



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.590 - RS (2014/0099270-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JADER DA SILVEIRA MARQUES
ADVOGADO : JADER DA SILVEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO CESAR MONBACH
PACIENTE : RUAN MARCEL PACHECO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CRIMES. CONTINUIDADE DELITIVA. DENÚNCIA QUE DEMONSTRA A CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA CONTIDA NO ACÓRDÃO. MAJORAÇÃO NO PERCENTUAL DE 2/3 (DOIS TERÇOS) EM RAZÃO DA PROPORÇÃO COM O NÚMERO DE DELITOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (HC nº 39.030/SP, **5ª Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

IV - **In casu**, ao contrário do que alegado, a encontra-se na denúncia a devida descrição do número de vezes (**ao menos 28 ocorrências**) que o agente, mediante mais de uma ação, praticou o delito contido no art. 1.º, inciso II, c.c. o art. 11, ambos da Lei n.º 8.137/90, considerados na continuidade delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Quanto à fixação da pena, exige-se fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

VI - Na hipótese, verifica-se que o v. acórdão impugnado ao reformar a reprimenda aplicada perante a sentença, aplicou o percentual máximo de majoração da pena mantendo uma proporção com o número de delitos (2/3 para 7 ou mais infrações), situação esta que afasta a flagrante ilegalidade quanto à dosimetria da pena, ante a consonância com a orientação firmada por esta eg. Corte Superior.

VII - Quanto à necessidade de se reconhecer a circunstância atenuante da menoridade relativa na data dos fatos, tal pretensão não merece ser conhecida, já que da análise do v. acórdão ora impugnado, denota-se que tal questão sequer foi apresentada ao eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de proceder a tal análise, **sob pena de indevida supressão de instância.**

Habeas corpus não conhecido.

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.590 - RS (2014/0099270-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO CESAR MONBACH e RUAN MARCEL PACHECO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação n.º 70039440631, assim ementado:

"DENÚNCIA. INÉPCIA.

Se a denúncia narra a ocorrência de crime em tese, bem descrevendo a conduta delituosa dos agentes e permitindo o total exercício do direito de defesa, não pode ser tachada de inepta. Preliminar rejeitada.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Cometem o delito previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, os agentes que fraudam a fiscalização tributária, vendendo mercadorias e omitindo a operação nos livros e nas guias informativas de ICMS, utilizando nota fiscal clonada. Condenação mantida.

CRIME CONTINUADO.

O acréscimo decorrente da continuação deve manter uma proporção com o número de infrações, isto é: quanto mais crimes, maior o aumento.

PENA PECUNIÁRIA.

O valor do dia-multa deve ser estabelecido conforme as condições econômicas do réu. Apelo ministerial provido" (fl. 941).

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados às penas de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 30 dias-multa, como incursos no art. 1.º, inciso II, c.c. o art. 11, ambos da Lei n.º 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Foram interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, restando desprovido o recurso defensivo e provido o apelo ministerial, para majorar a pena dos Pacientes para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

No presente *writ*, sustenta-se que a denúncia não descreveu o número de vezes em que o delito teria sido cometido, a impedir a aplicação do percentual máximo de majoração da pena em razão da continuidade delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega-se, ainda, que o Paciente Ruan Marcel Pacheco era menor de 21 anos ao tempo do cometimento do crime, e, no entanto, as instâncias ordinárias não consideraram tal circunstância na fixação da pena.

Requerem, por fim, a suspensão do acórdão impugnado, permitindo-se aos pacientes o início imediato do cumprimento da pena imposta pelo d. Juízo de 1ª Instância e, no mérito, seja cassado o acórdão impugnado e redimensionada a pena de ambos os pacientes em razão da alegada nulidade da denúncia quanto a descrição do número de vezes que o delito teria sido cometido (continuidade delitiva) e, em relação ao paciente Ruan Marcel Pacheco, o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa na data dos fatos.

Liminar foi indeferida à fl. 1089-1091.

As informações prestadas às fls. 1098-1122.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 1127-1139, manifestou-se pelo não conhecimento do **mandamus**, ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.590 - RS (2014/0099270-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CRIMES. CONTINUIDADE DELITIVA. DENÚNCIA QUE DEMONSTRA A CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA CONTIDA NO ACÓRDÃO. MAJORAÇÃO NO PERCENTUAL DE 2/3 (DOIS TERÇOS) EM RAZÃO DA PROPORÇÃO COM O NÚMERO DE DELITOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC** nº 39.030/SP, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

IV - **In casu**, ao contrário do que alegado, a encontra-se na denúncia a devida descrição do número de vezes (**ao menos 28 ocorrências**) que o agente, mediante mais de uma ação, praticou o delito contido no art. 1.º, inciso II, c.c. o art. 11, ambos da Lei n.º 8.137/90, considerados na continuidade delitiva.

V - Quanto à fixação da pena, exige-se fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

VI - Na hipótese, verifica-se que o v. acórdão impugnado ao reformar a reprimenda aplicada perante a sentença, aplicou o percentual máximo de majoração da pena mantendo uma proporção com o número de delitos (2/3 para 7 ou mais infrações), situação esta que afasta a flagrante ilegalidade quanto à dosimetria da pena, ante a consonância com a orientação firmada por esta eg. Corte Superior.

VII - Quanto à necessidade de se reconhecer a circunstância atenuante da menoridade relativa na data dos fatos, tal pretensão não merece ser conhecida, já que da análise do v. acórdão ora impugnado, denota-se que tal questão sequer foi apresentada ao eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de proceder a tal análise, **sob pena de indevida supressão de instância**.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A **denúncia**, no que tange à alegação de constrangimento ilegal consubstanciado **na majoração da pena em razão da continuidade delitiva** estabeleceu:

"Os denunciados, no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004, na sede da empresa METALÚRGICA PARMAC LTDA., localizada na Rua dos Carvalhos, nº 374, Bairro Ideal, em Novo Hamburgo, RS, mediante prévio acordo de vontades e decisão conjunta na administração da referida empresa, suprimiram e reduziram o tributo estadual de ICMS, fraudando a Fiscalização Tributária, ao inserirem elementos inexatos, consistentes em valores de créditos fiscais inexistentes no Livro Registro Simplificado e nas Guias de Informativas Simplificadas de EPP/GIS - vol 2.

Para tanto, os denunciados PAULO CÉSAR MOMBACH e RUAN MARCEL PACHECO simularam compras de mercadorias, utilizando-se de documentos fiscais inidôneas. As notas fiscais fraudulentas e as respectivas operações falsas foram registradas nos Livros Registro Fiscal Simplificado de EPP, gerando créditos fiscais As



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operações mencionadas nas notas fiscais não retratavam, de fato, efetivas aquisições de mercadorias, conforme restou apurado em auditoria da Secretaria da Fazenda.

[...]

Com base nesta primeira análise, os denunciados foram intimados pela Fiscalização, em abril/2005 e em junho/2005, a fim de apresentarem a totalidade da documentação fiscal compreendida no período de 1º/01/2000 a 31/12/2004.

[...]

Notas fiscais inidôneas apuradas na auditoria fiscal e que estão escrituradas no livro fiscal, com a correspondente folha (coluna Livro/Folha), são as elencadas abaixo:

NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS (fls. 64/145, vol. 01)

Livro/ Folha	Data de Lançamento	Nota Fiscal	Remetente	Crédito de ICMS	Somado Per. Apuração	Período Apuração
04/02	20/01/2000	789	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	1.096,50	1.096,50	jan/2000
04/05	16/02/2000	798	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	569,16	569,16	fev/2000
04/08	22/03/2000	785	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	1.778,20	1.778,20	mar/2000
04/11	13/04/2000	795	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	2.117,35	2.117,35	abr/2000
04/14	17/05/2000	968	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	1.764,60	1.764,60	mai/2000
04/17	14/06/2000	806	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	2.696,20	2.696,20	jun/2000
04/20	14/07/2000	806	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	2.696,20	2.696,20	jul/2000
04/24	30/08/2000	810	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	2.419,10	2.419,10	ago/2000
04/32	18/10/2000	828	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda. I 3.099,99		3.099,99	out/2000
04/37	13/11/2000	831	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda. j 1.500,00		1.500,00	nov/2000
04/40	14/12/2000	093	LAURA NEVES LOPES Equip, de Segurança 4.731,10		4.731,10	dez/2000
Livro/ Folha	Data de Lançamento	Nota Fiscal	Remetente	Crédito de ICMS	Soma do Per. Apura ção	Período Apuração
05/02	10/01/2001	094	LAURA NEVES LOPES Equip, de Segurança	2.665,60	2.665,60	jan/2001



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05/05	17/02/2001	839	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	6.437,90	6.437,90	fe v/2001
05/12	19/04/2001	842	J.B. Com. Ind. Equip, de Segurança Ltda.	6.681,00	6.681,00	abr/2001
05/20	30/06/2001	1		5.202,00	5.202,00	jun/2001
05/24	27/07/2001	2073		6.381,49	6.381,49	jul/2001
05/28	24/08/2001	2087		5.784,55	5.784,55	ago/2001
05/31	13/09/2001	1069		6.983,40	6.983,40	set/2001
05/34	25/10/2001	1079		5.140,46	5.140,46	out/2001
05/38	30/11/2001	260		4.949,26	4.949,26	nov/2001
05/41	02/12/2001	262		5.076,80	5.076,80	dez/2001
06/02	17/01/2002	2411	BARNABÉ Comercial Ltda.	3.303,32	3.303,32	ja n/2002
06/06	25/02/2002	2414	BARNABÉ Comercial Ltda.	10.788,58	10.788,58	fev/2002
06/10	27/03/2002	2419	BARNABÉ Comercial Ltda.	6.378,26	6.378,26	mar/2002
06/14	29/04/2002	2430	BARNABÉ Comercial Ltda.	9.010,95	9.010,95	abr/2002
06/19	24/05/2002	261	NECO SANTOS Com. e Repres. Ltda.	4.658,35	4.658,35	mai/2002
06/27	22/07/2002	1480	Coml.de Sucata de Ferro CAMPINA Ltda.	2.040,00	2.040,00	jul/2002
06/31	01/08/2002	12	A ELÉTRICA Com. de Peças e Serviços Ltda.	4.920,34		
06/33	22/08/2002	2220	BARNABÉ Comercial Ltda.	2296,70	7.217,04	ago/2002
06/36	26/09/2002	2222	BARNABÉ Comercial Ltda.	6.534,46	6.534,46	sct/2002
06/40	29/10/2002	292	NECO SANTOS Com. e Repres. Ltda.	5.908,45	5.908,45	out/2002
06/43	21/11/2002	293	NECO SANTOS Com. e Repres. Ltda.	1.941,17	1.941,17	nov/2002
07/09	17/02/2003	1775	Serralheria JOÃO ALEX Ltda.	2.437,08	2.437,08	fev/2003
08/58	15/09/2004	221	DILUAÇO Com. de Aços e Metais Ltda.	1.867,45	1.867,45	set/2004
08/65	04/10/2004	879	Aços CONTINENTAL Ltda.	1.370,20		
08/60	15/10/2004	882	Aços CONTINENTAL Ltda.	1.396,55		
08/66	19/10/2004	417	VEMA Metalúrgica Ind. e Com. Ltda	1.543,80		
08/68	27/10/2004	885	Aços CONTINENTAL Ltda.	689,90	5.000,45	out/2004
08/73	03/11/2004	888	Aços CONTINENTAL Ltda.	1.232,74 I		

08/75	16/11/2004	892	Aços CONTINENTAL Ltda.	1.043,97		
08/75	23/11/2004	438	VEMA Metalúrgica Ind. e Com. Ltda.	1.448,91		
08/76	29/11/2004	442	VEMA Metalúrgica Ind. e Com. Ltda.	1.276,02	5.001,64	nov/ 2004



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08/81	08/12/2004	905	Aços CONTINENTAL Ltda.	1.158,35		
08/82	17/12/2004	447	VEMA Metalúrgica Ind. e Com. Ltda.	1.021,96		
08/83	27/12/2004	908	Aços CONTINENTAL Ltda.	820,66	3.000,97	dez/2004
TOTAL DE CRÉDITOS DE ICMS INDEVIDOS				154.859,03		

Observações:

- 1) as linhas em que não consta o nome do remetente, no período de junho/2001 a dezembro/2001, referem-se aos documentos não apresentados pelo sujeito passivo, não obstante a intimação fiscal específica para a sua apresentação, e cujos nomes ou números de inscrição não foram informados nos livros fiscais apresentados;
- 2) o lançamento referente livro/folha 06/31, onde consta como remetente "A ELÉTRICA", nota fiscal nº 12, de 01/08/2002, também não foi apresentada;
- 3) a Nota Fiscal nº 806, de 14/06/2000, remetente J.B Com Ind Equip de Segurança Ltda, além de inidônea, foi lançada em duplicidade, nos meses de junho e julho/2000;
- 4) a Nota Fiscal nº 1.480, de 22/07/2002, remetida por Comi de Sucata de Ferro CAMPINA Ltda, apresenta como ICMS lançado o valor de R\$ 2 061,60 e o valor total da Nota R\$ 17.180,00 Estes valores foram adulterados após a emissão, já que originalmente o valor do ICMS destacado é de R\$ 21,60 e o valor total da Nota é de R\$ 180,00, razão pela qual na coluna "Crédito de ICMS" apresenta o valor de R\$ 2.040,00 que representa a diferença entre o valor do ICMS constante na Nota Fiscal e o valor emitido originalmente.

[...]

Os denunciados, no período de fevereiro de 2003 a julho de 2004, na sede da empresa METALÚRGICA PARMAC LTDA., localizada na Rua dos Carvalhos, nº 374, Bairro Ideal, em Novo Hamburgo, RS, mediante prévio acordo de vontades e decisão conjunta na administração da referida empresa, suprimiram e reduziram o tributo estadual de ICMS, fraudando a Fiscalização Tributária, ao omitirem operações de saída de mercadorias/débitos fiscais de ICMS nas Guias de Informativas Simplificadas de EPP/GIS (vol. 2, fls. 116/183)

Para tanto, os denunciados PAULO CÉSAR MOMBACH e RUAN MARCEL PACHECO informaram nas referidas Guias, de periodicidade mensal, o total do débito fiscal a menor em relação ao apurado nos seus livros fiscais e na soma das notas fiscais emitidas. A totalidade das operações consignadas nas notas fiscais e levadas a registro no livro fiscal não foi informada ao Fisco, conforme restou apurado em auditoria da Secretaria da Fazenda.

[...]

Da simples confrontação entre os documentos fiscais emitidos pelos denunciados e levados a registro no Livro Fiscal (anexo) e a escrita representada nas Guias Informativas Simplificadas de EPP, pode ser comprovada a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operações de venda de mercadorias não oferecidas à tributação (omitidas).

DÉBITOS FISCAIS DE ICMS LANÇADOS A MENOR

Período de	Notas Fiscais (NF)	Valor do ICMS	Total Débitos ICMS	Diferença de ICMS
Apuração	(numeração utilizada)	destacado NF	informado na GIS	a ser lançada
fev/03	1206 a 1232	6.113,40	1.777,20	4.336,20
mar/03	1233 a 1271	12.726,38	3.553,83	9.172,55
a br/03	1272 a 1303	8.299,38	2.602,73	5.696,65
mai/03	1304 a 1343	5.576,60	2.446,79	3.129,81
jun/03	1344 a 1392	3.270,28	0,00	3.270,28
jul/03	1393 a 1439	7.103,50	2.298,75	4.804,75
ago/03	1440 a 1459	3.158,31	1.599,06	1.559,25
set/03	1460 a 1521	7.767,17	3.690,30	4.076,87
out/03	1522 a 1581	10.043,01	2.992,41	7.050,60
nov/03	1582 a 1625	9.138,73	3.036,04	6.102,69
dez/03	1626 a 1659	12.169,39	3.810,60	8.358,79
jan/04	1660 a 1684	4.416,17	1.324,83	3.091,34
fev/04	1685 a 1724	11.466,20	3.580,63	7.885,57
mar/04	1725 a 1775	12.857,52	3.849,29	9.008,23
a br/04	1776 a 1831	12.469,77	3.619,03	8.850,74
mai/04	1832 a 1875	8.539,99	2.577,99	5.962,00
jun/04	1876 a 1931	10.053,32	2.896,54	7.156,78
jul/04	1932 a 1998	11.446,37	3.373,39	8.072,98
TOTAL DA DIFERENÇA DE ICMS A SER LANÇADA				107.586,08

DA CLASSIFICAÇÃO PENAL, DO VALOR SONEGADO E DO PEDIDO

Ao todo, os denunciados sonegaram tributo estadual de ICMS no montante de **R\$ 1.113.711,73** (um milhão, cento e treze mil, setecentos e onze reais e setenta e três centavos), já com os acréscimos legais, **até 09 de janeiro de 2008**, conforme extrato do Sistema de Controle da Dívida Ativa da Secretaria da Fazenda do Estado (anexo no final do vol 1).

Assim agindo, os denunciados incorreram nas sanções do art 1º, II (reiteradas vezes), da Lei nº 8 137/90, combinado com o art 11 da citada Lei, **na forma do art 71 do Código Penal**. E para que contra eles se proceda, oferece o Ministério Público a presente denúncia, requerendo a citação dos denunciados para se verem processar e, ao final, condenar, sujeitos à pena de revelia, e a notificação das testemunhas arroladas na forma da lei.

Porto Alegre, 9 de janeiro de 2008" (fls. 17- 30 - grifos ausentes no original).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se **não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade**. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

O exame dos trechos da denúncia acima transcritos evidencia, a meu ver, a ausência de irregularidade quanto à aplicação do aumento da pena em razão da continuidade delitiva, uma vez que devidamente especificadas as '*Notas Fiscais Inidôneas*' (**pelo menos 10 (dez) notas fiscais** - vide observações) na **lista** contida às fls. 19-20 da denúncia, bem como especificados mensalmente (**18 meses/ ocorrências**), no período de fev/3 à jul/4, os '*Débitos Fiscais de ICMS Lançados a Menor*' (Gráfico de fl. 29).

Nesse sentido, entendo existir, **in casu**, ao contrário do que alegado, a devida descrição do número de vezes (**ao menos 28 ocorrências**) que o agente, mediante mais de uma ação, praticou o delito contido no art. 1.º, inciso II, c.c. o art. 11, ambos da Lei n.º 8.137/90, considerados na continuidade delitiva, de forma que não visualizo flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

Portanto, conforme o parecer da d. Subprocuradoria Geral da República, tenho que o eg. Tribunal de origem agiu com acerto, uma vez que a denúncia não só descreveu o número de vezes em que o delito teria sido cometido "*como relacionou, a) nas hipóteses de notas fiscais inidôneas, o livro/folha, data de lançamento, número da nota fiscal, remetente, crédito de ICMS, soma do período de apuração e o período de apuração; e b) nas hipóteses de débitos fiscais de ICMS lançados a menor, o período de apuração, numeração de notas fiscais utilizadas, valor do ICMS destacado NF, total de débitos ICMS informado na GIS e diferença de ICMS a ser lançada*" (fl. 1137).

O eg. Tribunal de origem, ao examinar em grau de apelação a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda fixada, especificamente quanto à continuidade delitiva, registrou 63 (sessenta e três) ocorrências praticadas pelos pacientes; *in verbis*:

"Dessa forma, em face da prova colhida, resta indubitável que os réus, como sócios administradores da empresa METALÚRGICA PARMAC LTDA., suprimiram e reduziram tributos estaduais de ICMS, fraudando a Fiscalização Tributária, consoante narrado na denúncia, incorrendo nas sanções do artigo 1º, inciso II, c/c o artigo 11, ambos da Lei nº 8.137/90. Como se verificou, os fatos repetiram-se várias vezes, em continuidade delitiva, na forma do artigo 71, do Código Penal."

Na verdade, cometem o delito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, os agentes que fraudam a fiscalização tributária, vendendo mercadorias e omitindo a operação nos livros e nas guias informativas de ICMS, utilizando nota fiscal clonada.

Assim, emerge indubitável a real responsabilidade dos acusados pela prática dos fatos delituosos pelos quais foram condenados.

A condenação, pois, era inevitável.

A pena aplicada foi até benigna para com os acusados, tanto que será majorada a seguir.

Já o apelo ministerial deve ser agasalhado.

O percentual de 1/6 pela continuidade delitiva não pode subsistir.

Ocorre que o acréscimo decorrente da continuação deve manter uma proporção com o número de delitos, isto é: quanto mais crimes, maior o aumento.

"Tratando-se de crime continuado, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo é o número de infrações" (RT 660/311).

No caso, tendo em vista que foram 63 as ocorrências, o percentual de 2/3 é o único possível.

"HABEAS CORPUS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 89, CAPUT DA LEI 8.666/93 C/C O ART. 71, CAPUT DO CPB). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES (20). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Para o aumento da pena pela continuidade delitiva dentro o intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve-se adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. 2. In casu, cometidas pelo menos 20 infrações no período de um ano. correto o aumento em 2/3 fixado no acórdão impugnado. 3. Os fatos abrangidos pela denúncia ocorreram de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

janeiro a dezembro de 1996. A inicial acusatória foi recebida em setembro/2003 e proferida a sentença em novembro/2004; dessa forma, não se constata tenha transcorrido o lapso temporal de 8 anos entre os diversos marcos interruptivos previstos na legislação penal. 4. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial". (HC 105.077/SP, Rei. Ministro NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 07/06/2010).

Nesse passo, sobre a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, faço incidir um acréscimo de 2/3 pela continuação, restando definitiva em quatro anos e dois meses de reclusão. Regime semiaberto.

Consequentemente, afasto a substituição por restritivas de direitos, uma vez que a pena ficou em patamar superior a quatro anos.

O valor do dia-multa também deve ser majorado, porquanto ele deve ser estabelecido conforme as condições econômicas dos réus.

No caso, os acusados são empresários e o próprio valor sonegado demonstra a situação econômica deles.

Diante disso, aumento o valor do dia-multa para um salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Dessarte, rejeitada a preliminar, nego provimento à apelação defensiva e dou provimento ao apelo ministerial, a fim de majorar a pena dos acusados para quatro anos e dois meses de reclusão, em regime semiaberto, afastada a substituição por restritivas de direitos, e aumentar o valor do dia-multa para um salário-mínimo vigente ao tempo do fato" (fls. 1118-1120).

Como visto, não há qualquer reparo a ser efetuado no v. acórdão ora impugnado, que apenas seguiu o entendimento já firmado perante esta eg. Corte Superior, aplicando o percentual máximo de majoração da pena, mantendo uma proporção com o número de delitos (2/3 para 7 ou mais infrações), situação esta que afasta a flagrante ilegalidade quanto à dosimetria da pena, ante a consonância com a orientação firmada por esta eg. Corte Superior.

Por todos, eis o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA NO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA. CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL OPERADO. PRÁTICA DELITIVA QUE PERDUROU DURANTE VÁRIOS ANOS. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO ESTADUAL EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DESPROVIDO.

- "A pretexto da violação do art. 59 do Código Penal, pretende o agravante provocar a reanálise das circunstâncias judiciais para a fixação de uma pena-base que julgue adequada ao caso. A medida, entretanto, demanda a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que traz à baila a incidência do verbete sumular n. 7/STJ." (AgRg no AREsp 398.763/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 12/02/2014).

- É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas. Precedentes. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 542152/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador Convocado, DJe de 3/11/2014).

Análise mais aprofundada acerca do tema implicaria amplo revolvimento da matéria fático-probatória, situação vedada em sede de habeas corpus.

Por fim, o impetrante alega em relação ao paciente Ruan Marcel Pacheco, a necessidade do reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa na data dos fatos. Contudo, tal pretensão não merece ser conhecida, já que da análise do v. acórdão ora impugnado, denota-se que tal questão sequer foi apresentada ao eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de proceder a tal análise, **sob pena de indevida supressão de instância.**

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0099270-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.590 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01920800004881 1920800004881 20800004881 70039440631

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

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. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JADER DA SILVEIRA MARQUES
ADVOGADO	: JADER DA SILVEIRA MARQUES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: PAULO CESAR MONBACH
PACIENTE	: RUAN MARCEL PACHECO

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.