



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.609 - PE (2009/0019967-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JORGE EDUARDO GOMES PIRES
PACIENTE : SYLVIO GUEDES DA CUNHA PIRES

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA CRÉDITO FISCAL. JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. ALEGADA PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Insubsistente a tese de falta de justa causa para a persecução penal porque o crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, quando tal alegação vai de encontro aos autos, que informam inscrição dos tributos em dívida ativa antes do oferecimento da denúncia.

2. A instância ordinária, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, fundamentadamente, considerou desfavoráveis a culpabilidade do réu e as consequências do crime, que trouxe elevado prejuízo ao erário, razão pela qual fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal.

3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no *quantum* de aumento aplicado pela continuidade delitiva. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o aumento de pena deve levar em conta o número de infrações e, apesar dos fatos delituosos terem sido praticados no exercício fiscal de 1997 até o do ano 2000, o Juízo sentenciante empregou o percentual intermediário de 1/3 (um terço) para elevar a reprimenda.

4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.609 - PE (2009/0019967-9) (f)

IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JORGE EDUARDO GOMES PIRES
PACIENTE : SYLVIO GUEDES DA CUNHA PIRES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de JORGE EDUARDO GOMES PIRES e SYLVIO GUEDES DA CUNHA PIRES, em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Informam os autos que os ora Pacientes foram condenados à pena de 04 anos de reclusão, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direitos, como incurso em crimes de sonegação fiscal em continuidade delitiva. Não houve interposição de recurso e a sentença transitou em julgado.

Posteriormente, a Defesa impetrou o *habeas corpus* originário sustentando, em suma, a ausência de esgotamento da via administrativa antes do recebimento da denúncia, o que anularia a ação penal desde o início, bem como a inexistência de fundamentação suficiente para justificar a fixação da pena-base e do aumento pela continuidade delitiva.

O Tribunal pernambucano denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. JUSTIFICADA E DENTRO DA RAZOABILIDADE. REVISÃO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Esgotamento da via administrativa fiscal anterior ao oferecimento da denúncia que restou devidamente demonstrada nos autos.

2. Desnecessidade de instrução da exordial acusatória com cópia do procedimento administrativo fiscal se por outro meio reuniu a acusação elementos de convicção da materialidade delitiva. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. Revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias no habeas corpus, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Razoável a pena fixada pelo magistrado que considerou a culpabilidade e as circunstâncias do crime, aplicando a pena-base próxima ao mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas Corpus denegado.*" (fl. 455)

Na presente impetração, o Impetrante repisa os argumentos do *writ* originário. Requer, assim, liminarmente, a suspensão dos efeitos da sentença condenatória e, no mérito, o trancamento da ação penal ou, alternativamente, a aplicação da pena no mínimo legal.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 471/472.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 475/477, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.609 - PE (2009/0019967-9) (f)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA CRÉDITO FISCAL. JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. ALEGADA PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Insubsistente a tese de falta de justa causa para a persecução penal porque o crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, quando tal alegação vai de encontro aos autos, que informam inscrição dos tributos em dívida ativa antes do oferecimento da denúncia.

2. A instância ordinária, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, fundamentadamente, considerou desfavoráveis a culpabilidade do réu e as consequências do crime, que trouxe elevado prejuízo ao erário, razão pela qual fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal.

3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no *quantum* de aumento aplicado pela continuidade delitiva. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o aumento de pena deve levar em conta o número de infrações e, apesar dos fatos delituosos terem sido praticados no exercício fiscal de 1997 até o do ano 2000, o Juízo sentenciante empregou o percentual intermediário de 1/3 (um terço) para elevar a reprimenda.

4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A ordem não comporta concessão.

O Impetrante, repisando os argumentos do *writ* originário, impetrado após a sentença condenatória transitar em julgado na primeira instância, alega falta justa causa para a ação penal, uma vez que a denúncia teria sido oferecida sem que houvesse decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário.

Compulsando os autos, verifica-se que, malgrado o esforço de desenvolver a tese esposada, deixou o Impetrante de demonstrar que o processo administrativo-fiscal, no momento do recebimento da denúncia, ainda não havia se exaurido, e, nem mesmo, juntou sequer uma única prova de que tenha procurado impugnar o auto de infração.

Na verdade, a tese de inexistência de lançamento do tributo, quando do oferecimento da denúncia, porque pendente o processo administrativo fiscal, vai de encontro aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fatos narrados nos autos, como bem esclareceu o acórdão hostilizado, *litteris*:

"[...]

conforme noticia o Douto Magistrado de 1ª instância, corroborado pelos documentos trazidos aos presentes autos, a denúncia foi oferecida em face dos Pacientes em 21.02.2005, estando instruída com os autos de infração nºs 005.01013/01-6, 005.01011/01-3, 005.01009/01-9 e 005.01015/01-9, sendo recebida em 01.03.2005.

Da mesma fora, constam dos ofícios de fls. 07, 80, 142 e 216, os quais se referem à remessa da notitia criminis pela Autoridade Fiscal ao Ministério Público, a informação de que "expirou o prazo para apresentação da defesa administrativa ou pagamento do Auto de Infração correspondente", o que demonstra claramente o encerramento do procedimento na esfera administrativa.

Também neste sentido, acostou o Juízo a quo, às fls. 412/415, cópias dos extratos dos respectivos débitos, demonstrando a sua inscrição em dívida ativa, constituindo-se definitivamente o crédito tributário, nas datas de 07.08.2002, 07.08.2002, 04.04.2003 e 11.03.2003, respectivamente, todas, portanto, anteriores ao oferecimento da denúncia.

Verifica-se, pois, inexistente a nulidade alegada pelos impetrantes a ensejar a concessão da ordem.

Ademais, tampouco podem prosperar os argumentos de nulidade por ter o Órgão Ministerial anexado à denúncia apenas as comunicações a ele remetidas e os referidos Autos de Infração, não mencionando expressamente o trânsito em julgado do procedimento administrativo em que se pautava.

Não que se falar em descumprimento da condição de esgotamento da esfera administrativa fiscal tão somente por não ter o Parquet instruído a exordial acusatória com documentos do procedimento administrativo, bastando que tenha conhecimento do exaurimento da via extrajudicial, instruindo a inicial com provas suficientes a demonstrar o alegado. Não há, inclusive, qualquer exigência legal nesse sentido." (fls. 458/459)

Nesse contexto, além de não restar comprovada, de plano, a alegação de que a denúncia teria sido oferecida sem a constituição definitiva do crédito tributário, qualquer solução diversa a ser adotada na hipótese, ensejaria, necessariamente, no exame de provas, o que, como se sabe, afigura-se inviável em sede de *habeas corpus*.

Do mesmo modo, cumpre asseverar não ser cabível na via estreita do *habeas corpus*, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o reexame da dosimetria da pena, haja vista a necessidade de análise acurada dos elementos dos autos em confronto com as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Contudo, a despeito de, evidentemente, o Juiz poder fixar a pena-base acima do mínimo legal, faz-se imprescindível que tal exasperação, principalmente quando se distancia do patamar mínimo, seja pormenorizadamente fundamentada e, ainda, sem ferir princípios basilares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como o da não-culpabilidade preconizado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O Juízo monocrático, ao fixar a pena reclusiva do ora Paciente, posteriormente substituída por penas restritivas de direitos, apresentou a seguinte fundamentação:

"Apesar de primários e de não registrarem antecedentes, os réus Sylvio Guedes da Cunha Pires e Jorge Eduardo Gomes Pires agiram no caso concreto com razoável culpabilidade, valendo-se do lançamento a maior de créditos do ICMS, bem como na base de cálculo do mesmo, como uma maneira de reduzir o ICMS devido à Fazenda Estadual e aumentar seus lucros. Consoante se observa às fls. 15, 88, 149 e 224, o montante do imposto sonegado à data da lavratura dos autos de infração, 17/07/2001, era de R\$ 212.729,98 (duzentos e doze mil, setecentos e vinte e nove reais e noventa e oito centavos), o que não pode ser tido com pouco expressivo. Fixo, pois, a pena base dos réus em 03 (três) anos de reclusão. Tendo em vista que os réus agiram em continuidade delitiva, tal com estabelece o art. 71 do Código Penal, mostrando os autos que a sonegação fiscal, a qual motivou a presente querela, ocorreu ao longo dos exercícios de 1997 a 2000, aumento-lhe a pena em 1/3 (um terço), para torná-la concreta e definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão, à míngua de outras circunstâncias legais e/ou causas especiais de diminuição ou de aumento." (fl. 379)

Ao denegar o *habeas corpus* originário, o Tribunal pernambucano manteve a individualização da pena em sua totalidade, aduzindo inexistir *"abuso na dosimetria da pena utilizada a justificara a revisão da pena imposta, mormente por ter o Douto Julgador fundamentado a imposição da pena-base nas circunstâncias em que se deu o crime, pautando-se na culpabilidade dos agentes, fixando-a, ademais, próximo ao mínimo legal, que no tipo em tela, é de 02 anos de reclusão, agindo da mesma forma quanto à fixação do percentual da causa de aumento de pena do art. 71 do CP"* (fl. 461).

No caso, vê-se que o Juízo da condenação, ao elevar a pena-base do crime de contra a ordem tributária em um ano, amparou-se na culpabilidade do réu, que lançou crédito inexistentes em seu livro fiscal, e nas graves consequências do crime, que trouxeram elevado prejuízo financeiro à fazenda estadual.

Desse modo, diante das circunstâncias do crime, que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade, porque não inerentes ao tipo penal, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não se mostra injustificada, pois a pena cominada *in abstracto* pode atingir 5 (cinco) anos de reclusão, apenas para um crime.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal se o magistrado sentenciante fixa a pena-base um pouco acima do mínimo legal ante as consequências do delito, tendo em vista o expressivo prejuízo causado ao erário - aproximadamente R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) -, mostrando o acréscimo aplicado adequado e proporcional à desfavorável circunstância apontada.

2. Não se mostra possível, em sede de habeas corpus, proceder-se à modificação do quantum da majoração da pena, pois sujeito à discricionariedade do magistrado, salvo quando se demonstrar abusivo, o que não se revela na hipótese dos autos.

3. Habeas corpus denegado." (HC 172.959/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 27/09/2010)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ART. 1.º, INCISOS II, III E IV, DA LEI N.º 8.137/90, C.C. O ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

2. Na espécie, a instância ordinária considerou desfavorável a circunstância judicial relativa às consequências do crime, dado ao elevado prejuízo ao erário público, razão pela qual, de forma proporcional e fundamentada, fixou a pena-base em 3 (três) meses acima do mínimo legal.

3. Ordem denegada." (HC 93.162/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE MODO FUNDAMENTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL ABERTO.

1 - Não resta evidenciado o constrangimento ilegal, dado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal de modo fundamentado, destacando o magistrado de primeiro grau o prejuízo ao erário decorrente da circunstância de não se ter apreendido três das cinco cargas que poderiam ser objeto de tributação, não havendo, diante disso, que se cogitar a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 71.186/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 20/08/2007)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que *"O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado"* (HC 44.229/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 20/3/2006, p. 314).

Com efeito, conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete, *in verbis*:

"Para a dosagem do aumento deve-se levar em conta, principalmente, o número de infrações praticadas pelo agente. Tem-se recomendado como parâmetros aumento de um sexto para duas infrações; de um quinto para três; de um quarto para quatro; de um terço para cinco; de metade para seis; de dois terços para sete ou mais ilícitos" (Manual de Direito Penal, 12.^a ed., Atlas, Vol. 1, pág. 314).

No mesmo sentido, Alberto Silva Franco, *litteris*:

"O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão." (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial - Vol. 1 - Parte Geral, Ed. RT, 7.^a edição, 2001, fls. 1319/1320 - grifo nosso).

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade no *quantum* de aumento aplicado pela continuidade delitiva, pois os fatos delituosos foram praticados do exercício fiscal de 1997 até o do ano 2000 e, embora não se afigure possível definir, com exatidão, o número de vezes em que houve a prática dos delitos contra a ordem tributária dentro desse período, o Juízo sentenciante empregou o percentual intermediário de 1/3 (um terço) para elevar a reprimenda.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0019967-9

HC 127.609 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120040427740 1786512 20060674001898

EM MESA

JULGADO: 04/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JORGE EDUARDO GOMES PIRES
PACIENTE : SYLVIO GUEDES DA CUNHA PIRES

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.