



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.594 - PR (2010/0041541-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : JOSÉ LUDEMAR BARATELLA
RECORRENTE : LEONILDO GARCIA DA CRUZ
ADVOGADO : ROLF KOERNER JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DE PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ.

I - Alegações de nulidade processual por nulidade de prova documental e testemunhal são questões que demandariam, **na hipótese**, o imprescindível e profundo cotejo do material fático-probatório dos autos, o que, na via eleita, mostra-se inviável, em razão do disposto na **Súmula nº 07/STJ**.

II - **De outro lado**, verificando-se que, **in casu**, o e. Tribunal **a quo** considerou desfavorável a circunstância judicial da personalidade, fundamentando a exasperação da pena-base em virtude do registro em folha de antecedentes de ações penais ainda em andamento, impõe-se a aplicação da **Súmula nº 444/STJ**, **in verbis**: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Recurso especial **parcialmente conhecido** e, nessa parte, **provido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.594 - PR (2010/0041541-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto por JOSÉ LUDEMAR BARATELLA e LEONILDO GARCIA DA CRUZ, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos da apelação criminal nº 407137-8. Eis a ementa do julgado:

"CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, III, E IV, C/C ART. 11 DA LEI 8.137/90, E ART. 71 DO CP). CONDENAÇÃO - APELAÇÃO CRIMINAL¹ - INCONFORMISMO DOS RÉUS - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO - PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. APELAÇÃO CRIMINAL² - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA A PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL AOS ACUSADOS - AUMENTO DA PENA BASE - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO NA FIXAÇÃO DO VALOR DO DIA-MULTA - ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.137/90 - PRIMEIRO APELO DESPROVIDO - SEGUNDO APELO PARCIALMENTE PROVIDO." (fl. 1559).

Os recorrentes foram condenados à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 1º, incisos I, III e IV, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 11 da mesma Lei e art. 71 do Código Penal.

Os condenados e o **Parquet** apelaram. O e. Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso dos recorrentes e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para exasperar a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

Daí o presente apelo excepcional, em que se alega violação aos arts. 158, 564, III, **b**, e 572, todos do Código de Processo Penal. Aduz que houve cerceamento de defesa, pois não houve perícia técnica dos documentos juntados e, posteriormente, o e. Tribunal **a quo** preferiu *"validar a imprestável prova acusatória pela utilização de um insustentável*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critério cronológico, consistente no momento da apresentação, ainda na primeira instância, pelos recorrentes, da tese sobre a nulidade insanável, portanto absoluta, do processo criminal" (fl. 1593). Alega, ainda, negativa de vigência ao art. 386, VI, do Código de Processo Penal, por entender que não há prova suficiente para a condenação, e negativa de vigência aos arts. 59 e 71 do Código Penal, pois o r. acórdão recorrido exasperou a pena-base não observando o princípio da proporcionalidade. Requerem, assim, o provimento do presente recurso especial, para que seja cassada *"a decisão atacada para o fim de absolver os recorrentes das penas que lhe foram impostas, ou, pelo menos, para anular o processo"* (fl. 1606).

Contrarrazões às fls. 1610/1615.

Recurso inadmitido na origem (fls. 1671/1622). Houve interposição de agravo de instrumento (nº 1043055) nesta e. Corte, determinando a subida do apelo especial (fl. 1668).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 1683/1686, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.594 - PR (2010/0041541-4)

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DE PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ.

I - Alegações de nulidade processual por nulidade de prova documental e testemunhal são questões que demandariam, **na hipótese**, o imprescindível e profundo cotejo do material fático-probatório dos autos, o que, na via eleita, mostra-se inviável, em razão do disposto na **Súmula nº 07/STJ**.

II - **De outro lado**, verificando-se que, **in casu**, o e. Tribunal **a quo** considerou desfavorável a circunstância judicial da personalidade, fundamentando a exasperação da pena-base em virtude do registro em folha de antecedentes de ações penais ainda em andamento, impõe-se a aplicação da **Súmula nº 444/STJ**, **in verbis**: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Recurso especial **parcialmente conhecido** e, nessa parte, **provido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Alega o recorrente, nas razões do presente apelo nobre, em síntese, violação aos arts. 158, 564, III, **b**, e 572, todos do Código de Processo Penal. Aduz, para tanto, a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a não realização de perícia técnica dos documentos eventualmente utilizados para comprovar a acusação, bem como a negativa de vigência ao art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, por entender que não há prova suficiente para a condenação. Alega, **finalmente**, negativa de vigência aos arts. 59 e 71 do Código Penal, pois o r. acórdão recorrido exasperou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base não observando o princípio da proporcionalidade. Requer, assim, o provimento do recurso especial para que seja cassada *"a decisão atacada para o fim de absolver os recorrentes das penas que lhe foram impostas, ou, pelo menos, para anular o processo"* (fl. 1606).

Preliminarmente, quanto à alegada nulidade processual por violação aos arts. 158, 564, inciso III, alínea **b**, e 572, todos do Código de Processo Penal, alega o recorrente que os documentos utilizados pelo **Parquet**, inclusive documentos particulares, não se submeteram à perícia técnica com o intuito de se comprovar a sua autenticidade, o que geraria nulidade do procedimento investigativo (fl. 1592).

Aduzem os recorrentes, ainda, nulidade da prova testemunhal pelo fato de uma das testemunhas ter se retratado posteriormente, afirmando, neste sentido, que *"A segurança para a condenação dos recorrentes não se encontra demonstrada nos autos do processo criminal"* (fl. 1598).

Acerca da **quaestio**, transcrevo, oportunamente, o seguinte trecho do v. acórdão ora vergastado:

"A materialidade e a autoria do delito estão comprovadas pelos diversos documentos juntados aos autos, ao longo da instrução criminal. Entre eles vale ressaltar o relatório elaborado pela Comissão processante da Secretaria da Fazenda (fl. 107) que constatou uma série de irregularidades na constituição da empresa CEREAIS E CAFÉ JAGUAR LTDA., utilizada pelos acusados para a prática dos delitos contra a ordem tributária.

Concluiu-se no referido relatório que o contrato social da empresa não foi arquivado na JUCEPAR, e que o CGC (agora CNPJ) informado pertence, na verdade, a outra empresa estabelecida em Ivaiporã/PR. Igualmente, o CPF das pessoas que seriam os supostos sócios da empresa não existe no cadastro, ou pertence a outra pessoa. Do mesmo modo, as diligências revelaram que tais sócios "laranjas" nunca residiram no endereço fornecido, de modo que jamais foram encontrados para prestar declarações nos autos.

Por fim, o relatório apontou irregularidades no imóvel ocupado como sede da empresa, pois o imóvel localizado no endereço informado é incompatível com o ramo de atividade desenvolvido pela empresa CEREAIS E CAFÉ JAGUAR LTDA., bem como o contrato de locação apresentado é ilegítimo, pois firmado com pessoa que se dizia proprietária do imóvel, mas não o era.

Com isso, restou comprovado que a empresa CEREAIS E CAFÉ JAGUAR LTDA não passava de uma "empresa fantasma", constituída por sócios "laranjas", tudo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isso com vistas a possibilitar a supressão da carga tributária devida ao fisco, com o conseqüente locupletamento ilícito dos acusados.

Os acusados alegam, visando a desconsideração dos documentos juntados aos autos, que a falta de autenticação das fotocópias levaria a sua nulidade. Porém, como bem ponderou a Procuradoria de Justiça em seu parecer, o fato dos acusados terem se insurgido contra isso apenas nas alegações finais, quando poderiam ter suscitado a falsidade em momento anterior, demonstra que não houve prejuízo algum para a defesa.

Da mesma forma não merece prosperar a alegação de nulidade em face da não realização de perícia técnica. Isso porque os demais elementos probatórios juntados aos autos são suficientes para a manutenção de um juízo condenatório.

Corroborando os indícios de falsificação e irregularidade trazidos no relatório da Comissão, a prova testemunhal produzida nos autos é essencial na elucidação dos fatos, bem como na comprovação da autoria dos crimes imputada aos acusados.

A testemunha Marcelo Mueller Melle afirma que:

"Que os denunciados são contadores e aproveitando-se da conveniência e oportunidade administravam e gerenciavam, de fato, da empresa Jaguar Ltda; Que a empresa Jaguar era uma empresa 'fantasma'; Que seus sócios não foram localizados; Que a empresa utilizava notas de compra de mercadorias falsas, com o objetivo de deixar de recolher o imposto ICMS, pelas saídas posteriores; Que, a empresa fazendo isto, escoava produção própria e de outras empresas, sem o pagamento do imposto devido, já que para tanto eram utilizados os créditos forjados pelo golpe; que o prejuízo efetivo aos cofres públicos foram de cerca de duzentos e setenta e cinco mil reais". (fl. 873)

Em seu depoimento, Airton Lopes Brandão explica como se dava a conduta criminosa dos acusados:

"que a fraude que os acusados se utilizavam tinha o seguinte procedimento: traziam documentação fria de crédito do Estado de Santa Catarina, 'esquentavam' o crédito e aí apresentavam na Agência de Rendas no Estado do Paraná, no caso Cândido de Abreu, que os transformava em crédito anterior, para abatimento dos débitos de suas saídas; que toda vez que emitia uma nota para fora do Estado do Paraná, nascia um débito de ICMS e para pagamento deste débito eram apresentados os créditos 'esquentados'. (fls. 885/886)

Corroborando todas as provas acerca da autoria e materialidade dos delitos, acima referidas, a testemunha Jonas Zielinski, reiterou em Juízo (fl. 839) as declarações que prestou quando do inquérito policial (fls. 555/561), afirmando que:

"(...) Lembra o interrogado que o LEONILDO GARCIA DA CRUZ - o 'Dudu', era o responsável e manipulava a empresa TEXTIL F.B. Indústria e Comércio Ltda, de Ponta Grossa/PR e ainda outras com objetivo de burlar o fisco e vender créditos de ICMS: RODOSUL TRANSPORTES... CEREAIS CAFÉ JAGUAR LTDA (tendo mais trabalhado com essa o Sr. Baratella). (...) Que o interrogado conhece superficialmente LUDEMAR BARATELLA, contador da cidade de Ivaiporã e segundo o interrogado, amigo próximo e comparsa de LEONILDO, nas aberturas das empresas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mencionadas acima, com a única finalidade de realizar de créditos de ICMS fraudulentos. (...) Que muitas vezes presenciou o Sr. DUDU no seu escritório, preenchendo blocos de notas fiscais de produtores do Estado de Santa Catarina/SC e que referidas notas estavam em branco e sem carimbos; (...)que faz aproximadamente dez anos que o Sr. LEONILDO GARCIA DA CRUZ atua nesse ramo, de créditos de ICMS, repassando para outras empresas; que da mesma forma o Sr. BARATELLA, tendo em vista ser pessoa que conhece toda a região do Vale do Itaipu; que depois de constituídos os créditos e homologados pela Receita, eles (DUDU e BARATELLA) saíam a procura de empresas interessadas nos créditos (...)"

A defesa juntou aos autos escritura pública de declaração de Jonas Zielinski na qual afirma que o depoimento prestado na polícia ocorreu sob tortura psicológica exercida por funcionários da receita estadual e policiais militares. Porém, revela-se bastante estranho que tais fatos somente vieram a ser alegados 7 anos depois da data em que supostamente ocorreram. Ademais, os depoimentos foram prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo, inclusive, acompanhado e assinado por dois promotores de justiça.

Não fora só isso, de tudo o que os autos contêm, a versão oferecida pela defesa dos acusados se apresenta isolada, sem qualquer prova a corroborar com a versão que, por óbvio, visa livrá-los da imputação constante na denúncia.

Da mesma forma, razão não há para serem desconsiderados os depoimentos das demais testemunhas, sob a alegação de serem pessoas interessadas na causa. Os agentes da receita estadual que prestaram depoimento não são impedidos ou suspeitos para tal, de forma que somente a condição de ocuparem o cargo não é suficiente para retirar a eficácia de suas declarações. É preciso que se demonstre cabalmente a intenção ilícita na satisfação de interesse particular durante o cumprimento de seu dever." (fls. 1562/1567).

(...)

"A condenação está lastreada em provas idôneas, sólidas e harmônicas, imputando aos acusados o delito contra a ordem tributária. De se ver que, em nenhum momento conseguiram os réus demonstrar a veracidade das alegações apresentadas em suas razões de apelo. Nada há no contexto probatório que demonstre serem verdadeiras suas argumentações.

Os acusados por seu turno, não conseguiram desconstituir as provas apresentadas pelo órgão acusador, que autoriza a formação de um juízo seguro de reprovação, eis que, a ação ilícita por eles empreendida, decorreu de sua vontade, livre e consciente de lesar o fisco e a comunidade do Estado.

Resultou demonstrado de maneira clara e inquestionável, que os denunciados, sujeitos ativos do delito, face à responsabilidade que detinham na administração da empresa e pelo recebimento dos lucros que dela obtinham, deliberadamente manifestaram intenção de fraudar o fisco, como efetivamente fraudaram, nada existindo no feito a eximir a responsabilidade criminal que lhes pesa." (fl. 1568).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se, **na hipótese**, que o inconformismo dos recorrentes acerca das alegadas nulidades mencionadas no presente apelo excepcional implicaria o profundo e minucioso reexame da matéria fático-probatória, o que, impreterivelmente, encontraria óbice no disposto na Súmula nº 07/STJ, **in verbis**: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

De outro lado, no que se refere ao art. 59, do Código Penal, melhor sorte assiste aos recorrentes. Quanto ao tema, veja-se o teor do v. acórdão reprochado, do qual extraio o seguinte excerto:

*"Verifica-se na sentença recorrida, que o Juiz a quo considerou como desfavoráveis aos acusados as circunstâncias **culpabilidade e conseqüências do crime**, elevando a pena base de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, para 2 anos e 8 meses de reclusão e 18 dias-multa, ou seja, aumentou em 4 meses de reclusão e 4 dias-multa a pena em razão de cada uma.*

O art. 59 do Código Penal fala ainda em outras circunstâncias que devem ser levadas em conta para a fixação da pena base. De acordo com o agente ministerial, os antecedentes, a personalidade, o motivo e as circunstâncias do crime também desfavorecem os acusados.

Conforme bem ressaltou o representante da Procuradoria de Justiça, em seu parecer, os motivos e as circunstâncias do delito são normais à espécie, pois a intenção de obter lucro fácil é inerente à maioria dos crimes tributários, e o fato de os delitos terem sido praticados inúmeras vezes já está incluído no exame da continuidade delitiva, o que impede uma nova apreciação, sob pena de bis in idem. Portanto, no que tange a estas circunstâncias nada há que ser alterado.

*Já quanto aos **antecedentes, embora as certidões de fls. 898, 903-v, e 908/912 sejam extensas, abrangem apenas feitos em andamento**, sendo que aquele já julgado resultou em condenação apenas em primeira instância, ainda sem ter transitado em julgado. Portanto, e em respeito ao princípio da presunção da inocência, tais ocorrências não podem ser ponderadas de modo desfavorável aos réus, uma vez que não existe condenação definitiva.*

*Porém, no que diz respeito à **personalidade**, há de se considerar o fato de que os acusados apresentam longa lista voltada ao caráter delitivo, **conforme se extrai das certidões referidas acima**, pesando tal circunstância em seu desfavor. Ademais, o modo de execução dos delitos, que foi desde a abertura de empresa para práticas dos atos ilícitos, e a falsificação de inúmeros documentos, leva à conclusão de que a personalidade dos acusados é altamente desfavorável, pois praticavam os crimes como se fossem suas profissões, motivo pelo qual deve ser a pena base elevada.*

(...)

Conforme a correta aplicação que deu o Juiz a quo às circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais da culpabilidade e conseqüências do crime, elevando em 4 meses de reclusão e 4 dias-multa para cada qual, elevo a pena base em mais 4 meses de reclusão e 4 dias-multa, em razão da personalidade dos acusados, decorrendo um total de 3 anos de reclusão e 22 dias-multa.

*Sobre esse quantitativo deve ser mantido o acréscimo de 2/3 referente ao crime continuado (art. 71 do CP), resultando como definitiva a pena de **5 anos de reclusão e 36 dias-multa.***" (fls. 1569/1571, grifei).

Esta e. Corte pacificou o entendimento de que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*, conforme Enunciado nº 444 de Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

In casu, os recorrentes foram condenados, inicialmente, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 18 (dez) dias-multa, aumentados, na razão de 2/3, em virtude da continuidade delitiva, restando a pena definitiva em **4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 1º, incisos I, III e IV, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 11 da mesma Lei e art. 71 do Código Penal.

O e. Tribunal de origem, tendo em vista o acréscimo de mais uma circunstância judicial desfavorável, no que diz respeito à personalidade, utilizando como fundamentação o ações penais em curso, **exasperou a pena-base para 3 (três) anos de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa, fixando definitivamente a pena, em razão da continuidade, em 5 (cinco) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.**

Imperioso aplicar-se, portanto, **in casu**, o teor do disposto na **Súmula nº 444/STJ, in verbis**: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*.

Desta forma, e ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso** e, nessa parte, **dou provimento**, para reformar o v. acórdão recorrido, restabelecendo a condenação imposta ao recorrente em primeira instância, retirando-se a circunstância judicial desfavorável da personalidade em razão da existência de ações penais sem trânsito em julgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0041541-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.183.594 / PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2006000001280 200800921710 4071378 407137801 407137802

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **JOSÉ LUDEMAR BARATELLA**

RECORRENTE : **LEONILDO GARCIA DA CRUZ**

ADVOGADO : **ROLF KOERNER JUNIOR E OUTRO(S)**

RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário