

Apelação Criminal n. 0015983-82.2013.8.24.0020, de Criciúma
Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL EM CONTINUIDADE DELITIVA (LEI 8.137/1990, ART. 2º, I, COMBINADO COM ART. 71, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PREJUDICIAL SUSCITADA PELA DEFESA EM SUAS CONTRARRAZÕES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. LAPSO NECESSÁRIO VERIFICADO NO TOCANTE ÀS CONDUTAS PRATICADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.234/2010, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PENA *IN ABSTRATO* EM RELAÇÃO A ALGUMAS E *IN CONCRETO* NO TOCANTE A OUTRAS. DELITOS REMANESCENTES PARA OS QUAIS NÃO TRANSCORREU PRAZO NECESSÁRIO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS DO ART. 117 DO CÓDIGO PENAL.

MÉRITO. POSTULADA FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SUFRAGADO NESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO, DIANTE DA DISPONIBILIDADE DE MEIOS PARA COBRANÇA DA DÍVIDA.

ALMEJADA PERMUTA DA PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA À ENTIDADE COM DESTINAÇÃO SOCIAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU ALTERAÇÃO DO SEU BENEFICIÁRIO. INVIABILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA ESCOLHA DAS MEDIDAS ADEQUADAS À REALIDADE DA COMARCA E DO SENTENCIADO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.

0015983-82.2013.8.24.0020, da comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelado Volnei Madeira:

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, porém pronunciar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva do Estado e julgar extinta a punibilidade do apelado, em relação aos crimes decorrentes de oitocentas e uma das condutas mencionadas na notificação fiscal n. 116030372039 (fls. V-XXVIII) e trinta e quatro na de n. 116030372022 (49v.-50v.), nos termos dos arts. 107, IV, 109, V e VI, e 110, § 1º, todos do Estatuto Repressivo e art. 61, *caput*, do Código Instrumental. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2018, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza e Antônio Zoldan da Veiga.

Representou o Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Luiz Cesar Schweitzer
RELATOR

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina com atuação perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma ofereceu denúncia em face de Pedro Antunes Madeira e Volnei Madeira, dando-os como incurso nas sanções do art. 2º, I, da Lei 8.137/1990, combinado com art. 71, *caput*, do Código Penal, pela prática dos fatos delituosos assim narrados:

O denunciado PEDRO MADEIRA ANTUNES era, ao tempo dos fatos a seguir narrados, sócio-administrador, **de direito**, da empresa SUPERMERCADO MADEIRA LTDA. (conforme contrato social, acostado às fls.), empresa esta inscrita no CNPJ sob o n. 75301430/0001-67, com Inscrição Estadual n. 250769123, estabelecida na Rua Mafra, 304, bairro Boa Vista, nesta cidade, enquanto que o segundo denunciado, VOLNEI MADEIRA, **era o administrador de fato** de tal pessoa jurídica.

Logo, infere-se que qualquer vantagem obtida pela empresa referida beneficiava diretamente a ambos os denunciados PEDRO e VOLNEI, pois à época dos fatos que originaram as Notificações Fiscais nrs. **116030372030 e 116030372022**, exerciam a sua administração, tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade pela apuração e recolhimento do ICMS devido.

Portanto, na qualidade de administradores da pessoa jurídica citada, os denunciados deixaram de registrar, no Livro Registro de Entradas, notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias por sua empresa, no período de 01/08/2009 a 31/12/2010, bem como receberam, para fins de comercialização, mercadorias sem nota fiscal, no período de 16/05/2009 a 09/07/2011. notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias por sua empresa, no período de 11/08/2009 a 08/07/2011.

[...]

No caso presente, como já indicado, os denunciados não registraram as operações de entrada de mercadorias constantes do anexo "J"¹ da Notificação Fiscal mencionada, de forma a possibilitar o não registro das respectivas saídas e, com base em tal conduta, suprimir o pagamento de tributo, conforme adiante delineado.

Os denunciados adquiriram mercadorias com suas respectivas notas fiscais de venda, contudo, ardilosamente e contrariando o que disciplina o RICMS/SC, não as lançou nos livros próprios de entrada, com o desígnio de reduzir o ICMS a ser recolhido ao Erário quando da respectiva saída.

[...]

Os valores não declarados referentes às operações de circulação de mercadorias nos livros fiscais da empresa devedora, pelos denunciados, ensejam a conclusão de **omissão de operação de saídas de mercadorias**, uma vez omitida a escrituração, no período entre 01/08/2009 a 31/12/2010, de

diversas notas fiscais de entrada de mercadorias. **Em suma, não há como se declarar a saída, obviamente, do que não se registrou nos livros de entrada.**

A omissão foi descoberta devido a comparação realizada pelas autoridades fiscais entre os livros fiscais e contábeis do contribuinte, notadamente o livro de entrada de mercadorias, e as notas fiscais informadas pelos fornecedores, demonstrando de plano a fraudulenta escrita fiscal da empresa.

Constata-se que a omissão na escrita contábil da empresa tinha um único e criminoso objetivo: **deixar de recolher ao Erário Estadual o ICMS cobrado do destinatário/consumidor final.**

Como se pode observar, os denunciados forneceram declarações falsas ao realizar a escrita contábil, omitindo operações de entrada de mercadorias (com a finalidade de omitir suas saídas), com o propósito de aproveitar o ICMS cobrado do consumidor final, objetivando maximizar lucros na atividade empresarial, posto que os valores de venda das mercadorias sem o recolhimento de tributos são os mesmos das mercadorias cujo tributo respectivo, eventualmente, foi recolhido. **Não há propósito diverso de adquirir mercadoria sem registrar sua entrada senão o de sonegar o tributo quando da respectiva venda.**

O Anexo "J" (fls. 16/43)² da Notificação Fiscal que deu origem a presente denúncia traz a relação de **1.404 (mil quatrocentos e quatro)** notas fiscais de entrada de mercadorias não escrituradas pelos denunciados no **período de 01/08/2009 a 31/12/2010³.**

Conforme consta do Anexo "J", os denunciados, no período já mencionado, adquiriu, para revenda, mercadorias no total de **R\$ 1.314.578,50 (hum milhão trezentos e quatorze mil e quinhentos e setenta e oito reais e cinquenta centavos)**, cujas notas respectivas não foram registradas no Livro de Registro de Entrada da empresa, nos termos da tabela anexa:

[...]

Total: R\$ **1.314.578,45**

Multa 20%: R\$ **262.915,70**

O montante não registrado pelos denunciados foi de **R\$ 1.314.578,50 (hum milhão trezentos e quatorze mil e quinhentos e setenta e oito reais e cinquenta centavos)**, correspondendo a multa de 20% ao valor de **R\$ 262.915,70 (duzentos e sessenta e dois mil trezentos e novecentos e quinze reais e setenta centavos).**

A consumação do crime descrito ocorreu **a cada omissão de escrituração** no Livro Registro de Entradas das respectivas notas fiscais referentes às mercadorias adquiridas de terceiros para posterior comercialização.

[...]

Entretanto, com o desígnio de reduzir o ICMS a ser recolhido ao Erário quando da respectiva saída, os denunciados **receberam, da empresa "Agro Indústria Pavei Ltda." no período de 08 de agosto de 2009 a 08 de julho de 2011, para fins de comercialização, em seu estabelecimento, mercadorias sem documento fiscal**, conforme "Demonstrativo de Pedidos Atendidos", de

fls. 44/51v, no montante de R\$,de forma a possibilitar o não registro das respectivas saídas e, com base em tal conduta, suprimir o pagamento de tributo, constante no Anexo "J", o qual é parte integrante da Notificação Fiscal já mencionada.

Constata-se dos dados relacionados no Anexo "J" (fl.), que os denunciados, em **96 (noventa e seis) oportunidades**, no período já mencionado, receberam mercadorias sem nota fiscal, tais como "maminha da alcatra, patinho, peito, fígado, paleta c/lagarto, músculo do dianteiro, contra filé, etc." oriundas da Agro Indústria Pavei, em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes.

A conduta dos denunciados, ou seja, receber mercadorias sem documento fiscal, restou cabalmente comprovada, posto que as respectivas informações foram extraídas do Banco de Dados apreendido na empresa AGRO INDÚSTRIA PAVEI LTDA., Inscrição Estadual n. 253510570, em decorrência do Processo de Busca e Apreensão, autos n. 004.11.005428-1, da Vara Criminal de Araranguá", conforme descrito na Notificação Fiscal de fl.03.

Assim, em virtude de tal conduta, ambos os denunciados cometeram fraude tributária, resultando na emissão da Notificação Fiscal nº. 116, sendo-lhes aplicada multa de **30% (trinta por cento)** do valor total das mercadorias recebidas sem documento fiscal (artigo 62, da Lei Estadual nº 10.297/96), o que corresponde a **R\$ 33.501,94 (trinta e tres mil quinhentos e um reais e noventa e quatro centavos)**.

A consumação do crime descrito ocorreu **em cada uma das datas que os denunciados receberam mercadorias sem nota fiscal, ou seja, em 96 oportunidades, no período compreendido entre 8/8/2009 a 8/7/2011 (sic, fls. II-LI).**

Em razão do falecimento do acusado Pedro Madeira Antunes, foi decretada a extinção da sua punibilidade.

Encerrada a instrução, a Magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial acusatória para condenar Volnei Madeira às penas de dez meses de detenção, a ser resgatada em regime inicialmente aberto, porém substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos, e pagamento de dezesseis dias-multa, individualmente arbitrados à razão de um vigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao preceito do art. 2º, I, da Lei 8.137/1990, combinado com art. 71, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, interpôs o Promotor de Justiça oficiante recurso de apelação, pugnando pela fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos decorrentes da conduta, assim como a alteração da pena restritiva de

direito de prestação pecuniária por serviços à comunidade ou, subsidiariamente, que seja destinada ao Estado de Santa Catarina.

Seguiu-se a intimação do apelado, que ofereceu suas contrarrazões, pleiteando o reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, bem como manifestou-se pela preservação do *decisum*, após o que os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Norival Acácio Engel, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do reclamo, quanto à fixação do valor a título de reparação pelos danos causados.

É o relatório.

VOTO

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se da irresignação e passa-se à análise do seu objeto.

De início, cumpre reconhecer que em parte razão assiste à defesa quanto à prejudicial de mérito suscitada em suas contrarrazões, consistente na extinção da punibilidade do acusado devido ao advento da prescrição da pretensão punitiva do Estado na sua forma propriamente dita para algumas condutas e na modalidade retroativa para outras, praticadas até 4-5-2010, antes da vigência da Lei 12.234/2010, a qual inseriu na norma penal a vedação ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva anterior ao recebimento da denúncia, bem como alterou o prazo prescricional mínimo de dois para três anos.

E, por se tratar de questão de ordem pública, é possível o seu conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 61, *caput*, do Decreto-Lei 3.689/1941.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] IV. A prescrição é matéria de ordem pública, que pode e deve ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, a qualquer tempo e grau

de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, inclusive em sede de *habeas corpus*, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal [...] (Habeas Corpus 189.413/MG, rel. Min. Gilson Dipp, j. 3-5-2012).

Posto isso, o crime imputado ao recorrente (Lei 8.137/1990, art. 2º, I), prevê pena privativa de liberdade máxima abstratamente cominada de dois anos de detenção, do qual se extrai, conjugando este montante com o disposto no art. 109, inciso V, do Estatuto Repressivo, o prazo de quatro anos para a prescrição.

Na espécie, considerando o recebimento da denúncia em 18-9-2013, constata-se que para as condutas descritas na referida peça, relacionadas às notificações fiscais ns. 116030372039 e 116030372022, ocorridas entre 1º-8-2009 e 16-9-2009 (cento e quarenta e uma vezes - fls. V-IX) e 11-8-2009 e 12-9-2009 (nove vezes - fls. 49v.-50), transcorreram mais de quatro anos, tempo portanto suficiente para dar azo à prescrição da pretensão punitiva estatal propriamente dita.

Por outro lado, tendo em vista o montante de dez meses de detenção, tal como estabelecido na sentença e o recebimento da inicial acusatória já mencionado, para os outros fatos anteriores o prazo prescricional é de dois anos, de acordo com o que estabelecia a antiga redação do art. 109, inciso VI, do Decreto-Lei 2.848/1940, verificado nas notificações fiscais ns. 116030372039 (seiscentas e sessenta vezes - fls. IX-XXVIII) e 116030372022 (vinte e cinco vezes - fls. 50). Para esses, necessário pronunciar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

Anota-se que não se trata de aplicação do enunciado da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a inicial acusatória imputou ao apelante a prática dos crimes do art. 2º, I, da Lei 8.137/1990, de natureza formal, que independem do lançamento definitivo do crédito tributário para a sua consumação.

Nesse sentido colhem-se os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO.

RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, NA FORMA RETROATIVA. ACUSADOS LINDOMAR, EDSON E FLÁVIA PENA CONCRETAMENTE APLICADA INFERIOR A UM ANO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 110 E 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.234/10. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DOIS ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RÉUS PARA AS CONDUTAS PRATICADAS ENTRE 04.01.2010 ATÉ 30.04.2010, QUE SE IMPÕE.

[...] (Apelação Criminal n. 0000285-22.2014.8.24.0078, de Urussanga, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. 11-10-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - OMISSÃO DE INFORMAÇÃO DEVIDA AO FISCO (ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/90) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR - FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO - IRRELEVÂNCIA - CRIME FORMAL - NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 24 DO STF - RECURSO ADMINISTRATIVO DESPROVIDO, ADEMAIS - MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL - PREFACIAL REJEITADA.

"Como a conduta praticada pelos réus se enquadra no disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 - crime formal por excelência -, não se lhe aplica a Súmula Vinculante n. 24 do STF, voltada ao crime material previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90" (TRF4, Des. Artur César de Souza).

[...]

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO SOBRE TODOS OS DELITOS - INVIABILIDADE - COMETIMENTO DE PARTE DOS CRIMES ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 12.234/2010, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA POR FORÇA DA PRESCRIÇÃO, ACERTADAMENTE - DELITOS REMANESCENTES PRATICADOS APÓS A ALTERAÇÃO LEGAL, CONTUDO, NÃO ATINGIDOS PELO MARCO TEMPORAL DE TRÊS ANOS - INCIDÊNCIA DO ART. 109, VI, DO CP.

DOSIMETRIA - SOMA DAS PENAS DE MULTA - INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CP AO CRIME CONTINUADO - ADEQUAÇÃO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA - RECURSO PROVIDO NO PONTO.

Nos termos da consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte, as disposições do art. 72 do CP não se aplicam ao crime continuado.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 0002098-48.2013.8.24.0166, de Forquilha, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 12-9-2017).

De qualquer modo, diante da impossibilidade de reconhecimento da prescrição entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia em relação às

condutas remanescentes que ocorreram após a vigência da Lei 12.234, em 5-5-2010, tem-se que os ilícitos decorrentes de seiscentas e três das condutas relativas à primeira notificação (fls. XXIX-XLIX) e sessenta e duas da segunda (fls. 50-51v.) não estão prescritas.

Isso porque entre a data do recebimento da inicial acusatória (18-9-2013 – fls. 65) e a publicação da sentença condenatória (18-5-2016 - fls. 437), tem-se o total de dois anos e oito meses, insuficiente para dar azo à indigitada causa de extinção da punibilidade, considerando o lapso temporal de três anos (Código Penal, art. 109, VI).

Portanto, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes decorrentes de oitocentas e uma das condutas mencionadas na notificação fiscal n. 116030372039 (fls. V-XXVIII) e trinta e quatro na de n. 116030372022 (49v.-50), nos termos dos arts. 107, IV, 109, VI, e 110, § 1º, todos do Estatuto Repressivo e art. 61, *caput*, do Códex Instrumental.

Ademais, conforme relatado, pretende o apelante a reforma do pronunciamento de primeiro grau para que seja estipulado valor mínimo a título de reparação do dano causado à vítima, no caso, o Estado de Santa Catarina.

Não obstante não se desconheça a divergência sobre a matéria no âmbito deste Tribunal de Justiça, esta Quinta Câmara Criminal entende que “quando se trata de crime contra a ordem tributária, figurando como vítima o próprio Estado, este possui os meios necessários para cobrar os valores sonegados pelo embargante, mediante a inscrição em dívida ativa e execução fiscal, não devendo a sentença penal condenatória fixar um valor mínimo a título de reparação dos danos causados” (Apelação Criminal n. 0004696-19.2013.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. 22-11-2018).

Assim, o pleito não merece acolhimento.

Por fim, pretende o recorrente a substituição da pena restritiva de direitos aplicada, consistente em prestação pecuniária, pela de serviços à

comunidade ou alteração de seu destinatário.

No entanto, razão também não lhe assiste.

Com efeito, cabe ao juiz prolator do decreto condenatório escolher as reprimendas mais adequadas dentre as previstas na Lei de Regência e a forma de seu cumprimento. É, portanto, de sua discricionariedade, pois não há ordem de preferência a ser observado.

Isso porque, ao tempo em que esta substituição pode evitar "[...] os males que o sistema carcerário acarreta, principalmente com relação àqueles presos que cometeram pequenos delitos e que se encontram misturados com delinquentes perigosos" (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 601), deve o Estado concomitantemente dar resposta proporcional ao injusto, de modo que a sanção surta seus efeitos retributivo e ressocializador.

Por este motivo, não sendo caso de manifesta inadequação, inviabilidade ou desproporcionalidade da providência adotada em sentença, inclusive quanto ao destinatário da prestação pecuniária (entidade filantrópica cadastrada na unidade jurisdicional), incabível sua alteração, devendo ser mantido o juízo de conveniência e oportunidade da sentenciante, a qual conhece bem a realidade da sua comarca e possui aptidão para discernir sobre a opção substitutiva legalmente prevista que se mostre mais adequada aos respectivos apenados.

Em situações semelhantes, decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA [...]

IMPOSIÇÃO DE DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO EM SUBSTITUIÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO ÚNICA DA PENA DE MULTA OU, SUBSIDIARIAMENTE, ALTERAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA POR PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE SOMENTE UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 1 (UM) ANO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, § 2º, *PARTE FINAL*, DO CP. ESCOLHA DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM DETRIMENTO DA PENA DE MULTA.

DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. AUSÊNCIA DA SUSTENTADA ORDEM DE PRECEDÊNCIA DO §2º DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.

"A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade." (HC 313.675/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

APELO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 0029928-93.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins, j. 20-7-2017).

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 15 DA LEI 10.826/2003 E 32, §2º, DA LEI 9.605/98. RECURSO DEFENSIVO.

[...]

PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE FIXADA EM PRIMEIRO GRAU POR MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSIÇÃO DA PENA ALTERNATIVA DE MODO PROPORCIONAL À DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE POSSAM JUSTIFICAR SANÇÃO DIVERSA. ESCOLHA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PRETENSÃO AFASTADA.

"Incumbe ao juiz, dentro dos parâmetros estabelecidos por lei e das características do caso concreto, aplicar a pena, substituí-la e, dentre as reprimendas substitutivas, selecionar aquela(s) que melhor alcance(m) os objetivos da sanção, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados." (Apelação Criminal n. 2014.058830-1, de Urubici, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 25-11-2014) [...] (Apelação Criminal n. 0002848-29.2013.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 6-6-2017).

Logo, deve permanecer hígido o pronunciamento de primeiro grau.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, porém pronunciar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva do Estado e julgar extinta a punibilidade do apelado, em relação aos crimes decorrentes de oitocentas e uma das condutas mencionadas na notificação fiscal n. 116030372039 (fls. V-XXVIII) e trinta e quatro na de n. 116030372022 (49v.-50v.), nos termos dos arts. 107, IV, 109, V e VI, e 110, § 1º, todos do Estatuto Repressivo e art. 61, *caput*, do Códex Instrumental.