



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ.
SECRETARIA DA 2ª TURMA DE DIREITO PENAL.
ACÓRDÃO Nº:
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.
APELAÇÃO PENAL Nº: 0021330-33.2012.8.14.0401
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.
APELADOS: ALIA BENSIMON BEMERGUY E MOYSES BEMERGUY.
RELATOR: DES. RÔMULO NUNES.

Ementa: apelação ministerial. crime tributário do art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90. preliminar do ministério público de nulidade pela oitiva extemporânea de testemunha. improcedência. a oitiva de testemunha do juízo, antes da prolação da sentença, é medida autorizada pelo art. 156, inciso II, do CPPB. preliminar rejeitada. preliminar da defesa de nulidade absoluta. inexistência de prova do prejuízo. inteligência da súmula 523 do Egrégio STF. preliminar rejeitada. mérito. sentença que absolveu os recorridos por falta de prova do dolo específico e prova insuficiente da materialidade do delito, em face de equívocos no auto de infração. impossibilidade. crime de natureza material que exige apenas o dolo genérico. não há que se falar em prova insuficiente da materialidade do crime, pois provado que os recorridos teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em dezembro de 2002, bem como em janeiro, setembro e dezembro de 2003. Constituído definitivamente o crédito tributário, nos moldes exigidos pela súmula vinculante 24 do STF, e não havendo prova de sua anulação, vige a presunção de legitimidade do ato administrativo. apelados condenados pelo crime do art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 a pena de 02 anos e 01 mês de reclusão, em regime aberto, mais 20 dias-multa, substituída por 02 sanções restritivas de direito. prescrição. exame de ofício. entre a data do recebimento da denúncia e o dia desta sessão de julgamento transcorreu o prazo prescricional. apelo parcialmente provido, mas de ofício extinta a punibilidade dos apelados. decisão unânime da preliminar do ministério público de nulidade pela oitiva extemporânea de testemunha

I. Invocando o art. 156, inciso II, do CPP, o magistrado determinou a oitiva do auditor fiscal Raimundo Monfredo, na condição de testemunha do juízo, a fim de esclarecer questões técnicas do auto de infração por arbitramento. Diz o referido dispositivo: a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Por sua vez, preceitua o art. 209 do mesmo diploma legal: o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. Não havia óbice legal para que o magistrado, antes de prolatar a sentença, ouvisse o mencionado auditor na condição de testemunha do juízo. Ao contrário, tal providência atende ao melhor direito, pois demonstra que o julgador procurou prolatar sua decisão com segurança, esclarecendo antes questões técnicas, que muitas vezes fogem à esfera jurídica e adentram em matérias contábeis sensíveis. Mais do que isto, constitui-se em dever legal do magistrado, no exercício de sua discricionariedade regrada, buscar a verdade real e esclarecer todos os fatos, antes de firmar seu convencimento acerca do mérito da causa. Logo, não se vislumbra nulidade na oitiva do referido auditor fiscal, dada a expressa previsão legal para tanto e a inexistência de qualquer prejuízo à acusação. Preliminar rejeitada. Precedentes;

da preliminar da defesa de nulidade absoluta

II. Apesar de não ter recorrido, a defesa suscitou em contrarrazões a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, visto que na audiência de instrução foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, a audiência deveria ter sido suspensa, para que os apelados pudessem ser intimados a constituir novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outrora contratados. Todavia, constata-se que os apelados em nenhum momento ficaram sem defesa técnica. Assim, eventual equívoco do magistrado, quando muito, seria nulidade de natureza relativa. Essa é a inteligência da súmula 523 do Egrégio STF: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Sendo nulidade relativa, mister que seja demonstrado o prejuízo que dela adveio. Entretanto, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo. Se inexistente prejuízo concreto aos recorridos, não há nulidade a ser declarada. Preliminar rejeitada;

mérito

III. Examinando a sentença, constata-se que os pilares que sustentaram a decisão absolutória são: falta de prova do dolo de fraudar o fisco e prova insuficiente da materialidade, em face de equívocos no auto de infração lavrado por arbitramento;

da falta de dolo

IV. Os crimes tributários previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 são de natureza material, os quais se consumam com a efetiva redução de tributo, ocasionada pela omissão nas declarações devidas às autoridades fazendária, após a constituição definitiva do crédito tributário. Para tanto, é cediço na jurisprudência ser necessário apenas o dolo genérico. Não é imperativo a comprovação de qualquer finalidade específica para que a conduta do sujeito ativo seja considerada típica. No caso dos autos, é incontroverso que os apelados, na qualidade de proprietários da sociedade empresária, teriam omitido operações tributáveis nos livros fiscais e deixado de recolher o ICMS devido. Tal conduta omissiva é suficiente para caracterizar o dolo exigido nas figuras típicas do art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90. A responsabilidade no crime tributário em tela



deriva da previsão legal insculpida art. 135 do CTN, que atribui ao administrador da empresa a obrigação de manter o fisco regularmente informado acerca da aquisição, estoque e venda de mercadorias relacionadas a sua atividade. Precedentes;

da prova insuficiente da materialidade do crime

V. A jurisprudência tem conferido validade ao auto de infração por arbitramento. Ressalte-se, também, que assiste razão ao órgão ministerial quando afirma em seu recurso que o juízo criminal não é sede adequada para discussões acerca da nulidade do auto de infração e do procedimento administrativo fiscal a que deu ensejo, uma vez que ações deste jaez, visando a anulação do crédito tributário, são afetas ao juízo fazendário. Ocorre que a sentença absolutória não declarou a nulidade do auto de infração. Apenas o considerou insuficiente para comprovar a materialidade do crime, diante dos equívocos apontados pelo auditor fiscal ouvido como testemunha do juízo. Em que pese estes equívocos, não há que se falar em prova insuficiente da materialidade do crime, mormente porque é incontroverso que os recorridos teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em dezembro de 2002, bem como em janeiro, setembro e dezembro de 2003, fato este confirmado pelo próprio magistrado, que mesmo assim prolatou sentença absolutória, por presumir que possa ter ocorrido alguma falha no setor administrativo da empresa contribuinte. Constituído definitivamente o crédito tributário, nos moldes exigidos pela súmula vinculante 24 do STF, e não havendo prova de sua anulação, vige a presunção de legitimidade do ato administrativo. O fato é típico, antijurídico, culpável e causou um prejuízo ao erário na ordem R\$ 188.251,43 à época dos fatos. Condenação que se impõe. Precedentes;

da dosimetria

VI. Recorridos condenados à pena de 02 anos e 01 mês de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais 20 dias-multa, substituída por 02 sanções restritivas de direito, quais sejam, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo juízo da execução. Precedentes;

da prescrição. exame de ofício

VII. É cediço que a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei. Trata-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, com regras, causas interruptivas e suspensivas previamente previstas em Lei. No caso em apreço, os recorridos foram condenados à pena de dois anos e um mês de reclusão, a qual tem prazo prescricional de oito anos, conforme estabelece o art. 109, IV, do CPB. Ocorre que referido prazo cai pela metade, por força da regra do art. 115 deste diploma, uma vez que os apelados possuem ao tempo desta condenação mais de setenta anos (fl. 02). In casu, entre 09/05/13, data do recebimento da denúncia (fl. 94) e o dia desta sessão de julgamento, transcorreram-se mais de quatro anos. Logo, claro está a ocorrência do fenômeno da prescrição. Por esta razão, não há como não se extinguir a punibilidade dos recorridos de ofício, nesta assentada. Deixa-se de fixar o montante a título de reparação do dano requerido pelo órgão ministerial, em face do reconhecimento da prescrição. Deveras, a reparação do dano é efeito da sentença penal de natureza condenatória, conforme expressamente estabelece o art. 387 CPP. Havendo decisum que extingue a punibilidade, é indevido, inócuo e inviável eventual fixação de valores de reparação de dano. Precedente. Apelo ministerial parcialmente provido, mas declarada a extinção da punibilidade dos recorridos de ofício. Decisão unânime;

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo ministerial, mas declarar de ofício a extinção da punibilidade dos recorridos, na conformidade do voto do relator. Julgamento presidido pelo Des Milton Augusto de Brito Nobre.

Belém, 07 de abril de 2021.

Desembargador RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
Relator

RELATÓRIO



O Ministério Público, inconformado com a r. sentença que absolveu Alia Bensimon Bemerguy e Moyses Bemerguy do crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, incisos I e II da Lei n.º 8.137/90, interpôs o presente recurso de apelação, objetivando ver reformada a referida decisão, prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 13ª Vara Penal da Comarca de Belém/PA.

Em suas razões, o promotor de justiça suscitou uma preliminar de nulidade, pela oitiva extemporânea do auditor José Raimundo Monfredo Leite, o qual teria sido inquirido sem ter sido arrolado por nenhuma das partes e após o encerramento da instrução criminal. Alegou que a mencionada testemunha foi ouvida na condição de amigo da corte e que cometeu flagrante infração disciplinar, ao apontar em seu depoimento falhas no auto de infração lavrado por outra colega auditora, agindo, assim, em deslealdade para com a administração fazendária.

No mérito, alegou que a sentença absolutória merece ser reformada, uma vez que os delitos contra a ordem tributária prescindem de dolo específico, bastando para a consumação o dolo genérico presente na conduta do sujeito ativo, evidenciado pela premeditação e pela natureza plurissubsistente do delito fiscal imputado.

Aduziu que falece competência ao juízo criminal para apreciar nulidades de atos da administração fazendária, portanto, o exame de eventuais falhas no presente auto de infração ou no processo administrativo seriam matérias de competência exclusiva dos juízos fazendários. Desta feita, o juízo a quo teria incorrido em equívoco ao se basear em falhas existentes no auto de infração para absolver os recorridos, por falta de prova suficiente da materialidade do crime.

Acerca da dosimetria, o órgão ministerial apontou, em caso de condenação, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis aos recorridos, requerendo, ainda, a aplicação das causas de aumento dos artigos 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e 71, caput, do CPB, bem como a condenação ao pagamento de R\$ 690.664,20 a título de reparação do dano. Ao final, o Ministério Público requereu o conhecimento e provimento do apelo.

Em contrarrazões, a defesa suscitou uma preliminar de nulidade, visto que na audiência de instrução criminal foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, o ato processual deveria ter sido suspenso para que os apelados fossem intimados a constituírem novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outrora contratados. Assim, como os recorridos foram privados do direito de livre escolha do seu patrono, concluiu a defesa que houve nulidade da audiência e dos atos processuais subsequentes, em face de cerceamento de defesa.

No mérito, aduziu que o órgão ministerial não apresentou provas capazes de imputar conduta dolosa aos recorridos, atendo-se apenas ao fato dos



apelados figurarem na condição de sócios para presumir o dolo. Nesse diapasão, prossegue afirmando que, embora a responsabilidade nas infrações tributárias seja objetiva, conforme art. 136 do CTN, em matéria penal o elemento subjetivo não pode ser presumido, sob pena de se incorrer em responsabilidade penal objetiva.

Ainda, alegou que o auto de infração é insuficiente para provar a materialidade do crime, não sendo admissível que o juízo a quo seja impedido de analisar e valorar esta prova ao final do ação penal, mormente diante dos equívocos apontados no auto de infração pelo auditor fazendário José Raimundo Monfredo Leite.

No que tange ao cálculo de pena, requereu em caso de condenação o não reconhecimento do concurso material e da causa de aumento do crime continuado, tendo em vista a ocorrência de delito único, consumado com o lançamento definitivo do tributo. Ainda, postulou supletivamente pela inaplicabilidade da majorante do art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90, devido a não comprovação do nexos causal entre a conduta dos agentes e o suposto dano à coletividade apontado no apelo.

Nesta superior instância, o custos legis se manifestou pelo conhecimento e provimento da apelação ministerial.

À revisão. Inclua-se o feito no plenário virtual.

É o relatório.

V O T O

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo e faço uma síntese dos fatos constantes do processo.

Consta da denúncia que os recorridos, na condição de sócios e administradores da empresa contribuinte BENSIMON & BEMERGUY LTDA, omitiram operações tributáveis, deixando de recolher o ICMS devido pelo estabelecimento, no valor de R\$ 188.251,43, conforme auto de infração e notificação fiscal nº 012006510001603-8 (fl. 22), por meio do qual a empresa dos recorridos foi autuada por arbitramento, de acordo com o relatório fronteira. Regularmente processados, os apelados foram absolvidos com base no art. 386, inc. VII, do CPPB.

Na sentença, o julgador considerou que não estaria provado o dolo dos recorridos em fraudar o fisco. Ainda, asseverou que a materialidade do delito não estaria suficientemente provada, pois auditor fiscal ouvido como testemunha teria apontado grandes equívocos no auto de infração, os quais teriam elevado sobremaneira o cálculo do tributo devido. Logo, como não estaria provado que o débito teria sido produto de sonegação fiscal dolosamente perpetrada para elidir a responsabilidade tributária, o magistrado entendeu que o melhor caminho seria a absolvição. Inconformado com a sentença, o órgão ministerial recorreu.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE PELA OITIVA EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHA



O órgão ministerial suscitou uma preliminar de nulidade, pela oitiva extemporânea do auditor José Raimundo Monfredo Leite, o qual teria sido inquirido sem ter sido arrolado por nenhuma das partes e após o encerramento da instrução criminal. Alegou que a mencionada testemunha foi ouvida na condição de amigo da corte e que cometeu flagrante infração disciplinar, ao apontar em seu depoimento falhas no auto de infração lavrado por outra colega auditora, agindo, assim, em deslealdade para com a administração fazendária.

Analisando os autos, observa-se que o magistrado, invocando o art. 156, inciso II, do CPPB, determinou a oitiva do auditor fiscal Raimundo Monfredo, na condição de testemunha do juízo, a fim de esclarecer questões técnicas do auto de infração por arbitramento.

Diz o art. 156, inciso II, do CPPB: a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Por sua vez, preceitua o art. 209 do mesmo diploma legal: o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Como se vê, não havia óbice legal para que o magistrado, antes de prolatar a sentença, ouvisse o mencionado auditor na condição de testemunha do juízo. Ao contrário, tal providência atende ao melhor direito, pois demonstra que o julgador procurou prolatar sua decisão com segurança, esclarecendo antes questões técnicas, que muitas vezes fogem à esfera jurídica e adentram em matérias contábeis sensíveis. Mais do que isto, constitui-se em dever legal do magistrado, no exercício de sua discricionariedade regrada, buscar a verdade real e esclarecer todos os fatos, antes de firmar seu convencimento acerca do mérito da causa.

Assim caminha o entendimento da jurisprudência:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESTEMUNHA. OITIVA. DETERMINAÇÃO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "O posicionamento do Tribunal de origem alinha-se ao entendimento desta Corte Superior, no sentido de que, conforme preceitua o art. 209 do CPP, não configura nulidade a ouvida de testemunha indicada extemporaneamente pelo Ministério Público, como testemunha do Juízo" (AgRg no AREsp 383.529/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1180653/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

HABEAS CORPUS. DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. [...] É de ser lembrado que estão encartados na legislação pátria diversos dispositivos legitimando a iniciativa probatória do juiz no curso do processo, a exemplo dos artigos 156, inciso II, 196, 209, 212 e seu parágrafo único, 234 e 616, todos do CPP, tudo a demonstrar que também cabe ao julgador, na inércia da parte ou na ausência da correta indicação ou coleta da prova, promover a busca da verdade para esclarecer os fatos e, assim, ter a segurança necessária para firmar sua convicção e emitir uma sentença, seja ela favorável ou não ao acusado. [...] . Ordem concedida deferir a substituição das testemunhas defensivas. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70082475914, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em: 24-09-2019)

HABEAS CORPUS CRIME. IMPUTAÇÃO AOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CONCUSSÃO E LAVAGEM DE CAPITAIS (ARTS. 288 E 316, DO CP; E ART. 1º, INCISO V, DA LEI N. 9.613/1998). ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL ANTE A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE



ARMAS. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. PLEITO PELO SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DO WRIT. DECISÃO DO MM. JUÍZO A QUO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INDEFERIMENTO DE TESTEMUNHAS JÁ OUVIDAS PERANTE O JUÍZO, BEM COMO DE TESTEMUNHA QUE POSSUI RELAÇÃO APENAS A FATOS NARRADOS EM OUTRA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. NO MAIS, A OITIVA DE TESTEMUNHA DO JUÍZO É PLENAMENTE CABÍVEL. ENTENDIMENTO DO ART. 156, INCISO II, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO À PARTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTE DO STJ. CONHECE E DENEGA A ORDEM. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0002721-40.2019.8.16.0000 - Piraquara - Rel.: Juíza Maria Roseli Guieissmann - J. 11.04.2019)

Logo, não se vislumbra nulidade na oitiva do referido auditor fiscal, dada a expressa previsão legal para tanto e a inexistência de qualquer prejuízo à acusação. Assim, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Apesar de não ter recorrido, a defesa suscitou em contrarrazões a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, visto que na audiência de instrução foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, a audiência deveria ter sido suspensa, para que os apelados pudessem ser intimados a constituir novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outrora contratados.

Sem delongas, conforme relatado acima, os apelados em nenhum momento ficaram sem defesa técnica. Assim, eventual equívoco do magistrado, quando muito, seria nulidade de natureza relativa. Essa é a inteligência da súmula 523 do Egrégio STF: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Ora, sendo nulidade relativa, mister que seja demonstrado o efetivo prejuízo que dela adveio. Todavia, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo. Se inexistente prejuízo concreto aos recorridos, não há nulidade a ser declarada, portanto, rejeito a preliminar.

MÉRITO

Em suma, o órgão ministerial alegou que a sentença absolutória merece ser reformada, uma vez que os delitos contra a ordem tributária prescindem de dolo específico, bastando para a consumação o dolo genérico presente na conduta do sujeito ativo. Aduziu, ainda, que falece competência ao juízo criminal para apreciar nulidades de atos da administração fazendária, portanto, o exame de eventuais falhas no presente auto de infração ou no processo administrativo seriam matérias de competência exclusiva dos juízos fazendários.

Ao final do seu recurso, o Ministério Público requereu a condenação dos recorridos, apontando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a presença das causas de aumento dos artigos 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e 71, caput, do CPB, bem como a condenação ao pagamento de R\$ 690.664,20 a título de reparação do dano.

Segundo a sentença, os apelados teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em quatro oportunidades, ocorridas em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, deixando de recolher aos cofres públicos R\$ 188.251,43, em valores da época, devidamente inscritos em dívida ativa.



Os pilares que sustentaram a decisão absolutória são: falta de prova do dolo em fraudar o fisco e prova insuficiente da materialidade do crime, em face de equívocos no auto de infração lavrado por arbitramento. Para facilitar o entendimento, examino cada um de per si.

DA FALTA DE DOLO

Os crimes tributários previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 são de natureza material, os quais se consumam com a efetiva redução de tributo, ocasionada pela omissão nas declarações devidas às autoridades fazendária, após a constituição definitiva do crédito tributário. Para tanto, é cediço na jurisprudência ser necessário apenas o dolo genérico. Não é imperativo a comprovação de qualquer finalidade específica para que a conduta do sujeito ativo seja considerada típica.

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. REUNIÃO DE FEITOS POR CONEXÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FEITOS EM FASES DISTINTAS. INCIDÊNCIA DO ART. 80 DO CPP. CONVENIÊNCIA. PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MATERIALIDADE DELITIVA VERIFICADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REVOLVIMENTO DE PROVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTA. PRESCINDIBILIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). ILEGALIDADE. VIA INADEQUADA PARA DISCUSSÃO. PRECEDENTE. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DO VÍNCULO ENTRE A POSIÇÃO DO AGENTE NA SOCIEDADE EMPRESÁRIA (ADMINISTRADOR) E O CRIME IMPUTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME FORMAL (ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/1990). IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA CONDUTA MATERIAL (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. PRECEDENTES. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. TESE DA "ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL POR MEIO ATÍPICO". INVIABILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, NÃO PROVIDO. [...] 8. As condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990 são crimes materiais que se tipificam com a efetiva redução de tributos federais, verificadas a partir da constituição definitiva do crédito tributário. [...] 10. Para a caracterização do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, basta a demonstração do resultado, caracterizado pela efetiva redução de tributos federais. Para tanto, é suficiente a demonstração do dolo genérico. Precedentes. [...] 14. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido. (REsp 1390649/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS COBRADO DO SUBSTITUÍDO. NÃO RECOLHIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. MERO INADIMPLEMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGÊNCIA. [...] II - "Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal" (RHC n. 44.466/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014). III - E esse entendimento aplica-se ao caso de não recolhimento de ICMS que foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido aos cofres públicos, como na presente hipótese. (Precedentes). IV - "O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime" (AgRg no AREsp n. 772.503/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 29/2/2016). Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1631400/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017)

No caso dos autos, é incontroverso que os apelados, na qualidade de proprietários da sociedade empresária, teriam omitido operações tributáveis nos livros fiscais e deixado de recolher o ICMS devido. Tal conduta omissiva é suficiente para caracterizar o dolo exigido nas figuras típicas do art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90, sendo evidente a sonegação fiscal.

Na hipótese, a responsabilidade no crime tributário em tela deriva da previsão legal inculpada artigo 135 do CTN, que atribui ao administrador da empresa a obrigação de manter o fisco



regularmente informado acerca da aquisição, estoque e venda de mercadorias relacionadas a atividade empresarial.

DA PROVA INSUFICIENTE DA MATERIALIDADE DO CRIME

Primeiramente, cumpre esclarecer que a jurisprudência tem conferido validade ao auto de infração por arbitramento. Igualmente, vale ressaltar que assiste razão ao órgão ministerial quando afirma em seu recurso que o juízo criminal não é sede adequada para discussões acerca da nulidade do auto de infração e do procedimento administrativo fiscal a que deu ensejo, uma vez que ações deste jaez, visando a anulação do crédito tributário, são afetas ao juízo fazendário.

Ocorre que a sentença absolutória não declarou a nulidade do auto de infração. Apenas o considerou insuficiente para comprovar a materialidade do crime, diante dos equívocos apontados pelo auditor fiscal ouvido como testemunha do juízo. Vejamos o trecho da sentença em que o juiz explicita as irregularidades do auto de infração.

[...] O primeiro equívoco consistiu na inversão da ordem de aplicação do valor de agregação, pois a agregação deveria ter sido aplicada após se abater o valor do ICMS de entrada, tendo a auditora fazendária responsável pela autuação aplicado antes de fazê-lo, inversão essa que aumentou o valor do Ainf em, aproximadamente, 49%. O documento de fls. 56 comprova o equívoco apontado pela testemunha. O segundo equívoco ocorreu quando a auditora considerou, por presunção, que todas as mercadorias que entraram no estabelecimento teriam saído, uma vez que, intimado por edital, o contribuinte não apresentou os documentos solicitados. Porém, como observado pela testemunha do juízo, o auditor fiscal Raimundo Monfredo, a auditora responsável pela autuação não poderia ter se utilizado da presunção de saída de todas as mercadorias, pois o contribuinte havia entregado todas as Diefs do período, incluindo a dos anos seguintes, nas quais estava declarado o estoque do contribuinte no ano anterior. Assim, os valores constantes nas Diefs, devidamente lançados, deveriam ter sido abatidos do valor da autuação, o que diminuiria muito a base de cálculo do ICMS devido Portanto, considerando os equívocos apontados, entendo que a materialidade delitiva deve ser afastada diante da fragilidade do Ainf que serviu de base ao oferecimento da denúncia. [...]

Em que pese os equívocos apontados pelo magistrado, o crédito tributário foi devidamente constituído, com o lançamento definitivo do tributo, nos moldes exigidos pela súmula vinculante 24 do STF. Desta forma, não há que se falar em prova insuficiente da materialidade do crime, mormente porque é incontroverso nos autos, repita-se, que os recorridos teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em dezembro de 2002, bem como em janeiro, setembro e dezembro de 2003, fato este confirmado pelo próprio magistrado, que mesmo assim prolatou sentença absolutória, por presumir que possa ter ocorrido alguma falha no setor administrativo da empresa contribuinte.

[...] ainda que considerássemos o Ainf como prova válida de materialidade delitiva, o próprio dolo dos acusados em fraudar o Fisco não ficou comprovado, uma vez que durante o período apurado (anos de 2002 e 2003) os supostos ilícitos penais ocorreram apenas em 4 meses (dezembro de 2002 e janeiro, setembro e dezembro de 2003), significando que, com alguma dosagem de verossimilhança, talvez possa ter ocorrido alguma falha no setor administrativo da empresa contribuinte [...]

Ora, constituído definitivamente o crédito tributário e não havendo prova de sua anulação, vige a presunção de legitimidade do ato administrativo. Assim, forçoso reconhecer que resta provada a materialidade do crime, com a demonstração do resultado naturalístico, qual seja, o não pagamento à época de R\$ 188.251,43 de ICMS, produto da omissão de informações nos livros fiscais, os quais os recorridos tinham por obrigação atualizar, enquanto proprietários da empresa. Também presente o elemento subjetivo do tipo, representado pelo dolo genérico. Portanto, o fato é típico, antijurídico, culpável e causou um grande prejuízo ao erário. Desta feita, a reforma da sentença



se impõe.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, reformo a sentença e julgo procedente a denúncia, para condenar os recorridos Alia Bensimon Bemerguy e Moyses Bemerguy, nas penas do crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 1º, incisos I e II da Lei n.º 8.137/90. Passo ao cálculo da sanção.

DOSIMETRIA

RECORRIDA ALIA BENSIMON BEMERGUY

Considerando a culpabilidade da recorrida como favorável, pois trata-se de comerciante, cuja conduta delituosa não ultrapassou ao previsto no tipo penal. Avaliando os seus antecedentes como favoráveis, visto que não há notícia de condenação transitada em julgado. A conduta social e personalidade sem condições de aferição, por ausência de elementos contidos nos autos. Levando em conta os motivos como inerentes ao tipo penal, pois as omissões foram perpetradas na tentativa de reduzir os impostos devidos, o que já é punido pela lei, bem como as circunstâncias do crime como normais a espécie. As consequências do delito são desfavoráveis, visto que a supressão de tributo leva, por óbvio, a baixa arrecadação do Estado, que fica privado de executar políticas públicas, ocasionando, por consequência, dano à coletividade. Por fim, considerando impossível de valoração o comportamento da vítima, hei de fixar a pena-base em dois anos e quatro meses de reclusão e trinta dias-multa, no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente a época do fato, em atenção a presença de um vetor judicial desfavorável.

Há uma atenuante, visto que a apelada tem mais de setenta anos na data deste julgamento (fl. 02). Por conseguinte, reduzo a sanção em três meses e dez dias-multa, encontrando a pena de dois anos, um mês de reclusão e vinte dias-multa. Inexistente qualquer agravante. Igualmente, não há minorantes a considerar, contudo, o Ministério Público pugna pela aplicação de duas causas de aumento. A primeira delas está prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e implica na majoração da pena de um a dois terços, quando o crime tributário ocasiona grave dano à coletividade. Ocorre que esta circunstância já foi avaliada quando da fixação da pena-base, o que impede nova valoração, sob pena de bis in idem.

A segunda majorante diz respeito ao crime continuado. Ela está prevista no art. 71 do CPB, o qual elenca os seguintes requisitos para que seja reconhecida: pluralidade de condutas, crimes da mesma espécie e o elo de continuidade entre os delitos, expresso pela prática nas mesmas condições de tempo, lugar e idêntica forma de execução.

Na hipótese, a recorrida, na condição de administradora da sociedade empresária, omitiu operações tributáveis e deixou de recolher o ICMS em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, portanto, de forma esporádica e não em perfeita continuidade.

Ora, ainda que estejamos diante de várias condutas, observa-se no caso concreto que o elo de continuidade foi rompido, visto que os ilícitos não foram perpetrados em sequência, havendo entre alguns meses um liame superior a trinta dias, o que tem o condão de descaracterizar o requisito mesmas



condições de tempo, insculpido no art. 71 do CPB.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/90). INÉPCIA DA DENUNCIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE INFRAÇÃO PENAL EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. SUPERVENIÊNCIA DA CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CPP. INEXISTÊNCIA [...] VÍCIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. ESFERA INADEQUADA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO QUE DEMANDA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE [...] CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL DISSOCIADO DAS RAZÕES DE VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE AS CONDUTAS DELITUOSAS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. [...] Ademais, incabível a incidência do crime continuado quando o espaço de tempo entre as condutas criminosas supera os 30 dias, período suficiente para caracterizar a autonomia entre os fatos delituosos. Incidência do Enunciado n.º 83 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 542.556/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJE 14/03/2018)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 168-A E 337-A, III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DA CONSUNÇÃO. INVIÁVEL REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. SÚMULA 83 DO STJ. [...] Esta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que não se aplica o art. 71 do Estatuto Repressor quando ultrapassado o limite temporal de 30 (trinta) dias entre as condutas, uma vez que o decurso do referido prazo descaracterizaria o requisito "mesmas condições de tempo". 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1464120/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO III, DA LEI 8.137/1990). INSTAURAÇÃO DE DIVERSOS INQUÉRITOS E DEFLAGRAÇÃO DE UMA AÇÃO PENAL CONTRA A RECORRENTE. ALEGADA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. FATOS QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR E COM A MESMA MANEIRA DE EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. [...] No caso dos autos, conquanto os impetrantes entendam que a recorrente teria praticado crime único, em continuidade delitiva, o certo é que os ilícitos a ela atribuídos teriam ocorrido em meses diversos entre os anos de 2003 e 2007, havendo dúvidas se os lapsos temporais entre as condutas a ela imputadas permitiriam a aplicação da regra contida no artigo 71 do Código Penal, o que reforça a impossibilidade de se reconhecer a mencionada ficção jurídica na espécie. 3. Isso porque, tal como destacado na origem, haveria espaço de tempo superior a 30 (trinta) dias entre os ilícitos assestados à recorrente, o que, a princípio, poderia obstaculizar o reconhecimento da continuidade delitiva, consoante vem decidindo este Sodalício. [...] 5. Recurso improvido. (RHC 38.675/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014)

Na hipótese, não se vislumbra a existência de concurso material, mais sim de crime único, uma vez que a intenção do agente em lesar o fisco é única, mesmo que executada em diferentes ações.

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. II, DA LEI Nº 8.137/90. OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. ICMS. CRIME ÚNICO. AFASTADA A CONTINUIDADE DELITIVA. POSIÇÃO REVISADA. [...] Afastada a continuidade delitiva (art. 71, do CP), para reconhecer o crime único, visto que a intenção do agente de lesar o Fisco é única, ainda que executada através de diversas ações posteriores. Relator vencido nesta parte. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70060356979, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 04/12/2014)

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. II, DA LEI Nº 8.137/90. OMISSÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS ICMS. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. [...] Afastada a continuidade delitiva (art. 71, do CP), para reconhecer o crime único, visto que a intenção do agente de lesar o Fisco é única, ainda que executada através de diversas ações posteriores. APELAÇÕES DEFENSIVAS PROVIDAS EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70061409926, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 11/12/2014)

Logo, não havendo mais majorantes, fixo a sanção em dois anos e um mês de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais vinte dias-multa, no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época do fato, pena esta que torno definitiva, concreta e final.

Inaplicável a suspensão condicional da pena, pois cabível a substituição da sanção corporal por medida restritiva de direito, ex vi do art. 77, III, do CPB. Com efeito, observa-se que a recorrida preenche os requisitos do art. 44 do CPB, pois tem bons antecedentes e recebeu pena inferior a quatro anos, por crime cometido sem violência. Constata-se, outrossim, que as circunstâncias



judiciais do art. 59 do CPB lhes são, em parte, favoráveis e indicam que a pena restritiva de direito é suficiente para reprimir a conduta criminosa. Desta feita, substituo a pena corporal por duas sanções restritivas de direito, quais sejam, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo juízo da execução.

RECORRIDO MOYSES BEMERGUY

Considerando a culpabilidade do recorrido como favorável, pois trata-se de comerciante, cuja conduta delituosa não ultrapassou ao previsto no tipo penal. Avaliando os seus antecedentes como favoráveis, visto que não há notícia de condenação transitada em julgado. A conduta social e personalidade sem condições de aferição, por ausência de elementos contidos nos autos. Levando em conta os motivos como inerentes ao tipo penal, pois as omissões foram perpetradas na tentativa de reduzir os impostos devidos, o que já é punido pela lei, bem como as circunstâncias do crime como normais a espécie. As consequências do delito são desfavoráveis, visto que a supressão de tributo leva, por óbvio, a baixa arrecadação do Estado, que fica privado de executar políticas públicas, ocasionando, por consequência, dano à coletividade. Por fim, considerando impossível de valoração o comportamento da vítima, hei de fixar a pena-base em dois anos e quatro meses de reclusão e trinta dias-multa, no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente a época do fato, em atenção a presença de um vetor judicial desfavorável.

Há uma atenuante, visto que o apelado tem mais de setenta anos na data deste julgamento (fl. 02). Por conseguinte, reduzo a sanção em três meses e dez dias-multa, encontrando a pena de dois anos, um mês de reclusão e vinte dias-multa. Inexistente qualquer agravante. Igualmente, não há minorantes a considerar, contudo, o Ministério Público pugna pela aplicação de duas causas de aumento. A primeira delas está prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e implica na majoração da pena de um a dois terços, quando o crime tributário ocasiona grave dano à coletividade. Ocorre que esta circunstância já foi avaliada quando da fixação da pena-base, o que impede nova valoração, sob pena de bis in idem.

A segunda majorante diz respeito ao crime continuado. Ela está prevista no art. 71 do CPB, o qual elenca os seguintes requisitos para que seja reconhecida: pluralidade de condutas, crimes da mesma espécie e o elo de continuidade entre os delitos, expresso pela prática nas mesmas condições de tempo, lugar e idêntica forma de execução.

Na hipótese, não se vislumbra a existência de concurso material, mais sim de crime único, uma vez que a intenção do agente em lesar o fisco é única, mesmo que executada em diferentes ações.

Na hipótese, o recorrido, na condição de administrador da sociedade empresária, omitiu operações tributáveis e deixou de recolher o ICMS em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, portanto, de forma esporádica e não em perfeita continuidade.

Ora, ainda que estejamos diante de várias condutas, observa-se no caso concreto que o elo de continuidade foi rompido, visto que os ilícitos não foram perpetrados em sequência, havendo entre alguns meses um liame superior a trinta dias, o que tem o condão de descaracterizar o requisito mesmas condições de tempo, insculpido no art. 71 do CPB.



Logo, não havendo mais majorantes, fixo a sanção em dois anos e um mês de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais vinte dias-multa, no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente a época do fato, pena esta que torno definitiva, concreta e final.

Inaplicável a suspensão condicional da pena, pois cabível a substituição da sanção corporal por medida restritiva de direito, ex vi do art. 77, III, do CPB. Com efeito, observa-se que o recorrido preenche os requisitos do art. 44 do CPB, pois tem bons antecedentes e recebeu pena inferior a quatro anos, por crime cometido sem violência. Constata-se, outrossim, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB lhes são, em parte, favoráveis e indicam que a pena restritiva de direito é suficiente para reprimir a conduta criminosa. Desta feita, substituo a pena corporal por duas sanções restritivas de direito, quais sejam, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo juízo da execução.

DA PRESCRIÇÃO

É cediço que a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei. Trata-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, com regras, causas interruptivas e suspensivas previamente previstas em Lei.

No caso em apreço, os recorridos foram condenados à pena de dois anos e um mês de reclusão, a qual tem prazo prescricional de oito anos, conforme estabelece o art. 109, IV, do CPB. Ocorre que referido prazo cai pela metade, por força da regra do art. 115 deste diploma, uma vez que os recorridos possuem ao tempo desta condenação mais de setenta anos (fl. 02). In casu, entre 09/05/2013, data do recebimento da denúncia (fl. 94) e o dia desta sessão de julgamento, transcorreram-se mais de quatro anos. Logo, claro está a ocorrência do fenômeno da prescrição. Por esta razão, não há como não se extinguir a punibilidade dos recorridos de ofício, nesta assentada.

Deixo de fixar o montante a título de reparação do dano requerido pelo órgão ministerial, em face do reconhecimento da prescrição. Deveras, a reparação do dano é efeito da sentença penal de natureza condenatória, conforme expressamente estabelece o art. 387 CPP. Havendo decisum que extingue a punibilidade, é indevido, inócuo e inviável eventual fixação de valores de reparação de dano causado à vítima.

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. FIXAÇÃO DE VALOR A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA SEM CARÁTER CONDENATÓRIO. 1.Considerando que o apelante encontra-se condenado e que a respectiva sentença condenatória já transitou em julgado para a acusação, a teor do disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição deve ser calculada com base na pena concretamente fixada. 2. Na espécie, entre a data do recebimento da denúncia ocorrida em 06.08.2007 (fl. 02) e a data da publicação da sentença (11.03.2014 - fl. 185) decorreu período de tempo superior a quatro (04) anos, sem que houvesse qualquer outro marco interruptivo ou suspensivo, operando-se a prescrição. 3.A fixação de valores a título de reparação dos danos causados ao ofendido é um efeito da sentença condenatória, conforme a dicção do art. 387, do Código de Processo Penal. Dessa forma, resta indevida a fixação de reparação de danos causados à vítima, em sentença extintiva de punibilidade, a qual não condena, nem tampouco absolve o réu. 4.Merece destaque o fato de que a alteração do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, que passou a prever a reparação dos danos à vítima, advém da promulgação da Lei nº 11.719/2008, que é posterior ao cometimento do crime, e não pode retroagir para prejudicar o apelante. 5. Extinção da Punibilidade. Unanimidade. (TJ-MA - APL: 0161832014 MA 0011619-27.2007.8.10.0001, Relator: JOSE DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO, Data de Julgamento: 18/05/2015, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/05/2015)



Ante o exposto, data vênua do parecer, dou parcial provimento ao apelo, mas de ofício declaro a extinção da punibilidade dos recorridos pela prescrição, nos exatos termos da fundamentação.

Belém, 07 de abril de 2021.

Des. Rômulo José Ferreira Nunes
Relator