro, a exclusão não permite o trancamento, tendo em vista que, mesmo fora da administração, o recorrente pode ter contribuído para

a apropriação. Trata-se, em suma, de matéria atinente à instrução.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator