

## HABEAS CORPUS 161.140 PARANÁ

**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**PACTE.(S)** : ANTONIO CARLOS CASTELLON VILAR  
**IMPTE.(S)** : FABIO RICARDO TRAD E OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Fabio Ricardo Trad e outros, em favor de Antonio Carlos Castellon Vilar, contra decisão proferida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 531.047, determinou o início da execução provisória da pena fixada ao réu.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal, à pena de 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão, sendo substituída por duas restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no TRF/4ª Região postulando, em suma, o reconhecimento da atipicidade material, bem como a ilegalidade da prova central produzida nos autos.

O recurso restou desprovido nos termos da ementa a seguir transcrita:

“PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO GENÉRICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90. DESCABIMENTO. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VETOR NEGATIVO. VALOR DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. AGRAVANTES E ATENUANTES. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. PENA DE MULTA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. ARBITRAMENTO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS. DESCABIMENTO.

1. O lançamento definitivo do crédito tributário é o marco inicial para a fluência do prazo prescricional, que se interrompe

com o recebimento da denúncia.

2. Comete crime contra a ordem tributária o agente que suprime o pagamento de tributos mediante omissão de informações às autoridades fazendárias.

3. O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, bastando, para a perfectibilização do delito, que o agente tenha a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir o pagamento de tributos.

4. O crime tipificado no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 é formal, ou seja, independe da obtenção do resultado (supressão ou redução de tributo, contribuição ou qualquer acessório). Difere nesse aspecto, portanto, do delito previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, que se qualifica como crime material por exigir a ocorrência do resultado, ou seja, a supressão ou redução de tributo, contribuição ou qualquer acessório. Perfectibilizado o resultado, descabida se revela a desclassificação.

5. Adequada a valoração negativa do vetor consequências do crime e, conseqüentemente, a exasperação da pena-base quando expressivo o valor do débito tributário resultante da infração penal.

6. Descabida a aplicação das atenuantes previstas no art. 65, III, b e d, do Código Penal, tendo em vista que o agente não procurou, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, nem reparou o dano antes do julgamento, tampouco confessou o delito. Não se verifica a existência de circunstância relevante que justifique a atenuação da pena (art. 66 do Código Penal).

7. Descabida a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, d, do Código Penal, na medida em que o delito praticado não guarda qualquer relação com a atividade profissional desenvolvida pelo acusado.

8. A circunstância de cada fato delituoso distar do outro em aproximadamente doze meses não impede o reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que, tratando-se de supressão do pagamento de tributo cujo ajuste ocorre anualmente, impossível que o período entre as condutas

## HC 161140 / PR

seja inferior a um ano.

9. Na pena de multa, o número de dias-multa deve guardar proporcionalidade com o quantum da pena privativa de liberdade estabelecida. Já o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado.

10. Apelação criminal parcialmente provida". (eDOC 9)

Sobreveio recurso especial e extraordinário, os quais restaram obstados na origem.

Impugnou-se a decisão por meio de agravo, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião, o Ministro Rogério Schietti, relator do AResp n. 531.047, não conheceu do recurso e determinou o início da execução provisória da pena fixada em desfavor do acusado. (eDOC 2)

Em 18.4.2018, determinei a devolução dos autos do ARE 1.054.653/PR, ao Tribunal de origem, com base no art. 1.036 do Código de Processo Civil.

No presente *habeas corpus* os impetrantes requerem, em suma, a suspensão da execução provisória da pena até o trânsito em julgado da ação penal, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Registro que o presente HC foi a mim distribuído por prevenção ao HC 123.144/PR (certidão, eDOC 9).

É o relatório.

**Decido.**

Na espécie, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária, sendo a condenação confirmada posteriormente no julgamento da apelação.

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial, enquanto que o agravo em recurso extraordinário restou sobrestado no que tange a análise do pedido de anulação da prova referente a indevida

## HC 161140 / PR

quebra de sigilo bancário do paciente, estando o aludido recurso atualmente suspenso e baixado junto ao TRF 4ª Região.

Deste modo, muito embora a defesa tenha esgotado todas as instâncias ordinárias, a ação penal ainda não transitou em julgado.

É cediço que, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

No entanto, o mesmo entendimento não se aplica, automaticamente, às penas alternativas. Isso porque, **o referido julgado não apreciou questão referente à possibilidade, ou não, do início da execução provisória nas penas restritivas de direito, após confirmação em segunda instância.**

Cumprido registrar que o artigo 147 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) dispõe sobre o início da execução provisória nos casos em que as penas fixadas sejam restritivas de direitos. Transcrevo o aludido dispositivo:

**“Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena**

**restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”**  
(grifei)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Seção consolidou, em embargos de divergência a **impossibilidade de execução provisória de PRD**. Conforme a ementa lá assentada:

“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.” (EDiv em REsp 1.619.087, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. P/ acórdão Jorge Mussi, j. 14.6.2017)

No Supremo Tribunal Federal, inclusive, **tal posição foi adotada por esta Segunda Turma, no sentido da impossibilidade de execução provisória de PRD**:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM

## HC 161140 / PR

JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS NÃO FOI OBJETO DE ANÁLISE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCs 43 e 44. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. II O entendimento até então esposado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da execução antecipada da pena deu-se pela análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal. III Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 1.175.109-AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 26.4.2019).

No mesmo sentido, recentemente: REs 1.193.670/SC e 1.181.370/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 3.5.2019; e RE 1.200.860/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 2.5.2019.

Diante do exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.**

Publique-se. Int..

Brasília, 5 de junho de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*