

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 404.848 - SC (2017/0148712-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : TÁCITO EDUARDO OLIVEIRA GRUBBA
ADVOGADO : TACITO EDUARDO OLIVEIRA GRUBBA - SP049529
SOC. de ADV. : TACITO EDUARDO GRUBBA ADVOGADOS ASSOCIADOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE :
PACIENTE :

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APELAÇÃO JULGADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, em sessão realizada no dia 14/06/2017, por maioria de votos, no julgamento do EREsp 1.619.087 (acórdão pendente de publicação), firmou orientação no sentido da **impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos**, devendo-se aguardar, portanto, o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da LEP. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem concedida para suspender, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta aos pacientes.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de e, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 0034075-54.2013.8.24.0038, **oportunidade em que determinou-se o início da execução provisória da pena restritiva de direitos a que foram condenados** (fl. 81). O aresto recebeu a seguinte ementa (fl. 65/66):

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, II, DA LEI N. 8.137/90 C/C O ART. 71, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL (POR TREZE VEZES). PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATENDIDOS. PREFACIAL AFASTADA.

A higidez da denúncia e o seu recebimento estão adstritos apenas ao cumprimento dos requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal

Superior Tribunal de Justiça

e à existência de elementos seguros que demonstrem a ocorrência do crime e a presença dos indícios suficientes da autoria.

MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO. AFASTAMENTO. AÇÃO PENAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO POR DÍVIDA NÃO CARACTERIZADA. SANÇÃO RESULTANTE DA PRÁTICA DE COMPORTAMENTO LEGALMENTE DEFINIDO COMO CRIME. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO CONFIGURADO. AGENTES QUE, NA QUALIDADE DE ADMINISTRADORES (CONTRIBUINTES DE DIREITO), DEIXAM DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL. TRIBUTOS (ICMS) COBRADOS E EFETIVAMENTE PAGOS PELOS CONTRIBUINTES DE FATO. SUPOSTA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA ORIUNDA DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. 1 "A prisão de que trata o art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/90, longe de reduzir-se ao perfil jurídico e à noção conceitual de prisão meramente civil, qualifica-se como sanção de caráter penal resultante, quanto à sua impositividade, da prática de comportamento juridicamente definido como ato delituoso" (STF, Liminar em HC n. 77.631/SC, Min. José Celso de Mello Filho. j. em 3/8/1998).

2 "Não há que se 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 2.º, inciso II, do referido diploma legal" (STJ, RHC n. 44.465/SC, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. em 18/6/2015).

3 "O argumento de a sociedade empresária estar passando por dificuldades financeiras não culmina na exclusão da culpabilidade do administrador, assim como não influi na tipicidade e antijuridicidade da conduta daquele que se apodera do valor pertencente ao Estado, enquanto deveria repassá-lo. O ICMS incidente sobre operações próprias é imposto indireto, cujo pagamento é realizado pelo adquirente final da mercadoria - na qual está embutido o valor deste, de modo que o comerciante atua como mero intermediário para o repasse do tributo ao fisco" (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.054273-1, Des. Carlos Alberto Civinski. j. em 13/10/2015).

SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. NÃO CABIMENTO. Depois do advento da Lei n. 12.382/11, o ingresso em programa de parcelamento do débito tributário apenas conduz à suspensão da pretensão punitiva do Estado se a adesão ocorrer antes do recebimento da denúncia.

RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Nesta via, a impetração **volta-se contra a determinação de execução provisória da pena restritiva de direitos a que foram condenados os pacientes** (limitação de fim de semana).

Superior Tribunal de Justiça

Informam que a defesa interpôs, tempestivamente, recurso especial contra o acórdão da apelação, ainda pendente de admissibilidade na origem.

Requerem, pois, seja obstada a ordem de cumprimento antecipado da condenação até o trânsito em julgado.

A liminar foi **deferida** "para suspender a ordem de execução provisória das penas dos pacientes, garantindo que eles possam aguardar em liberdade a decisão de mérito deste *habeas corpus* ou o trânsito em julgado da condenação, o que ocorrer primeiro, se por outro motivo não estiverem presos" (fl. 99).

Prestadas informações (fls. 113/159), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 165/167).

É o relatório.

Decido.

Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, se o processo ainda não alcançou termo, penso que não se afigura plausível a privação da liberdade sem que se demonstre, por decisão devidamente fundamentada, a imprescindibilidade da medida extrema, que deve ser sempre a *ultima ratio*.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró preleciona:

No caso da prisão preventiva, o *periculum in mora* costuma ser identificado com o *periculum libertatis*. Todavia, as situações concretas que caracterizam as hipótese de *periculum* - garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal - devem estar demonstradas, estremes de dúvidas, para que o juiz decrete a prisão. (...) Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória.

(Processo Penal, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 989/991.)

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo

Superior Tribunal de Justiça

grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

Antes mesmo da confirmação desse entendimento por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade referidas, a nova compreensão do Pretório Excelso - que ainda suscita divergências entre seus próprios ministros - foi adotada por esta Corte Superior de Justiça nos EDcl no REsp 1.484.415 (Sexta Turma) e na QO na Apn 675 (Corte Especial), oportunidades em que fiquei vencida, com base nos argumentos acima expedidos, que sempre manifestei.

Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

A hipótese dos autos, porém, é de condenação a penas restritivas de direitos, sobre as quais a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 14/06/2017, no julgamento do EREsp 1.619.087, firmou orientação no sentido da **impossibilidade de execução provisória**, devendo-se aguardar, portanto, o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da LEP. O aresto recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados.

(EResp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017)

Na oportunidade, fiquei vencida (o relator para o acórdão foi o Ministro Jorge Mussi), pois, muito embora o Supremo Tribunal Federal, em outra época, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as penas restritivas de direitos só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva.

Ressalvo, portanto, meu entendimento e acompanho a posição firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, confirmando a liminar outrora deferida, para suspender, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta aos pacientes.

Superior Tribunal de Justiça

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Sem recurso, ao arquivo.

Brasília, 18 de setembro de 2017.

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

