



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.382 - SC (2012/0059180-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS
ADVOGADO : TULIO BRAZ DE BEM
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. FATOS DISTINTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não há que se falar em *bis in idem* se os fatos que deram origem a duas ações penais distintas não são os mesmos.

2. Destaque-se que o recorrente foi condenado em ação penal que tramitou perante a Justiça Federal pela prática do delito tipificado no art. 1º, I e II da Lei n.º 8.137/90, em razão da ausência de recolhimento de tributos federais, referentes aos anos-calendário de 1998 e 1999 (existência de diversas notas fiscais não contabilizadas relativas a compras efetuadas nos anos de 1998 e 1999). Nos autos da ação penal que tramita perante a Justiça Estadual, a qual se pretende a extinção, apesar de ter sido o recorrente denunciado como incurso na mesma figura típica, o fato que a originou é completamente distinto, qual seja, ausência de recolhimento de tributo estadual – ICMS – ocorrida no exercício de 2003 (o lucro bruto declarado pela empresa naquele ano foi inferior ao valor das despesas efetivadas).

INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE OS CRIMES APURADOS NA AÇÃO PENAL FEDERAL E NA ESTADUAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 122 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O PACIENTE NO QUE SE REFERE AO DELITO POR SONEGAÇÃO DE ICMS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Muito embora o enunciado da Súmula 122 deste Superior Tribunal de Justiça estabeleça que "*competete à Justiça Federal o processo e o julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal*", o certo é que no caso em apreço não se pode falar que os delitos em tese praticados pelo recorrente sejam conexos, não se enquadram em nenhuma das hipóteses de conexão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal.

2. Assim, não há quaisquer motivos que justifiquem a competência da Justiça Federal para apreciar o crime contra a ordem tributária em tese cometido pelo recorrente, cujo processamento deve permanecer na esfera da Justiça Estadual.

3. Recurso a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.382 - SC (2012/0059180-5)

RECORRENTE : JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS
ADVOGADO : TULIO BRAZ DE BEM
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por JOSÉ ADEMAR PADILHA DE VARGAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem no HC n.º 2011.052843-0.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, nos autos da Ação Penal n.º 023.09.068448-9, perante a 3.ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, pela suposta prática do delito tipificado no art. 1.º, II, da Lei n.º 8.137/90.

Buscando a declaração de nulidade da exordial acusatória, por falta de justa causa – “diante da incompetência do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina” (fl. 9) – a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada.

Daí a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que está sendo processado em duas ações penais por fato único (sonegação tributária) – uma perante a justiça estadual (Ação Penal n.º 023.09.068448-9), por ausência de recolhimento de ICMS, e uma perante a justiça federal (Ação Penal n.º 2002.72.00.004608-8), por ausência de recolhimento de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição Social.

Entende que a cisão entre tributos federal e estadual é viável para cobrança do crédito tributário, não para justificar duplicidade de ações penais.

Ao argumento de que há identidade subjetiva parcial e de que a prova de uma infração influi na prova da outra, defende que há continuidade delitiva e conexão.

Afirma que tanto o tribunal estadual quanto os tributos federais possuem a mesma base de cálculo.

Invoca o enunciado n.º 122 da Súmula desta Corte.

Aduz que o fato de estar a Ação Penal n.º 2002.72.00.004608-8 nesta Corte, pendente de julgamento de recurso especial, não afasta a ocorrência do *bis in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idem.

Requer seja dado provimento ao presente recurso, a fim de que seja declarada extinta a Ação Penal n.º 023.09.068448-9, em trâmite perante a 3.ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 113/116, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.382 - SC (2012/0059180-5)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Colhe-se dos autos que o recorrente foi denunciado, nos autos da Ação Penal n.º 023.09.068448-9, que tramita perante a 3.ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, pela suposta prática do delito tipificado no art. 1.º, II, da Lei n.º 8.137/90, tendo o Ministério Público estadual assim narrado o fato em sua peça de acusação (fls. 38/41):

Consta do Procedimento Investigatório Criminal n.º 083/2008/20ª PJC anexo, que o denunciado JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS era, na época dos fatos abaixo narrados, sócio-administrador da empresa Marade Confecções Ltda., (...), cabendo a ele deliberar, entre outras questões, acerca do recolhimento de tributos.

(...)

Consta do histórico da Notificação Fiscal n.º 66030020223 (fl. 73), expedida em 9 de fevereiro de 2006, que, durante o exercício de 2003, o Denunciado, na condição de sócio-administrador da Empresa, deixou

[...] de submeter operações/prestações tributáveis à incidência do ICMS, sem emissão de documentos fiscais e escrituração nos livros próprios, presumidas pelo montante do valor das despesas pagas/arbitradas, que ultrapassa o lucro bruto auferido pelo estabelecimento.

A partir das informações prestadas pelo Denunciado, por meio da Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) do ano-base 2003 (fls. 435 a 442), os Auditores Fiscais da Receita Estadual Jorge da Cunha Ocampo More Júnior e José Sérgio Della Gustina verificaram que o lucro bruto declarado pela Empresa naquele ano foi inferior ao valor das despesas efetivadas, em face do que, concluíram ter ocorrido a saída de mercadorias sem os respectivos registros.

É o que se pode depreender da análise do “Demonstrativo de Operações de Saídas de Mercadorias Não Registradas Presumidas Pela Efetivação de Despesas em Limite Superior ao Lucro/Prejuízo Bruto” (...).

(...)

Assim, o Denunciado, mediante a falta de emissão de notas fiscais e omissão dos livros de saídas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadorias do estabelecimento em livro próprio (Livro Registro de Saídas de mercadorias), suprimiu dos cofres públicos do Estado de Santa Catarina, durante o exercício de 2003, R\$ 15.491,59 (quinze mil quatrocentos e noventa e um reais e cinquenta e nove centavos), correspondente ao valor do ICMS devido em suas operações de saída de mercadorias que não foram submetidas à tributação.

(...)

Assim agindo, o denunciado JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS praticou conduta que se adequa à descrição contida no artigo 1º, II, da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Buscando a declaração de nulidade da exordial acusatória, por falta de justa causa – “diante da incompetência do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina” (fl. 9) – a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada, sob o seguinte fundamento (fls. 66/68):

A ordem deve ser denegada.

Diferentemente do exposto pelo impetrante no presente writ, não há liame entre a conduta narrada na exordial acusatória que originou a ação penal n. 023.09.068.448-9, da 3ª Vara Criminal da comarca da Capital, e a denúncia oferecida perante a Justiça Federal, na ação penal n. 2002.72.00.004608-8/SC.

*Quanto a esta ação, conforme sentença juntada às fls. 12/35, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia narrando que "a fiscalização, em investigação por amostragem junto a fornecedores da empresas Via Japan, Kiyoe e Marade, constatou a existência de diversas notas fiscais não contabilizadas **relativas a compras efetuadas nos anos de 1998 (as três empresas) e 1999 (as empresas Kiyoe e Marade)**". (grifo nosso)*

Por seu turno, depreende-se da denúncia formulada pelo parquet estadual que as condutas a serem apuradas no referido processo-crime dizem respeito a eventuais sonegações ocorridas no exercício de 2003, conforme Notificação Fiscal nº 66030020223. (fls. 37/41)

Verifica-se, portanto, que tratam-se de condutas relativas a circunstâncias de tempo e modo distintas, razão pela qual não há que se falar em conexão entre os fatos narrados nas denúncias formuladas pelo parquet Estadual (fls. 37/41) e Federal (fls. 12/35).

Ressalte-se ainda que, não obstante o teor da Súmula 122 do STJ, que preceitua, in verbis, "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal", não há na exordial acusatória da ação penal estadual qualquer imputação de crime de competência federal.

Isto porque o delito que se discute no caso vertente é o de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual, cuja competência, por consequência, é da Justiça Estadual, não merecendo amparo a tese de que os fatos possam ter reflexo em tributos federais, porquanto a acusação se limita ao tributo estadual antes mencionado.

Ademais, como bem exposto pelo d. Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, "enquanto a apuração do delito em sede federal se encerrou em 14.12.2009, com a prolação de sentença, naquela instância (fls. 12/35), a denúncia formulada pelo representante do Ministério Estadual ocorreu em 8.10.2009 (fls. 37/41), 'o que denota a competência, ainda que se entendesse residual, para o processamento do feito, obedecendo-se a regra disposta no art. 82 do Código de Processo Penal'", in verbis:

(...)

Voto, pois, pela denegação da ordem.

Daí o presente recurso, no qual o recorrente pretende a extinção da ação penal mencionada, ao argumento de que estaria sendo julgado pelo mesmo fato – sonegação fiscal – em duas ações penais distintas.

Não obstante os argumentos expostos no recurso, este não comporta provimento.

Para a análise da tese defendida nas razões recursais, mister transcrever excertos da sentença condenatória proferida nos autos da Ação Penal n.º 2002.72.00.004608-8, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Florianópolis:

I – Relatório. *O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em 19.01.2004, contra JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS (...) e DAILLA KIYOE PADILHA DE VARGAS (...), como incursos nas sanções previstas no art. 1º, I e II da lei n.º 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal e no art. 304 c/c art. 299, ambos do Código Penal, sendo José Ademar denunciado, ainda, como incurso nas penas do parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.137/90, pela prática dos seguintes fatos delituosos:*

Fiscalização da Receita Federal, iniciada a partir da constatação de vultosa quantia movimentada, no ano de 1998, na conta corrente n.º 1421-4 (acima de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.700.000,00 reais) Agência Felipe Schmidt do Banco do Brasil, nesta Capital, de titularidade de Sandra Batista. Desvendou ardiloso esquema criminoso criado pelos denunciados para mascarar as atividades comerciais por eles desenvolvidas e, em consequência, ocultar do Fisco Federal os efetivos rendimentos das empresas por eles administradas.

O esquema consistia na utilização da conta corrente já mencionada, titularizada pela empregada doméstica do casal, para movimentação dos valores advindos das atividades no mercado varejista de confecções realizado pelas empresas Marade Confecções Ltda., Via Japan Confecções Ltda., Kiyoe Ind. E Com de Confecções Ltda, Marrom Bombom Confecções Ltda e Marrom Glacê Confecções Ltda.

Não satisfeitos, os denunciados também procuraram dissimular o controle que sobre estas empresas exerciam. Em relação às empresas Kiyoe e Via Japan, transferiram, no ano de 2000, a empresa Kiyoe a Vivaldino Padilha Vargas e Cleusa Tavares Padilha, pais do denunciado José Ademar, e encerraram em 2001 as atividades da Via Japan, criando em seguida, outra empresa, Tecnomoda Confecções Ltda, em nome de duas funcionárias das empresas Marade e Kiyoe. Em relação às empresas Marrom Bombom e Marrom Glacê, desde sua constituição, procuraram os denunciados atribuir a interpostas pessoas a titularidade das empresas, garantindo à denunciada Daila, procurações com plenos poderes para suas administrações.

Além disso, a fiscalização, em investigação por amostragem junto a fornecedores das empresas Via Japan, Kiyoe e Marade, constatou a existência de diversas notas fiscais não contabilizadas relativas a compras efetuadas nos anos de 1998 (as três empresas) e 1999 (as empresas Kiyoe e Marade) conforme discriminado na Representação Fiscal para Fins penais que instrui a presente, destacando-se notas de compras da empresa TAKITÁ Ind. E Comércio de Confecções Ltda. (11 notas não contabilizadas na empresa Via Japan, 11 notas não contabilizadas na empresa Kiyoe e 12 notas não contabilizadas na empresa Marade).

Com tais artifícios, lograram os denunciados obter regime favorecido de tributações – SIMPLES, do qual, em verdade, não poderiam se beneficiar, conforme relatório da autoridade fiscal.

Descoberto o esquema criminoso e efetuados levantamentos pelo Fisco, constatou-se que a fraude



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrada proporcionou aos denunciados suprimir os seguintes valores dos tributos devidos por suas empresas, devidamente especificados nos autos de infração lavrados cujas cópias acompanham a presente denúncia (Anexos I, II e III do procedimento Criminal n.º 1.33.000.001562/2003-25):

(...)

Diante do acima exposto, os denunciados, por quatro anos, omitiram informações e prestaram declarações falsas às autoridades fazendárias. Por diversas vezes fraudaram a fiscalização tributária, omitindo operação de compra em livro exigido pela lei fiscal. Com tais condutas, lograram suprimir o pagamento dos valores acima já especificados. Além disso, os denunciados apresentaram à Receita Federal documentos particulares ideologicamente falsificados e o denunciado José Ademar, por duas vezes, não atendeu exigência da autoridade fiscal.

(...)

II.2.2 Crime tributário. Materialidade. A materialidade está comprovada na Representação Fiscal para Fins Penais, n.º 11516.000330/2003-62 (fls. 05/32 do apenso 1), onde compilados os documentos levantados nos procedimentos administrativos fiscais relativos às empresas e aos réus relacionados na denúncia.

(...)

No anexo 1 consta documentação obtida na fiscalização da empresa MARADE CONFECÇÕES LTDA., cujos autos de infração relativos ao IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição Social encontram-se às fls. 129/169 do referido anexo, através dos quais foram levantados os seguintes valores suprimidos referentes aos anos-calendário de 1998, 1999, 2000 e 2001:

(...)

À fl. 1036 tem-se ofício da Procuradoria da Fazenda Nacional informando que não há pagamentos ou parcelamentos dos débitos inscritos em Dívida Ativa da União relacionados às referidas empresas.

(...)

III Dispositivo. Ante o exposto, rejeito as preliminares; e no mérito julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para:

(...)

CONDENAR JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS como incurso no artigo 1º, I e II da Lei n.º 8.137/90, às penas de 03 (três) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa, fixado cada dia-multa em $\frac{1}{2}$ (metade) do salário-mínimo vigente em maio de 2002.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Substituo a pena privativa de liberdade ao réu – artigo 44, I do Código Penal – por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, segunda parte do Código Penal), consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (art. 43, IV, do Código Penal) e prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 em benefício de instituição social a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal.

De pronto, constata-se que não há que se falar em *bis in idem*. Isto porque o recorrente foi condenado nos autos da ação penal federal pela prática do delito tipificado no art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90, em razão da ausência de recolhimento de tributos federais, referentes aos anos-calendário de 1998 e 1999 (existência de diversas notas fiscais não contabilizadas relativas a compras efetuadas nos anos de 1998 e 1999). Já nos autos da ação penal estadual, a qual se pretende seja extinta, apesar de ter sido o recorrente denunciado como incurso na mesma figura típica, o fato que a originou é completamente distinto, qual seja, ausência de recolhimento de tributo estadual – ICMS – ocorrida no exercício de 2003 (o lucro bruto declarado pela Empresa naquele ano foi inferior ao valor das despesas efetivadas, razão pela qual se concluiu ter ocorrido a saída de mercadorias sem os respectivos registros).

Como se vê, ao contrário do que quer fazer crer o recorrente, os fatos que deram origem às ações penais mencionadas não são os mesmos.

Por outro lado, não se vislumbra a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o recorrente.

Isso porque, muito embora o enunciado da Súmula 122 deste Superior Tribunal de Justiça estabeleça que "*compete à Justiça Federal o processo e o julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal*", o certo é que não se pode falar que os delitos em tese praticados pelo recorrente sejam conexos.

Com efeito, os ilícitos, apesar de enquadrados na mesma figura típica - art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90 –, na forma como foram narrados nas denúncias não se enquadram em nenhuma das hipóteses de conexão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração."

Ora, por certo o caso objeto deste recurso não se enquadra na chamada conexão intersubjetiva por simultaneidade, por concurso ou por reciprocidade (artigo 76, inciso I), pois não se tratam de crimes praticados por diversos agentes, mas sim de delito supostamente cometido apenas pelo ora recorrente – destacando-se que na Ação Penal n.º 2002.72.00.004608-8, que tramitou perante a 1.ª Vara Federal Criminal de Florianópolis/SC, a despeito de terem sido denunciadas duas pessoas, somente se reconheceu a responsabilidade do paciente, que restou condenado.

Também não há que se falar em conexão objetiva, lógica ou teleológica (artigo 76, inciso II), pois as infrações em exame não foram praticadas para facilitar ou ocultar outras, tampouco para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.

Finalmente, não se vislumbra a chamada conexão instrumental (artigo 76, inciso III), pois a prova de cada um dos ilícitos não interfere nem influencia na dos outros.

Assim, não há quaisquer motivos que justifiquem a competência da Justiça Federal para apreciar o crime em tese cometido pelo recorrente nos autos da Ação Penal n.º 023.09.068448-9, cujo exame deve permanecer na esfera da Justiça Estadual.

Por tudo quanto foi dito, não se vislumbra qualquer mácula a contaminar o acórdão impugnado, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior, razão pela qual **se nega provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0059180-5

RHC 32.382 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1008252620118240000 20110528430 20110528430000100 23090684489

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ ADEMAR TAVARES PADILHA DE VARGAS

ADVOGADO : TULIO BRAZ DE BEM

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.