



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.605 - ES (2014/0179305-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : BRUNO ANGELO VASCONCELOS E SOUZA
ADVOGADOS : CELSO LUIZ BRAGA DE LEMOS
CAIO EDUARDO DE SOUSA MOREIRA
BRUNO ANGELO VASCELOS E SOUZA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : VAGNER FREDERICO
PACIENTE : VALDIR SILVIO PIZANI
PACIENTE : JOSE EDUARDO GATTI

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. DESCAMINHO. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRIME FORMAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIMES PREVISTOS NOS ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI N.º 7.492/86. SENTENÇA DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA SEM ANÁLISE DO MÉRITO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recurso especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Viola os princípios do juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e duplo grau de jurisdição, a decisão do tribunal *a quo* que condena, analisando o mérito da ação penal em apelação ministerial interposta ante mera rejeição da denúncia.
3. *Habeas corpus* não conhecido, mas, de ofício, reconhecida a nulidade do acórdão proferido pela segunda instância na parte que analisou o mérito da causa, para determinar o prosseguimento da ação penal.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de junho de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.605 - ES (2014/0179305-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : BRUNO ANGELO VASCONCELOS E SOUZA
ADVOGADO : BRUNO ANGELO VASCELOS E SOUZA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : VAGNER FREDERICO
PACIENTE : VALDIR SILVIO PIZANI
PACIENTE : JOSE EDUARDO GATTI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo no qual busca-se a anulação do acórdão prolatado na apelação criminal, o qual reformou a sentença de primeiro grau para condenar os pacientes. Alega-se que o acórdão é nulo em razão da supressão de instância.

Os pacientes foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos artigos 334, *caput*, em continuidade delitiva (9 vezes), 299, em continuidade delitiva (20 vezes), e 288, todos do Código Penal; art. 19, parágrafo único, art. 21, parágrafo único, em continuidade delitiva (4 vezes), ambos da Lei 7.492/86 (fls. 11/25).

A sentença de primeira instância julgou *O PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, na forma do art. 395 do CPP c/c artigo 267, VI, do CPC, esse analogicamente aplicável aos feitos criminais (CPP, art. 3.º), por faltar à acusação condição objetiva de punibilidade, e justa causa, à época do seu oferecimento, nos termos da motivação* (fls. 62/68).

O acórdão de segunda instância reformou a sentença para condenar os pacientes *pela prática dos crimes dos arts. 288 (1 ano de reclusão), 334, § 1º, “d” (1 ano e 8 meses de reclusão), e 299 (este absorvido pelo descaminho); do art. 21, parágrafo único (1 ano e 8 meses de detenção) e art. 19 parágrafo único, ambos da Lei 7492/86. Quanto ao crime do art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86, a pena foi fixada em 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime semi-aberto, além de 221 dias-multa, no valor unitário mínimo. Em concurso material, a pena total, para cada réu, será de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, além de 308 dias-multa, no valor unitário mínimo* (fls. 93/109). Na análise dos embargos de declaração opostos constou: *tendo em vista que entre a data dos fatos (2001) e o recebimento da denúncia (2007), transcorreu lapso temporal superior a 4 anos, a teor do art. 109, V, do CP, declaro de ofício, a prescrição retroativa para os crimes cujas penas, excetuando-se a continuidade delitiva, não ultrapassaram 2 anos de reclusão ou de detenção* (fls. 110/122).

Com informações (fls. 139/186).

Parecer da Sub-Procuradoria Geral da República pela denegação da ordem (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

190/196).

A ação penal está suspensa desde 3/3/2015, face à interposição de recurso especial e agravo de instrumento para a presente Corte, conforme consulta ao andamento processual por meio do sítio eletrônico do tribunal de origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.605 - ES (2014/0179305-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

O *writ* impetrado arguiu a nulidade do acórdão por ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição e conseqüentemente à ampla defesa e ao contraditório, pois a sentença de primeiro grau extinguiu o processo sem análise do mérito, não podendo o acórdão enfrentá-lo, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do juiz natural.

A decisão de primeira instância reconheceu que a denúncia não possuía justa causa em face da ausência, ao tempo do seu oferecimento, da constituição definitiva do crédito tributário junto à Receita Federal, motivo pelo qual não poderia prosseguir a ação penal quanto ao crime de descaminho, e, por identificar uma cadeia delitiva, a análise dos demais crimes imputados na denúncia estaria prejudicada. Assim, a sentença apresentou o seguinte dispositivo (fls. 62/68) :

Ante o exposto, JULGO O PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, na forma do art. 395 do CPP c/c artigo 267, VI, do CPC, esse analogicamente aplicável aos feitos criminais (CPP, art. 3.º), por faltar à acusação condição objetiva de punibilidade, e justa causa, à época do seu oferecimento, nos termos da motivação.

Ressalto a possibilidade de propositura de nova ação penal, não viciada pelas razões expostas na fundamentação. Sem custas. Após o trânsito em julgado, façam-se as anotações e comunicações de praxe, podendo o MPF requerer, antes da baixa e do arquivamento, cópias ou originais que entenda pertinentes.

Nota-se que a decisão de primeiro grau, alinhada ao entendimento jurisprudencial que admitia o descaminho como crime material, reconheceu que a ausência da constituição do crédito tributário fulminava a ação penal por ausência de justa causa. Nesse diapasão, o magistrado sentenciante não enfrentou o mérito da ação penal, preferiu rejeitar a denúncia e extinguir o feito, asseverando inclusive a possibilidade da propositura de nova ação penal caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os vícios fossem sanados.

A segunda instância, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, registrou (fls.110/122):

Ora, assiste parcialmente razão ao Parquet. Entendo que foram praticados os crimes do art. 288, do art. 334 e do art. 299 (neste delito, aplico o princípio da absorção para os réus aos quais foram imputados o crime de descaminho), todos do CP, além do delitos dos arts. 19 e 21, ambos da Lei 7.492/86.

Portanto, procedem as alegações do MPF quanto à materialidade e autoria delitivas, vez que foram constatados, nas operações de câmbio e nas DI's (Declarações de Importações), além do subfaturamento das mercadorias (através da utilização de informações falsas sobre os valores das mercadorias), a ocultação do real importador e do efetivo exportador e o financiamento fraudulento pela FUNDAP, na medida em que os benefícios fiscais só deveriam ser concedidos a empresas do Espírito Santo (JA&A, a real importadora, estava sediada em São Paulo).

(...)

Considerando os fatos, temos que os réus, administradores das empresas ORIMPEX, JA&A e LEGUS, praticaram o descaminho, previsto no art. 334, §1º, "d", do CP (adquirir mercadorias de procedência estrangeira, acompanhadas de documentos que sabe serem falsos). Entendo que, para o crime de descaminho, não há necessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Portanto, o encerramento do procedimento fiscal não se configura como condição de procedibilidade da ação.

Quanto ao crime do art. 21, parágrafo único da Lei 7.492/86 (Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio; Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa)

Os réus das empresas ORIMPEX e JA&A praticaram, também, o crime do art. 21, parágrafo único da Lei 7.492/86; ora, a empresa JA&A utilizou-se de fraude, na medida em que era a real importadora, apesar de oculta, servindo-se da ORIMPEX que, declarava, falsamente, que efetuava as operações em nome e conta de terceiros, a saber, as empresas-laranja LEGUS e PRÓ- ORION.

A prática do descaminho, através do subfaturamento das DI's (falsidade dos valores declarados) é crime autônomo em relação ao delito previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei do Sistema Financeiro. Com efeito, este crime se configurou no momento em que a empresa, para a realização de contratos de câmbio, prestou informações falsas sobre a verdadeira importadora, a JA&A que estava impedida de operar no SISCOMEX. Ademais, os crimes do art. 334, do CP e o do art, 21, da Lei 7.492/86, possuem objetos jurídicos distintos.

Ora, conforme os contratos de fls. 156/173, a empresa-fantasma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓ- ORION foi a responsável pela liquidação dos contratos de câmbio das DI's nº 00/0616060-8, 00/0616065-9, 00/0618788-3 e 00/0783410-6.

Quanto ao crime do art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86 (Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira .

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento) A FUNDAP (Fundo de Desenvolvimento da Atividades Portuárias), instituído pela Lei Estadual 2.508/70, promove incentivos fiscais e financeiros a empresas do ES que atuavam no ramo de comércio exterior; a finalidade deste Fundo era atrair maiores investimentos para o estado do Espírito Santo. Entretanto, com o passar do tempo, as práticas comerciais foram sendo utilizadas de outra maneira; as empresas fundapianas, em vez de realizarem importações em nome próprio, passaram a atuar como meras prestadoras de serviços aos reais importadores sediados fora do ES, efetuando trading que consistia em emprestar seu nome e CNPJ e, conseqüentemente, a condição de beneficiária do FUNDAP às empresas de

fora do território, passando as operações a se denominarem “importações por consignação”, termo que não constava como modalidade de importação perante o SISCOMEX. Esta prática gera prejuízos fiscais aos demais estados.

A ORIMPEX obteve um crédito de 8% do valor da operação, mediante um contrato de financiamento, pela FUNDAP, fornecido pelo BANDES, com condições facilitadas, benefícios só oferecidos a empresas do Espírito Santo; na realidade, quem gozou dos benefícios foi a JA&A, sediada em São Paulo.

Quanto à aplicação da absorção dos crimes de falso De fato, as informações falsas foram inseridas para possibilitar importações irregulares, objetivando a atuação de empresa proibida de atuar no SISCOMEX; ocorre que as informações sobre valores falsos consistiram em meio para alcançar importações subfaturadas. Portanto, o falso, no caso em tela, deve ser absorvido pelo previsto no art. 334, § 1º, “d”, do CP e nos arts. 19 e 21 da Lei 7.492/86. Com efeito, de acordo com a Súmula 17, do STJ, não deve ser tão abstrata a potencialidade lesiva dos crimes de falso pois, em princípio, todas as falsidades podem ser utilizadas, no futuro, em outros ilícitos.

Quanto ao crime do art. 288, do CP Entendo, também, que os réus se associaram de forma permanente e estável, criando artifícios fraudulentos, empresas-fantasma, sócios inexistentes, perpetrando condutas delituosas, as mais diversas, com o objetivo de praticar crimes de sonegação de tributos e contra o sistema financeiro nacional. Assim, estão incursos nas penas do delito de formação de quadrilha, previsto no art. 288, do CP.

Verifica-se que JOSÉ EDUARDO GATTI, VAGNER FREDERICO, VALDIR SÍLVIO PIZANI, AMÍLCAR SALUSTIANO ESTEVES promoveram a falsificação das DI's (9) e, em conluio com FERNANDO ROMÃO FREJUELLO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a falsificação de 11 notas fiscais, além de praticarem as condutas delituosas referentes ao sistema financeiro nacional pois eram os responsáveis pelos contratos de câmbio e pelo financiamento fraudulento; para tal desideratum, se associaram de forma permanente e estável. Portanto, praticaram os crimes do art. 334, § 1º, “d”, do CP e o delito do art. 299 (este absorvido pelo descaminho) além do crime de quadrilha do art. 288, todos do CP; praticaram, ainda, os crimes do art. 19, parágrafo único e art. 21, parágrafo único, ambos da Lei 7.492/86.

LUIZ ANTÔNIO CANATO e AMILTON CÁSSIO CARDOSO DA SILVA participaram das importações irregulares, das falsificações das DI’s (5) e das notas fiscais (5). Portanto, praticaram os crimes do art. 334, § 1º, “d”, do CP e também, o delito do art. 299, do CP que restou absorvido pelo descaminho, além do delito de formação de quadrilha (art. 288, do CP).

FERNANDO FREJUELLO se dispôs a atuar como laranja e colaborou na falsificação das notas fiscais (11) e nas DI’s (4). Portanto, praticou o crime do art. 299 e o do art. 288, ambos do CP, delitos imputados a este réu, na denúncia.

Deste modo, além de considerar segunda instância desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário para o crime de descaminho, acabou por diretamente condenar o agente por tal crime. Quanto aos crimes de falsidade ideológica, entendeu por aplicar o princípio da absorção, pois as declarações falsas seriam um meio para a prática do delito fim de descaminho (fls. 93/109).

Na ocasião do julgamento dos embargos declaratórios, foi declarada a prescrição retroativa para os crimes do art. 288, art. 334, §1º, c, ambos do Código Penal e para o delito do art. 21, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86. A pena definitiva restou 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime semi-aberto, e 221 (duzentos e vinte e um) dias-multa, no valor mínimo (fls. 110/122).

Para a matéria vertente, o Supremo Tribunal Federal padronizou seu entendimento por meio da súmula 709, dispondo que *salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.*

Percebe-se do acórdão objurgado que a instância *a quo*, ao julgar a apelação interposta contra a sentença que rejeitou a denúncia, foi além do mero recebimento da denúncia, e adentrou ao mérito da causa, culminando com a condenação dos pacientes e outros.

Caberia ao Tribunal local tão somente prover o recurso, para o processamento penal regular. O enfrentamento antecipado do mérito da ação penal pela segunda instância fustigou a competência do juízo de primeiro grau, com clara supressão de instância, em violação ao princípio do juiz natural, pois *ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade competente (art. 5º, LIII, CF), tampouco admite-se *juízo ou tribunal de exceção* (art. 5º, XXXVII, CF).

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, reconhecer a nulidade do acórdão proferido pela segunda instância na parte que analisou o mérito da causa, para determinar o prosseguimento regular da ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0179305-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 299.605 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00093671520054025001 200250010082972 200550010093673 3532002 3542002
93671520054025001

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO ANGELO VASCONCELOS E SOUZA
ADVOGADO : BRUNO ANGELO VASCELOS E SOUZA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : VAGNER FREDERICO
PACIENTE : VALDIR SILVIO PIZANI
PACIENTE : JOSE EDUARDO GATTI
CORRÉU : ALENCAR DA CRUZ NATARIO FILHO
CORRÉU : AMILCAR SALUSTIANO ESTEVES
CORRÉU : LUIZ ANTONIO CANATO
CORRÉU : AMILTON CASSIO CARDOSO DA SILVA
CORRÉU : FERNANDO ROMÃO FREJUELLO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.