

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Os advogados **ALBERTO ZACHARIAS TORON** e **FERNANDO DA NÓBREGA CUNHA**, brasileiros, casado e solteiro, inscritos na seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil respectivamente sob os ns. 65.371 e 183.378, ambos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Avenida Angélica, 688, respeitosamente, vêm à elevada presença de Vossa Excelência impetrar

ORDEM DE HABEAS CORPUS

em favor de **JOSÉ RADOMYSLER**, brasileiro, separado judicialmente, advogado, portador da carteira de identidade RG n.º 2.563.318-1, SSP/SP, residente e domiciliado em São Paulo (SP), por estar sofrendo constrangimento ilegal da parte da col. Terceira Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, ao conceder apenas parcialmente a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor do ora Paciente, chancelou constrangimento ilegal, caracterizado pelo recebimento de denúncia formalmente inepta contra o Paciente e que, ademais, consagra a responsabilidade objetiva, proscrita em matéria penal, violando flagrantemente o princípio constitucional da responsabilidade penal subjetiva (**HC n.º 2009.01.00.043610-3/PA e Processo n.º 2004.39.00.006661-6**).

Os impetrantes arrimam-se nos dispositivos previstos no artigo 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, nos artigos 647 e 648, incisos I e VI, do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito aduzidos.

Termos em que, do processamento,
Pedem deferimento.

São Paulo, 25 de maio de 2010.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B/SP n.º 65.371

FERNANDO DA NÓBREGA CUNHA

O.A.B/SP n.º 183.378

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

EMINENTE RELATOR:

COLENDIA TURMA:

DOUTA SUBPROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA:

Ementa do pedido:

1. Paciente denunciado em 3 (três) ações penais distintas pela suposta prática de crimes contra ordem tributária, sendo que **todas** foram **anuladas** – 1 (uma) pelo STF e 2 (duas) pelo STJ – em razão da inépcia formal das respectivas iniciais acusatórias.
2. Nova denúncia contra o Paciente – que é objeto deste *writ* – a qual reúne a imputação da soma dos fatos antes divididos nas 3 (três) ações penais anuladas.
3. Nova denúncia que se ressente do mesmo vício – inépcia formal – das anteriores: Paciente arrastado para o pólo passivo da ação penal unicamente em razão da sua condição de sócio na empresa em cuja atividade teriam ocorrido os fatos. Inicial acusatória que não aponta de que maneira, por meio de que ação concreta, teria ele concorrido, para a prática dos crimes que lhe foram imputados (art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90; arts. 334, § 1º, “c” e 288 c/c art. 29 e 69 do Código Penal). Impossibilidade. Precedentes. **STF: HC 85.948-8/PA**, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, DJ 23.05.2006; **RHC n.º 85.658/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 12.08.2005; **HC n.º 83.948-7-SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 07.05.2004; **HC n.º 80.549/SP**, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 24.08.2001 e **HC n.º 83.301/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 06.08.2004, entre outros. **STJ: HC n.º 63.408/AM**, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 26.09.06; **RHC n.º 17.069/PA**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 09.08.05; **Apn n.º 404/AC**, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 24.10.2005, **HC n. 36.465/RJ**, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 20.02.2006; **HC n.º 63753/PA**, Rel. Min. FELIX FISCHER DJ 04.12.2006; **HC nº 23.819**, rel. Min. PAULO GALOTTI, DJ 02.12.03; **HC n.º 54.412/PR**, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 15.05.06; **HC n.º 43.210/SP**, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 03.10.05; **HC n.º 48.276/MT**, rel.

Min. GILSON DIPP, DJ 29.05.06; **HC n.º 56.955/SP**, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 19.06.06; **RESP n.º 312266/RJ**, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 25.06.02, entre outros.

4. Paciente que, além de residir em São Paulo (SP), desde 1999 detém apenas 5% (cinco por cento) das cotas da empresa, sediada em Manaus (AM) e não era seu administrador.

5. Denúncia formalmente inepta e que consagra responsabilidade penal objetiva, que contraria a orientação jurisprudencial segundo a qual *“é possível atribuir a todos os denunciados a prática de um mesmo ato (denúncia geral), porquanto todos dele participaram, mas não é possível narrar vários atos sem dizer quem os praticou, atribuindo-os a todos, pois neste caso não se tem uma denúncia geral, mas genérica.”* (**HC n.º 115.244/SP**, Rel. Min. JANE SILVA, DJ 16.02.2009).

6. Utilização de informações trazidas aos autos no interrogatório judicial de corréu do Paciente em uma das 3 (três) ações penais anteriores a qual foi anulada por decisão do STJ. Ato processual que, após a concessão do referido *habeas corpus* deixou de produzir qualquer efeito jurídico e, portanto, não pode servir de arrimo para a imputação de fato algum na nova denúncia.

I - DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL:

Os fatos imputados ao Paciente na ação penal objeto desta impetração (doc. 1 – cópia da denúncia) foram, antes, repartidos e tratados em 3 (três) processos distintos (cf. docs. 2, 3 e 4 – cópias das respectivas denúncias).

Ocorre que, em todos os 3 (três) processos citados – de números 2004.39.00.004735-9 (renumerado como 2004.39.00.008528-

0), 2005.39.00.002773-8 e 2003.39.00.004643-2 (renumerado como 2004.39.00.006661-6), todas da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Estado do Pará (PA) – as denúncias padeciam do vício da inépcia formal e, justamente por isso, foram anuladas!

Com efeito, o eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 85.498, rel. Min. [REDACTED], DJ [REDACTED], e esse eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC n.º 17.069, rel. Min. [REDACTED], DJ [REDACTED], e HC n.º 63.408, rel. Min. [REDACTED], DJ [REDACTED], determinaram a anulação das referidas ações penais *ab initio*, denúncia inclusive (cf. documentos 2A, 3A e 4A – cópias dos respectivos acórdãos).

Isso, porque nos 3 (três) casos a imputação recaía sobre o Paciente unicamente, em razão da sua condição de sócio da empresa DM ELETRÔNICA AMAZÔNICA LTDA. – empresa em cujas atividades teriam ocorrido os fatos tido como criminosos, sem que as denúncias tivessem explicitado o vínculo do Paciente com os fatos afora a sua condição de sócio-cotista da empresa.

Reuniu-se, então, os autos dos 3 (três) processos anteriores e o Ministério Público Federal propôs nova denúncia contra o Paciente – pela prática, em tese, dos crimes previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei n.º 8.137/90, arts. 334, § 1º, “c” e 288 c/c art. 29 e 69, todos do Código Penal – que tem como objeto os mesmos fatos dos processos anteriores, agora somados.

Foi também apensado à ação penal ora guerreada o **Inquérito Policial n.º 2005.39.00.000208-6**, circunstância que não alterou **absolutamente nada**, tendo em vista que este tem como objeto fato diverso. Com efeito, o referido inquérito, foi instaurado para “*apurar a prática de adulteração de documento de importação bem como a entrada no território nacional de mercadorias falsamente declaradas como insumos para industrialização, fato atribuído, em tese, ao Banco Sudameris S/A*” (doc. 5).

Os fatos objeto da nova denúncia – atacada nesta impetração –, segundo o próprio texto da inicial acusatória são os seguintes, *verbis*:

“I - DOS FATOS OCORRIDOS NO PÁTIO DA EMPRESA TRANSPORTADORA TECNOCARGO TRANSPORTES DA AMAZONIA LTDA.

Narram os autos do Processo n.º 2004.39.00.006661-6¹ que, em 21.01.2002, a receita Federal e a polícia Federal em Manaus apreenderam produtos importados acabados, pertencentes à DM Eletrônica da Amazônia Ltda., de propriedade dos denunciados, que, todavia, haviam sido declarados como sendo meras partes e peças para a industrialização, mas nem sequer passaram pelo estabelecimento da empresa².

Diante dessa ocorrência, a receita Federal emitiu alerta para a fiscalização rigorosa em produtos da empresa citada nas Alfândegas da Amazônia.

¹ Ação Penal trancada por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n.º 85.948-8/PA.

² Estes fatos são objeto do Processo n.º 2002.32.00.000571-6, em tramite na 3ª Vara Federal da Seção judiciária do Estado do Amazonas. 6

Cumprindo tal desiderato, em Belém, no dia 24/01/2002, no pátio da empresa Tecnocargo Transportes da Amazônia Ltda., logrou-se descobrir e apreender carga armazenada no Baú nº TC 1130, de placa CGR 1368, de propriedade da empresa investigada (Termo de retenção nº 001/02, de 24/01/02), da qual os denunciados são sócios.

Tais mercadorias estavam acobertadas pelas Notas Fiscais – NF’s n.º 30480 a 30483, com a declaração de que eram produzidas na Zona Franca de Manaus. Entretanto, analisadas as amostras de eletro-eletrônicos retiradas do citado Baú, constatou-se, por meio do laudo Técnico Pericial visto às fls. 156/173, que estas divergem do conteúdo das NF’s. Em verdade, eram produtos acabados (tais como CD’s Players), prontos para comercialização e provenientes da China, apesar de existirem impressões nas caixas com a inscrição ‘Produzido no Pólo Industrial de Manaus’ (vide fls. 39 e ss).

II. DOS FATOS OCORRIDOS NO PORTO DE MANAUS/AM.

Continuando as diligências de verificação das atividades desenvolvidas pela empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda, em 31/01/2002, durante a Visita Aduaneira n.º 024/2002, lavrada pela Alfândega do Porto de Manaus, em virtude da chegada do navio CERRINA, constatou-se que 34 (trinta e quatro) contêineres figuravam na situação ‘em transito para Porto of Spain (Trinidad e Tobago)’, sendo que destes, 05 (cinco) foram retidos e lacrados para verificação pela Inspetoria do Porto de Manaus, enquanto os demais seguiram viagem, pois não haviam chegado a desembarcar.

Na averiguação do conteúdo dos contêineres retidos, ficou constatado, em 04/02/2002, que eram produtos eletrônicos acabados, da linha comercializada pela empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda, de propriedade dos denunciados. A carga havia sido declarada como meras partes e peças para conjuntos de áudio e terá como destino Porto of Spain, em Trinidad e Tobago, estando consignadas à Asiatech 52 Manufacturing Ltda.

Acontece que, durante diligência fiscal, em 05/02/2002, realizada na embarcação supra referida, verificou-se que os Conhecimentos de Carga declarados como 'em trânsito' estavam consignados originalmente à empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda. e, portanto, deveriam ter desembarcado no Porto de Manaus. E, ainda, que existia, no sistema informatizado da empresa, uma retificação realizada a pedido do embarcador, a fim de ludibriar a fiscalização³.

III. DOS FATOS OCORRIDOS NO PORTO DE BELÉM/PA

Alertada de tais fatos, a Alfândega de Belém, em 06/02/2002, apreendeu 29 (vinte e nove) contêineres que vieram do Porto de Manaus, conforme Termo de Retenção nº 11/2002, ficando como fiel depositária da carga a Companhia Docas do Pará.

Comparando os Conhecimentos de carga apresentados em Belém com os obtidos em Manaus, verificou-se adulterações grosseiras nos campos relacionados à empresa, ao destino da carga ou a qualquer outro dado que pudesse ser relacionado a eles. Contudo, em ambos os Conhecimentos de carga está declarada como sendo partes e peças para conjunto de áudios.

Entretanto, conforme relatório da Receita Federal, durante a verificação física da carga, constatou-se que, 'em alguns contêineres havia poucas caixas com peças junto aos produtos acabados, com inscrição 'spare parts', ou seja peças sobressalentes, que dada à quantidade em relação aos acabados, aparentam destinar-se à reposição e reparo de peças defeituosas, conforme os anexos ao Termo de Constatação, lavrado por ocasião do término da verificação. Os produtos acabados já vinham acondicionados e prontos para a comercialização, inclusive com manuais impressos em português, com termo de garantia da DM Eletrônica, número de série, etiquetas de publicidade e de baixo consumo de energia...'

³ Vide Processo nº 2004.39.00.008528-0.

IV. DAS REAIS ATIVIDADES DA EMPRESA INVESTIGADA.

A comprovar ainda mais as manobras realizadas pela empresa investigada, urge destacar que, de acordo com laudo técnico pericial realizado na sede desta⁴, a DM Eletrônica da Amazônia Ltda não desfruta de condições de realizar a montagem de seus produtos, limitando-se a pequenos reparos manuais, inspeção funcional do produto, sem nenhuma sofisticação, marcação de 'Zona Franca de Manaus' (ZFM) através de 'Silk Screen' e embalagem final, possuindo, inclusive, 'uma instalação totalmente precária para qualquer etapa do processo industrial descrito no seu processo produtivo básico e incompatível com a escala de produção declarada'.

*Por todos os fatos narrados, conclui-se que era intenção da empresa importar mercadorias acabadas, uma vez que não poderia produzi-la, declarando que eram 'partes e peças', apenas com o fim de usufruir do regime tributário da Zona Franca de Manaus – o que foi desbaratado pela "Operação Rio Negro".
(...)*

Em razão do aqui exposto, foi determinado, no âmbito administrativo, o perdimento de todos os bens apreendidos, por meio dos processos nº 10209-000.403/2002-19 (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0217600/00074/02)⁵, 10209-000.429/2002-40 (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda nº 0217600/00073/02)⁶ e 10209-000.428/2002-40 (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0217600/00072/02)⁷." (doc. 1).

⁴ Fls. 286/300. do proc. 2005.39.00.2773-8.

⁵ Vide ofício nº 208/2005/SRRF02/Gabin, datado de 30/06/2005, constante à fl. 652 do Processo nº 2004.39.00.006661-6.

⁶ Vide Despacho Decisório constante à fl. 181 dos autos do Processo nº 2004.39.00.008528-0.

⁷ Vide Despacho Decisório constante à fl. 490 dos autos do Processo nº 2005.39.00.002773-8.

Como se percebe da leitura do excerto da denúncia supra transcrito, não se imputa uma única conduta – ação ou omissão –, nem ao Paciente e nem aos seus Corréus.

Consta apenas um relato sobre diligências encetadas pela Receita Federal, que culminaram com a autuação da empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA. por supostas fraudes em operação de importação, sem qualquer consideração sobre a autoria delitiva.

Logo no trecho seguinte, a leitura da inicial acusatória revela que a peça, iniludivelmente, se ressentia do mesmo vício das denúncias anteriores.

Sim, pois não obstante tenha dedicado um capítulo da inicial acusatória intitulado “*DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DOS DENUNCIADOS*”, Sua Excelência não atribuiu ao Paciente uma única conduta – ação ou omissão concreta – que, mesmo em tese, se amoldasse aos tipos penais que lhes foram imputados.

Ao contrário do que o título sugere, a denúncia não aludiu a um único fato, mas apenas à circunstância de o Paciente supostamente *participar ativamente da sociedade*, não indicando um único ato, gesto ou conduta concreto que o vinculasse às fraudes relativas às importações realizadas pela empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA.

Vejamos, nesse ponto, os termos da exordial,

verbis:

“V. DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS DENUNCIADOS.

A atuação dos denunciados deu-se através da empresa de fachada denominada DM Eletrônica da Amazônia Ltda, que tinha, à época dos fatos, os seguintes sócios:

A) Jose Radomysler – sócio-fundador de referida empresa, participava ativamente da sociedade, orientando os subordinados na consecução das fraudes.

Apesar de negar sua condição de sócio, em seu interrogatório⁸, afirmou que constava como administrador na receita federal e que, a partir de 1999, tornou-se sócio minoritário da empresa DM Eletrônica Ltda., pois cedeu parte de suas cotas aos demais réus.

A confirmar tal entendimento, David Perl afirma em seu depoimento⁹ que ‘...com exceção de FISEL, todos os acusados participavam da administração da empresa, vez que tinham reuniões mensais para decidir diretrizes a serem seguidas e também para decidir as coisas mais importantes. Os réus JOSÉ e ISAAC eram os antigos proprietários da empresa DM, tendo, portanto, experiência no trabalho desenvolvido em Manaus. O réu DANIEL cuidava da área de produtos. As pequenas decisões do cotidiano da empresa eram tomadas pelo interrogado e por DANIEL, e os funcionários executavam as decisões tomadas pelos demais sócios.’

Acrescenta, ainda, que ‘JOSÉ e ISAAC ... compareceriam às reuniões estratégicas’¹⁰, o que demonstra a sua importância dentro da organização empresarial. (...)

⁸ Refere-se às fls. 230/2, do processo nº 2004.39.00.008528-0

⁹ Refere-se às fls. 230/2, do processo nº 2004.39.00.008528-0

¹⁰ Refere-se às fls. 684/7 do processo nº 2005.39.00.002773-8

Destarte. Todos os denunciados, atuando na condução dos negócios da empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., promoveram a entrada de produtos chineses prontos para a comercialização no Brasil, declarando-os falsamente como 'partes e peças', com o objetivo claro de comercializá-los no país como se fossem produzidos em sua indústria na Zona Franca de Manaus e iludindo, assim, o pagamento dos tributos devidos.

Para tanto, determinaram a adulteração de documentos com o fim de enganar a fiscalização por ocasião do despacho de importação. Com a Operação Rio Negro, contudo, tais delitos vieram à tona, o que fez com que os acusados determinassem adulteração ideológica nos conhecimentos e manifesto de carga, no sentido de redirecionar as mercadorias para outro destino, fora do território nacional." (doc. 1).

Como se observa de sua leitura, a inicial acusatória, não descreve — a teor do que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal — **como, de que maneira**, teria se materializado a apregoada “participação ativa” do Paciente nas atividades da empresa e nem tampouco **o que essa apregoada participação teria a ver com delitos relativos às fraudes na importação objeto da denúncia.**

Outrossim, a leitura da inicial não permite que se identifique (i) **de que maneira** — por meio de que ação concreta — o Paciente teria *orientado os subordinados na consecução das fraudes*, (ii) **quem** seriam esses funcionários e, mais grave, (iii) **se** tais orientações estariam supostamente **vinculadas aos crimes a ele imputados** — e **como**.

Como é sabido, participar da gestão da empresa – mesmo ativamente, ou mesmo orientar funcionários –, por si, não é crime.

Mesmo assim a ordem foi apenas parcialmente concedida. Com efeito, determinou-se somente a exclusão da imputação do crime da Lei n.º 8.137/90. Portanto, não foi reconhecida a inépcia formal da denúncia.

Vale ressaltar que o acórdão ora hostilizado, *data venia*, confunde conceitos ao estampar a afirmação de no caso concreto não houve “*demonstração inequívoca da ausência de justa causa*” e que o “*trancamento da ação penal, por falta de justa causa, somente pode ocorrer, desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria, ou de prova sobre a materialidade do delito, situações não ocorrentes, na espécie.*” (cf. doc. 5).

Ora, a impetração não reclamava o trancamento da ação penal por falta de justa causa, mas tão somente o reconhecimento do vício da inépcia formal!

O vício da inicial decorre justamente do fato de o i. Representante do MPF não ter descrito porque a apregoada participação do Paciente na administração da sociedade caracterizaria, ainda que em tese, os crimes a ele imputados.

Ou seja, a inicial não aponta, **afora o rótulo de sócio ou mesmo de administrador**, qual o vínculo do Paciente com a prática criminosa que se lhe imputa. Caracterizada está, portanto, a sua inépcia formal.

Afinal, diante de tais omissões como poderia o Paciente entender a imputação que pesa contra si e se defender? Deveria ele se defender da sua condição de sócio da empresa DM? O prejuízo à sua defesa é manifesto.

É sabido há muito tempo que a jurisprudência vem mitigando a exigência de, nos assim chamados crimes societários, o titular da ação penal pormenorizar as condutas criminosas dos acusados. Todavia, a mesma jurisprudência vem repudiando iniciais acusatórias que se limitam a denunciar pela mera condição de sócios dos acusados, sem ao menos demonstrar sequer a mínima vinculação dos agentes com o ilícito imputado.

A hipótese repudiada por nossos Tribunais é exatamente o caso objeto do presente *writ*, no qual, o i. Representante do Ministério Público Federal, prescindindo da apuração das responsabilidades individuais dos Acusados – e, conseqüentemente, da sua descrição na inicial –, acabou por denunciá-los indistintamente, apenas porque figuram como integrantes do quadro social da empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA.

Não por acaso, mas para evitar denúncias como essa que é objeto da presente impetração é que o eg. Supremo Tribunal

Federal já há muito sufragou entendimento segundo o qual “*é inepta a denúncia que não estabelece o vínculo entre as condutas atribuídas aos acusados e os atos ilícitos praticados*” (HC n.º 83.948-7-SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 07.05.2004). No corpo do v. acórdão lê-se o seguinte, *verbis*:

“É certo que nos crimes de autoria coletiva não se exige a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado (HC 80.204/GO, HC 78.937/MG). Todavia, a doutrina e a jurisprudência da Casa repelem a denúncia genérica, exigindo-se que nelas se contenha a descrição mínima da participação de cada acusado na conduta delitiva.” (HC n.º 83.948-7-SP, DJ 07.05.2004).

Bem por isso, em caso análogo ao presente, o eg. Supremo Tribunal Federal anulou denúncia que se limitava a apontar os acusados como sócios administradores de empresa em cuja atividade se verificou a prática, em tese, de ilícito penal:

“Como o sabe toda gente, empresas não cometem crimes. Em nosso sistema penal, a despeito do que estatui a Lei n.º 9.605/98, vige o princípio ‘societas delinquere non potest’, sendo a responsabilidade penal pessoal e, mais que isso, subjetiva. Ora, por jungir-se a tal modelo de responsabilidade e ao que preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal, cumpria ao Ministério Público descrever à denúncia, os comportamentos, comissivos ou omissivos, que, imputados a pessoas físicas, se subsumissem às normas penais que reputou por elas violadas. (...) Como é vistoso, não se atribuiu aí, a esse nem àquele, nenhum comportamento criminoso! O que esse fecho da inicial imputa aos denunciados é só a responsabilidade pela administração da empresa, não a prática, sequer no exercício da mesma administração, de algum comportamento particular típico. Ser administrador de empresa não é por si só, escusaria dizê-lo, coisa criminosa, de modo que, porque o fosse em certas circunstâncias, deveriam ter

sido descritas na denúncia, de forma minudente, ações e/ ou omissões mediante as quais cada administrador teria, nessa condição, infringido ambas aquelas normas. (RHC n.º 85.658/ES, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 12.08.2005, grifo nossos).

Cita-se, ainda, decisão da col. 1ª Turma do eg. Supremo Tribunal Federal em que se deferiu o *habeas corpus* para anular ação penal porque “no caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito ‘crime societário’, é inepta a denúncia genérica que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado na condição de diretor ou administrador de empresa” (HC n.º 83.301/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 06.08.2004, grifos nossos).

O entendimento sufragado pelo Pretório Excelso nos precedentes citados – urge salientar – encaixa-se ao caso em tela como uma luva à mão.

No mesmo sentido:

“Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de

autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado” (HC n.º 80.549/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 24.08.2001, grifos nossos).

No mesmo sentido, do eg. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

*“1. A jurisprudência deste Superior Tribunal **de** Justiça e do Supremo Tribunal Federal convergem no entendimento **de** que, nos crimes praticados no âmbito das sociedades, a detenção **de** poderes **de** gestão e administração não é suficiente para a instauração da ação penal, devendo a **denúncia descrever conduta da qual se possa resultar a prática do delito** (nexo **de** causalidade).*

*2. Possuindo o contrato social a previsão **de** que a sociedade será administrada por diretores e gerentes, torna-se ainda mais recomendável que exista prévia investigação da efetiva participação dos pacientes na prática da conduta descrita na **denúncia**.*

*3. Ordem concedida para declarar inepta a inicial acusatória, e, por conseguinte, a nulidade **de** todo o processo.” (HC n.º 53.305/SP, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, DJ 11.02.08, destaques nossos).*

Outro não é o entendimento da col. 5ª

Turma, *verbis*:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO PERPETADO CONTRA AUTARQUIA FEDERAL. EMPRESA DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL. ALEGAÇÃO DE **INÉPCIA DA DENÚNCIA**. PACIENTES QUE FORAM DENUNCIADOS POR SEREM SÓCIOS-**DIRETORES DA***

EMPRESA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO MÍNIMA DE SUAS CONDUCTAS. **INÉPCIA DA DENÚNCIA.**

1. Embora não seja necessário a descrição pormenorizada **da** conduta de cada acusado, nos crimes societários, não se pode conceber que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre os denunciados e a empreitada criminosa a eles imputada.
2. O simples fato de os réus serem sócios **da** empresa de transporte de combustível não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito **da** sociedade, se não restar comprovado o vínculo entre a conduta e os agentes, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva.
3. A inexistência absoluta de elementos individualizados, que descrevam a relação entre os fatos delituosos e a autoria, ofende o princípio constitucional **da** ampla defesa, tornando, assim, inepta a **denúncia.**
4. Ordem concedida para, reconhecendo a **inépcia da denúncia,** por ausência de individualização **das** condutas, determinar o trancamento **da** ação penal instaurada em desfavor dos pacientes." (HC n.º 54.868/DF, rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 26.03.07, grifos nossos).

No mesmo sentido, também do eg. Superior Tribunal de Justiça, afiguram-se, entre outros precedentes, os seguintes: HC n.º 86.718/SP, rel. Min FELIX FISCHER, DJ 03.12.07; HC n.º 75.813/SP, rel. Min FELIX FISCHER, DJ 05.11.07; RHC n.º 21.541/RS, rel. Min FELIX FISCHER, DJ 08.10.07; HC n.º 28.002/PE, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 20.06.05; HC n.º 23.819, rel. Min. PAULO GALOTTI, DJ 02.12.03; HC n.º 54.412/PR, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 15.05.06; HC n.º 43.201/SP, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 03.10.05; HC n.º 48.276/MT, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 29.05.06; HC n.º 56.955/SP, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 19.06.06, RESP n.º 312266/RJ, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 25.06.02.

Aliás, não foi por outro motivo que nas outras 3 (três) ações penais a que respondeu o Paciente pelos mesmos fatos objeto

desta que é objeto da presente impetração as denúncias foram anuladas, como já se afirmou. Vejamos o que dizem, no essencial, as três decisões, *verbis*:

“A orientação deste Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade da individualização da conduta de cada denunciado, nos crimes societários, tem sido relativizada. Isto para exigir que a denúncia contenha descrição mínima da participação de cada acusado, de modo a possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. Precedentes: HC 80.549.

É de se reconhecer a inépcia da denúncia redigida de forma a não apontar sequer a posição jurídica do denunciado no organograma da empresa e menos ainda que tipo de vínculo operacional teria ele na trama das ações consideradas delituosas.

Ordem concedida.” (HC n.º 85.948-8/PA, doc. 2A, grifos nossos).

“1. Deve a denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, estatuto da sua validade, conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e, por conseqüência, a definição da conduta de cada autor ou partícipe.

2. A investigação criminal há de observar os limites que decorrem da tutela do direito de liberdade e da dignidade da pessoa humana, sendo, igualmente, indisponível à observância estrita do artigo 41 do Código de Processo Penal, cuja letra não permite exceção e exclui as imputações genéricas, mormente quando a autoridade que investiga se desobriga de ouvir, como determina a lei, o indiciado autor do crime.

3. Tal poder-dever de ouvir o indiciado é decorrência direta da presunção de inocência, que já se projeta na fase inquisitorial (Código de Processo Penal, artigo 6º, inciso V, do Código Penal).

4. Recurso provido.” (HC n.º 63.408/PA, doc. 3A).

“Por certo, deve a denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e,

por conseqüência, no caso de concurso de agentes, a definição de cada autor ou partícipe.”(RHC n.º 17.069/PA, doc. 4A).

Entretanto, como já se afirmou, os mesmos vícios se apresentam na nova denúncia.

Não obstante, o acórdão hostilizado nesta impetração denegou a ordem – no que atina com a questão da inépcia formal – sob o argumento de que *“de modo geral, no crime praticado em concurso de pessoas, e mesmo no crime societário, não sendo possível estabelecer, desde logo, na peça inaugural, perfeita individualização das condutas, pode a acusação descrever o fato delituoso, sem descer a essa particularização, que deverá ser feita durante a instrução processual”* (cf. doc. 5).

Data venia, trata-se de fundamento manifestamente improcedente. Afinal, como já decidiu esse eg. STJ: “A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente nos crimes societários, isso não significa que o Parquet possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e o fato a ele imputado. O simples fato de os pacientes serem sócios da sociedade empresária não autoriza a persecutio criminis in iudicio por crimes praticados em sua gestão se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da instrução criminal, o mínimo vínculo entre as imputações e a suas atuações na qualidade de sócios, porquanto a inobservância de tal ônus por parte do órgão acusador ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia” (HC n.º 63.753/PA, 5ª turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 04.12.2006, grifos nossos).

Além de tudo o quanto se expôs, cumpre ressaltar que o Paciente era apenas **sócio investidor** da DM ELETRÔNICA 20

AMAZÔNICA LTDA. o qual, à época dos fatos, detinha **apenas 5% do capital social** (cf. doc. 6) e não participava da administração da empresa.

Considerando tal peculiaridade, era imperioso que o Órgão acusatório fosse ainda mais rigoroso ao explicitar qual o vínculo do Paciente – insista-se, sócio investidor, detentor de apenas 5% do capital social – com o ilícito.

Há, ainda, um ponto que merece toda a atenção. Para afirmar que o Paciente participaria da administração da empresa DM, o i. Subscritor da inicial se baseia nas palavras do corréu DANIEL PERL, como se lê na passagem seguinte passagem: *“David Perl afirma em seu depoimento¹¹ que ‘...com exceção de FISEL, todos os acusados participavam da administração da empresa, vez que tinham reuniões mensais para decidir diretrizes a serem seguidas e também para decidir as coisas mais importantes”* (doc. 1).

O acórdão recorrido, nessa linha, alude justamente ao interrogatório do mencionado Corréu para concluir que *“há elementos nos autos indicativos de que [o Paciente] participava ativamente da gestão empresarial”* (cf. doc. 5).

Ocorre que tais afirmações foram feitas no interrogatório judicial de DANIEL nos autos da ação penal nº 2004.39.00.008528-0 – como se lê na nota de rodapé constante da própria inicial acusatória. Portanto, após a anulação daquele processo por meio do RHC n.º 17.069, do Superior Tribunal de Justiça (doc. 4A), esta prova **não tem mais qualquer valor legal**.

⁹ Refere-se às fls. 230/2, do processo nº 2004.39.00.008528-0

Isso, porque a ação penal foi anulada em razão da inépcia da denúncia e, portanto, todos os atos processuais que lhe são posteriores – como o interrogatório, por exemplo – evidentemente deixaram de ter qualquer valor. Assim, por óbvio, o citado interrogatório judicial não pode servir de arrimo à imputação lançada na inicial acusatória.

Ademais, ainda que assim não fosse, a simples menção ao simples fato de alguém *administrar uma empresa* e participar de *reuniões mensais* – além de caracterizar a inépcia formal da inicial acusatória em razão de não se ter apontado o vínculo entre tal circunstância e o ilícito, como já se demonstrou – evidencia a adoção despuorida da responsabilidade objetiva.

Por fim, nem se diga que o uso, ao final do capítulo da denúncia dedicado à suposta individualização das condutas, da cláusula geral “todos os denunciados, atuando na condução dos negócios da empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., promoveram a entrada de produtos chineses prontos (...) determinaram a adulteração de documentos (...)” (doc. 1) emprestaria validade à denúncia.

Isso porque, dessa maneira se imputa tudo a todos, de forma absolutamente genérica, sem a indicação de uma única conduta – ação ou omissão – do Paciente e de seus corréus.

A propósito, esse eg. Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte, *verbis*:

“1. A denúncia formalmente correta e capaz de ensejar ampla defesa deve individualizar os atos praticados pelos denunciados e que contribuíram para o resultado criminoso.

2. O simples fato de uma pessoa pertencer à diretoria de uma empresa, por si só, não significa que ela deva ser responsabilizada pelo crime ali praticado, sob pena de consagração da responsabilidade objetiva repudiada pelo nosso direito penal.

*3. É possível atribuir a todos os denunciados a prática de um mesmo ato (denúncia geral), porquanto todos dele participaram, mas **não é possível narrar vários atos sem dizer quem os praticou, atribuindo-os a todos, pois neste caso não se tem uma denúncia geral, mas genérica.***

4 . Ordem concedida para declarar a inépcia da denúncia e a nulidade dos atos que lhe sucederam.” (HC n.º 115.244/SP, Rel Min. JANE SILVA, DJ 16.02.2009).

No corpo do acórdão, a e. Ministra deixou assentada importante lição que se aplica perfeitamente ao caso ora em análise. Vejamos:

(...) Ocorrida a autuação, sem qualquer investigação prévia e mesmo sem se saber como atribuir especificamente a cada um dos denunciados o ato com que contribuiu para o resultado danoso, todos os integrantes da sociedade em questão foram denunciados, somente por integrarem a diretoria, mediante a presunção de que, dada a atribuição de cada um deles no contrato social eles deveriam saber o que ocorria na empresa, portanto não poderiam estar alheios à conduta criminosa.

Foram denunciados por mera presunção, sem qualquer indicação de um ato, pelo menos, que evidenciasse a sua contribuição individual ou coletiva para o crime pelo qual estão sendo processados.

Sabemos que um mesmo crime pode ser desdobrado em várias ações diversas e, se não for feita a correta delimitação de cada uma delas, impossível se torna não só a defesa dos envolvidos como a apuração do fato criminoso e a conseqüente e carreta responsabilização de cada um dos autores e (ou) partícipes, pois o artigo

29 do Código Penal estabelece que ambos incidem nas penas cominadas aos crimes, mas na exata medida de suas culpabilidades.

Não há dúvida de que, em se tratando de crimes societários, muitos são os julgados que vêm dispensando o autor da peça vestibular de detalhar a conduta de cada um dos diretores, mas há necessidade, em qualquer hipótese que se indique qual a ação que todos praticaram para chegar ao fim criminoso.

Admite-se a denúncia geral, mas repudia-se a denúncia genérica. Na primeira atribui-se um determinado ato criminoso a todos os denunciados, por tê-lo praticado em conjunto; na segunda, mostra-se que ocorreram ações que levaram ao resultado delituoso, atribuindo-o a todos os diretores, sem estabelecer a correspondência concreta entre aquele e as ações de cada um dos que as produziram, impedindo-lhes a defesa, fulminando a denúncia da inépcia formal." (idem, grifos nossos).

E assim finaliza:

"(...) Entendemos estar configurada a inépcia formal da denúncia, impossibilitando a defesa efetiva dos pacientes, evidenciando que a peça vestibular está a consagrar a responsabilidade objetiva, repudiada pelo nosso direito penal. Podem efetivamente ser todos os paciente responsáveis pela conduta criminosa, mas há necessidade do devido detalhamento de suas ações individuais ou coletivas para tal nefasto resultado." (idem, grifos nossos).

Portanto, ou bem a denúncia explicitava qual ato, gesto ou conduta do Paciente impunha sua colocação no banco dos réus, ou torna-se de rigor sua anulação para que ele possa com clareza, e sem surpresas, defender-se de fatos e não da sua condição da empresa DM, como pretende o d. membro do *Parquet* Federal. Sim, porque da forma como veio redigida a inicial acusatória inviabiliza completamente a defesa do Paciente, relegando assim o princípio da ampla defesa.

Assim, não só restou violado o art. 41, do Código de Processo Penal, como também os Tratados Internacionais sobre o tema e os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, Constituição).

Diante do exposto, aguarda-se a concessão da ordem a fim de se anular *ab initio* a ação penal, para que o Ministério Público Federal, se o caso, cumprindo o dever de denunciar corretamente descreva, ainda que minimamente, quais condutas do Paciente o torna, em tese, responsável e o vincula aos ilícitos imputados, como medida de **J U S T I Ç A !**

São Paulo, 25 de maio de 2010.

ALBERTO ZACHARIAS TORON
O.A.B/SP n.º 65.371

FERNANDO DA NÓBREGA CUNHA
O.A.B/SP n.º 183.378