



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 26.636 - SP (2009/0156594-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : FRANCISCO ANTONIO TORTORELLI
RECORRENTE : JÚLIA YOUKO ARIKAWA
RECORRENTE : FLÁVIA ARIKAWA TORTORELLI AFONSO
ADVOGADO : JOSÉ FERNANDES MEDEIROS LIMAVERDE
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PLEITO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO DE DOIS RECORRENTES, CONDENAÇÃO DO PRIMEIRO. FALTA DE JUSTA CAUSA SUPERADA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA REMANESCENTE. IMPROCEDÊNCIA. PEÇA QUE NARRA SUFICIENTEMENTE A CONDUTA DO RECORRENTE.

1. Segundo o entendimento firmado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, nos chamados delitos societários, é válida a denúncia que, embora não descreva minuciosamente as condutas individuais dos acusados, demonstre um vínculo entre o administrador e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, observando-se, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, trata-se de denúncia que imputou a diversos acusados a prática de crime contra a ordem tributária. Sobrevindo sentença, dois recorrentes foram absolvidos, o primeiro, porém, foi condenado.

3. No tocante à alegada falta de justa causa para a ação, é certo que a jurisprudência considera que a prolação de sentença condenatória torna superada a argumentação deduzida, já que a matéria foi apreciada, de forma ampla, no novo título judicial.

4. Acerca da alegação de inépcia da denúncia por insuficiência na descrição da conduta, há elementos nos autos que demonstram que o recorrente é o principal gestor administrativo-financeiro da entidade hospitalar. Não há falar, portanto, que a acusação está amparada unicamente em designação contida em contrato societário.

5. Recurso parcialmente prejudicado e, no mais, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar parcialmente prejudicado o recurso e, no mais, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 26.636 - SP (2009/0156594-2) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **Francisco Antonio Tortorelli, Júlia Youko Arikawa e Flávia Arikawa Tortorelli Afonso** contra o acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (HC n. 1.102.852.3/4).

Consta dos autos que os recorrentes são réus, denunciados na Ação Penal n. 050.00.062913-8 (3ª Vara Criminal de São Paulo/SP) como incursos no art. 1º, V, c/c o art. 11 da Lei n. 8.137/1990, e com os arts. 29 e 71, ambos do Código Penal (fls. 19/21). Conforme denúncia, todos, enquanto *sócio gerentes do Hospital e Maternidade Voluntários Ltda. [...], agindo continuamente e por meio dessa pessoa jurídica, concorreram para a supressão de R\$ 39.817,97 de ICMS que deveria ter sido recolhido aos cofres públicos por contribuinte indeterminado que vendeu ao hospital gerenciado pelos denunciados, com seu conhecimento e anuência, medicamentos no valor de R\$ 60.216,34 sem emitir e fornecer a nota fiscal obrigatória* (fl. 19).

Irresignada com acusação, a defesa impetrou a ordem originária, pleiteando o trancamento da ação penal por falta de justa causa e inépcia da denúncia. Julgada em 11/9/2007, a ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (fl. 118):

*Habeas Corpus. Crime contra a ordem tributária. Pretendido trancamento da ação penal, uma vez que não se vislumbra justificativa para aquela. Impossibilidade. Inépcia da denúncia absolutamente inexistente. Peça que reúne os requisitos todos do art. 41 do Código de Processo Penal. Descrição fática do crime e das condutas bem caracterizadas. Alegação de falta de justa causa também inconsistente. Limites estreitos do *mandamus* que impedem a apreciação meritória de fundo. Ordem negada.*

Daí o presente recurso ordinário, no qual os recorrentes repisam as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teses suscitadas na origem.

Sobre a peça acusatória, sustentam a existência de afronta ao art. 41 do Código de Processo Penal. Alegam que falta a descrição individualizada da conduta de cada acusado, sobretudo em relação às recorrentes Júlia e Flávia, que, tão só por ostentarem condição de sócias, foram incluídas na denúncia.

Acerca da acusação em si, asseveram que carece de justa causa, pois a instituição hospitalar é isenta do recolhimento de ICMS, portanto é desobrigada de emitir notas fiscais.

Requerem, então, o trancamento da ação penal.

Sem pedido liminar, os autos seguiram ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não provimento do recurso (fl. 164):

RECURSO ORDINÁRIO CONTRA INDEFERIMENTO DE *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. CONDUTAS DESCRITAS NA DENÚNCIA QUE SÃO, EM TESE, TÍPICAS. PEÇA ACUSATÓRIA LASTREADA EM SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DOS DELITOS. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO IMPUGNADO CONSOANTE COM O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Os autos vieram a mim por atribuição (fl. 167v).

Em 5/7/2012, consultando o sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, obtive a informação de que sobreveio sentença condenatória contra o recorrente Francisco Antonio Tortorelli. No tocante a Júlia Youko Arikawa e Flávia Arikawa Tortorelli Afonso, ambas foram absolvidas das acusações.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 26.636 - SP (2009/0156594-2) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Diante da notícia da absolvição das recorrentes Júlia e Flávia, o presente *writ* ficou em parte prejudicado. Remanesce, no entanto, a irresignação de Francisco Antonio Tortorelli, que pretende o trancamento da ação penal por falta de justa causa e inépcia da denúncia.

No tocante à alegação de falta de justa causa para a ação, é certo que a jurisprudência considera que a prolação de sentença condenatória torna superada a alegação, já que a matéria foi apreciada, de forma ampla, no novo título judicial.

Nesse sentido, há diversos precedentes da Sexta Turma:

[...]

2. O trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus*, é medida excepcional, inviável de ser aplicada aos processos em que tenha sido proferida sentença condenatória - fase em que já ocorreu amplo e intenso debate sobre as teses e provas constantes dos autos -, pois para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento que, sabidamente, é incompatível com a estreita via do *mandamus*.

(HC n. 34.046/SP, Ministro Haroldo Rodrigues, Dembargador convocado do TJ/CE, DJe 13/6/2011 – grifo nosso)

[...]

2. Diante da prolação de sentença, que concluiu serem as provas suficientes para a condenação, fica superada a alegação de falta de justa causa para o oferecimento da denúncia, pois a matéria foi apreciada, de forma ampla, no novo título judicial. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

(HC n. 84.644/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 1º/7/2010)

Há, também, julgados do Supremo Tribunal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal afirma prejudicada a alegação de falta de justa causa para o oferecimento da denúncia com a superveniência da sentença condenatória. Precedentes.

(HC n. 97.725/SP, Ministra Cármen Lúcia, DJe 26/3/2010)

[...]

2. Prejuízo da impetração quanto à alegada ausência de justa causa para a ação penal, dada a superveniência de sentença condenatória. Título jurídico que afasta a dúvida quanto à existência de elementos suficientes não só para a inauguração do processo penal como também para a própria condenação. Precedentes: HC 88.292, Relator Ministro Eros Grau (Segunda Turma); e HC 86.362, deste Relator (Primeira Turma).

(HC n. 88.963/RJ, Ministro Carlos Britto, DJe 11/4/2008)

Assim, julgo prejudicada a irresignação no ponto.

No mais, acerca da alegação de inépcia da denúncia por insuficiência na descrição da conduta do recorrente, convém transcrever a inicial acusatória, *in verbis* (fls. 19/20):

Consta da inclusa *notitia criminis*, encaminhado ao Ministério Público, pela DRTC-II, Delegacia Regional Tributária que nos meses de setembro e outubro/96, Francisco Antonio Tortorelli, Julia Arikawa Tortorelli e Flavia Arikawa Tortorelli Afonso, qualificados a fls. 79, sócio gerentes do Hospital e Maternidade Voluntários Ltda (...), agindo continuamente e por meio dessa pessoa jurídica concorreram para a supressão de R\$ 39.817,97 de ICMS que deveria ter sido recolhido aos cofres públicos por contribuinte indeterminado que vendeu ao Hospital gerenciado pelos denunciados, com seu conhecimento e anuência, medicamentos no valor de R\$ 60.216,34 sem emitir e fornecer a nota fiscal obrigatória.

Para acobertar as operações e para dificultar o vislumbamento da fraude fiscal e para possibilitar o registro da entrada das mercadorias no estabelecimento, com a escrituração do livro Registro de Inventário (121/153) **os denunciados emitiram ou fizeram emitir as notas fiscais falsas relacionadas a fls. 13 e juntadas as fls. 15/70 de emissão atribuída a FOTON COMERCIAL LTDA, empresa esta inexistente e com cadastro fraudulento conforme Relatório de Apuração que será oportunamente juntado.**

Sem existência de fato a Foton jamais poderia ter realizado transações com o Hospital Voluntários e inocontraram as transações de compra e venda entre o suposto emitente e a pessoa jurídica comandada pelos denunciados.

Consta, ainda, que o Hospital e Maternidade voluntários inobstante notificado para exhibir títulos, duplicatas quitadas na rede bancária, ordem de pagamento ou outros documentos comprobatórios dos pagamentos para a Foton ficou-se inerte, valendo ressaltar que em se tratando de operações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de compra e venda tão corriqueiras no comércio seria possível ao *homo oeconomicus* médio e de boa fé comprovar prontamente os pagamentos, principalmente considerando-se os elevados valores das operações.

Reza o artigo 2º, I, do RICMS que ocorre o fato gerador do imposto, na saída da mercadoria, qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Estabelece o artigo 112, I, do RICMS que o contribuinte, excetuado o produtor, emitirá nota fiscal, modelo 1, antes da saída da mercadoria.

O artigo 12, XI e XII e § único dispõe que são responsáveis pelo pagamento do imposto solidariamente as pessoas que tiveram interesse comum na situação que tiver dado origem à obrigação principal e todo aquele que efetivamente concorrer para a sonegação do imposto (inc. XI e XII) e que presume-se ter interesse comum, para efeito do disposto no inciso XI, o adquirente de mercadoria ou o tomador do serviço, em operação ou prestação realizada sem documentação fiscal.

Os denunciados, portanto, ao adquirirem sem nota fiscal as mercadorias de pessoas indeterminadas e cuja identidade ocultaram ao fisco deram causa e concorreram, efetivamente, para a supressão do imposto incidente sobre a venda desacompanhada de documento fiscal obrigatório.

[...]

Ora, consoante se depreende da leitura, a acusação não padece do vício da inépcia, uma vez que a suposta conduta criminosa imputada ao recorrente (art. 1º, V, c/c o art. 11 da Lei n. 8.137/1990, e com os arts. 29 e 71, ambos do CP) se encontra suficientemente descrita, com objetividade e clareza, na inicial acusatória.

A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado a mesma conduta a vários denunciados não torna a denúncia genérica (HC 89.240/DF, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 27/4/2007). Aliás, nos termos da jurisprudência desta Corte, eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, o que não se vislumbra no presente caso.

Nesse sentido, confirmam-se:

[...]

1. Segundo o entendimento firmado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, nos chamados delitos societários, é válida a denúncia que, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não descreva minuciosamente as condutas individuais dos acusados, demonstre um vínculo entre o administrador e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, observando-se, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

(HC n. 236.305/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 26/11/2012)

[...]

2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, 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 agir do paciente e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes.

(HC n. 217.522/MS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/10/2012)

[...]

V. É geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim. Precedentes.

(HC n. 114.988/SP, Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, Sexta Turma, DJe 22/2/2010)

Veja-se que o próprio recorrente confirmou ser o principal gestor administrativo-financeiro da entidade hospitalar (fls. 29/30). Não há falar, portanto, que a acusação está amparada unicamente em designação contida em contrato societário.

Em face do exposto, julgo prejudicado em parte o presente recurso e, no mais, nego-lhe provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0156594-2

RHC 26.636 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11028523 11028523400 993070965061

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRANCISCO ANTONIO TORTORELLI
RECORRENTE : JÚLIA YOUKO ARIKAWA
RECORRENTE : FLÁVIA ARIKAWA TORTORELLI AFONSO
ADVOGADO : JOSÉ FERNANDES MEDEIROS LIMAVERDE
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o recurso e, no mais, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.