

HABEAS CORPUS Nº 492.594 - SP (2019/0037884-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA E OUTROS
ADVOGADOS : PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA - SP082769
CECÍLIA DE SOUZA SANTOS - SP151359
LETICIA BERTOLLI MIGUEL - SP322183
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RITA DE CASSIA APARECIDA MORCELLI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RITA DE CASSIA APARECIDA MORCELLI contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal n. 0008523-48.2009.4.03.6181).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, pela prática do crime descrito no art. 317 do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, e multa, em regime inicial aberto (e-STJ fls. 20/23).

A defesa e o Ministério Público Federal interpuseram recurso de apelação perante o TRF da 3ª Região. Ao recurso defensivo foi dado parcial provimento para reduzir a pena base, e, de ofício, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos; ao recurso da acusação foi dado parcial provimento para majorar o valor unitário do dia-multa (e-STJ fls. 66/67):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317, §1º, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL AFASTADA. OITIVA DE TESTEMUNHA DE DEFESA. PRECATÓRIA. INVERSÃO. ART. 222, § 1º, DO CPP. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA. FLAGRANTE ESPERADO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Uma das testemunhas de defesa foi ouvida por meio de carta precatória antes da oitiva das testemunhas de acusação, o que não implica ofensa ao princípio do devido processo legal ou inversão da marcha processual que tenha acarretado prejuízo à

defesa da acusada, tendo em vista o disposto no art. 222, §1º, do CPP. Durante a audiência de instrução, foi observada a ordem prevista no art. 400 do CPP. Preliminar de nulidade processual rejeitada.

2. A hipótese examinada revela a hipótese de flagrante esperado, que é legítimo, e não se contunde com o flagrante preparado. A solicitação da vantagem indevida foi inequivocamente espontânea e a atuação dos Agentes de Polícia Federal foi posterior à consumação do crime. O flagrante se deu logo depois que o empresário efetivou o pagamento da vantagem, que já havia sido solicitada pela acusada em momento anterior, o que afasta a incidência da Súmula nº 145 do STF.

3. Para o reconhecimento do crime impossível, seria necessário que o meio utilizado pelo agente fosse inteiramente ineficaz à obtenção do resultado. Sendo o crime de natureza formal, é suficiente a mera solicitação de vantagem, ainda que esta não seja entregue ou que não seja praticado o ato funcional prometido ao corruptor. Logo, ocorreu a consumação do crime quando foi solicitada pela acusada a vantagem indevida pretendida (pagamento em dinheiro).

4. Autoria e materialidade comprovadas. O conjunto probatório produzido é firme e coeso, não havendo como negar que a acusada solicitou o pagamento de determinado valor para deixar de autuar e impor multa ao restaurante fiscalizado por ela, como auditora fiscal do Ministério do Trabalho.

5. Dosimetria da pena. Pena-base reduzida. A motivação do delito (obtenção de lucro fácil) é circunstância inerente à prática criminosa e, além disso, o dolo da acusada, a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do crime são normais para o tipo em exame. Apenas as consequências do delito devem ser consideradas graves, uma vez que a acusada, que tinha o dever de proteger os interesses dos trabalhadores como fiscal do Ministério do Trabalho, preteriu-os em detrimento de empresa, causando-lhes prejuízo.

6. Mantida a aplicação da causa de aumento prevista no art. 317, §1º, do Código Penal, na fração de 1/3 (um terço), uma vez que ficou comprovado que a acusada infringiu seu dever funcional, na medida em que a atuação da empresa por irregularidades no recolhimento do FGTS dos empregados somente ocorreu depois da sua prisão em flagrante.

7. Valor unitário do dia-multa majorado, conforme requer o MPF, para 1/2 (meio) salário mínimo, considerando que a situação econômica da ré permite o seu pagamento (CP, art. 60).

8. *Mantido o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, substituída, de ofício, por duas penas restritivas de direitos, consistentes em (i) prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corporal, em instituição a ser designada pelo juízo da execução, e (ii) prestação pecuniária, destinada à União, no valor de 10 (dez) salários mínimos.*

9. *Apelações da defesa e da acusação parcialmente providas.*

Ocorre que o acórdão ora impugando determinou a execução antecipada da pena restritiva de direitos imposta à paciente, expedindo guia de execução para o juízo de origem, a fim de promover a referida execução.

Na presente impetração, a defesa sustenta que, além de violar os arts. 147 e 164 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), o Tribunal *a quo* contraria jurisprudência pacífica desta Corte superior, no sentido de que essa espécie de sanção somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que ainda não ocorreu.

Por fim, pugna, liminarmente, pela suspensão da ordem de execução provisória da pena restritiva de direitos até o julgamento definitivo deste *writ*; no mérito, seja concedida a ordem para que a pena restritiva de direitos e a pena de multa sejam executadas após o trânsito em julgado da condenação.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso dos autos, ao menos em juízo de cognição sumária, quanto à ordem de execução imediata das penas restritivas de direito em segundo grau de jurisdição, verifico manifesta ilegalidade apta a justificar o deferimento da medida de urgência, tendo em vista que, nos termos de diversos

precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, seguindo o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, de minha relatoria, perfeitamente aplicável ao caso dos autos:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EXECUÇÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 147 DA LEP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85289, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393.

4. *Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.*

5. *Habeas Corpus concedido para assegurar ao paciente que aguarde o trânsito em julgado da sentença condenatória para ter início à execução da pena (HC 386.872/RS, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 17/3/2017).*

A questão foi posteriormente definida de forma definitiva pela Terceira Seção desta Corte, nos termos do seguinte precedente:

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 14/6/2017, DJe de 24/8/2017).*

Configurados, assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, justifica-se a concessão da medida urgente.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar à paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da ação penal para que se inicie a execução da pena restritiva de direitos.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo

de primeiro grau, solicitando-lhes informações, em especial sobre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

