RCD no HABEAS CORPUS Nº 502.431 - RS (2019/0094961-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
REQUERENTE	:	ANDREIA BORGES GASPARONI
ADVOGADO	:	ALEXANDRE AYUB DARGÉL - RS048757
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

DECISÃO

Tendo em vista que a instrução processual foi regularizada com a juntada do acórdão impugnado (ato apontado coator), reconsidero a decisão prolatada à e-STJ fls. 344/346, que indeferiu a liminar postulada no presente *mandamus.*

Alega o impetrante flagrante ilegalidade praticada pelo Tribunal *a quo*, uma vez que determinou a execução antecipada das penas restritivas de direitos, em inobservância ao disposto no art. 147 da LEP e violando entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores.

Aduz que o trânsito em julgado da condenação ainda não ocorreu, portanto, configurado, de plano, constrangimento ilegal em face da paciente.

Requer, liminarmente, seja suspensa a execução provisória, uma vez que há entrevista com a assistente social marcada para o próximo dia 9/4/2019 e audiência admonitória para o dia 15/8/2019. No mérito, seja cancelada a execução provisória, a fim de que se aguarde o trânsito em julgado.

É o relatório. **Decido.**

Merece acolhimento o pedido de reconsideração.

Foi a liminar indeferida da seguinte maneira (e-STJ fls. 344/346):

> *" Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDREIA BORGES GASPARONI contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.*
>
> *Depreende-se dos autos que a paciente foi denunciada pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 1º, incisos I e II, c/c o*

art. 12, inciso I, ambos da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal (e-STJ fls. 50/54).

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que julgou improcedente a denúncia, absolvendo a denunciada das imputações feitas pelo parquet federal, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP (e-STJ fls. 288/391).

Inconformado, o representante do Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação criminal perante a Corte Regional, requerendo a condenação da ora paciente, diante da demonstração da materialidade e autoria delitiva nos autos.

Ao apelo ministerial foi dado provimento pela 7ª Turma do TRF-4, condenando ANDREIA, conforme os termos da denúncia, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, determinando o início imediato do cumprimento da pena imposta.

Daí o presente habeas corpus, no qual o impetrante alega flagrante ilegalidade praticada pelo Tribunal a quo, uma vez que determinou a execução antecipada das penas restritivas de direitos, em inobservância ao disposto no art. 147 da LEP e violando entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores.

Aduz que o trânsito em julgado da condenação ainda não ocorreu, portanto, configurado, de plano, constrangimento ilegal em face da paciente.

Requer, liminarmente, seja suspensa a execução provisória, uma vez que há entrevista com a assistente social marcada para o próximo dia 9/4/2019 e audiência admonitória para o dia 15/8/2019. No mérito, seja cancelada a execução provisória, a fim de que se aguarde o trânsito em julgado.

É o relatório. Decido.

A liminar em recurso ordinário em habeas corpus, bem como em habeas corpus, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Isso porque, não obstante o esforço argumentativo da combativa defesa, assevero que, nessa análise perfunctória, não posso examinar a matéria em razão da não juntada aos autos do acórdão ora impugnado.

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa,

mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, após a vinda das informações pela autoridade apontada como coatora.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal impetrado acerca do alegado na presente impetração, em especial cópia do acórdão que determinou a execução antecipada das penas restritivas de direitos e se houve o transito em julgado da condenação, devendo ser remetida a senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, se for o caso, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se."

No presente pedido de reconsideração, "o impetrante vem esclarecer que, analisando detidamente a íntegra do processo originário que instrui o presente *writ*, constatou que, de fato, o arquivo referente ao processo do segundo grau, no qual conta o acórdão impugnado, não foi juntado" (e-STJ fl. 350), tendo anexado aos autos o presente acórdão, o qual apresenta a seguinte ementa (e-STJ fl. 352):

PROCESSO PENAL CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS. DOLO GENÉRICO. DOSIMF.TRIA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS. POSSIBILIDADE.

I. Evidenciado que a ré prestou informações falsas ao Fisco, suprimindo tributos, impõe-se a condenação pela prática do art. 1º, da Lei n. 8. 137/90. 2. vislumbra-se a presença do animus de fraudar o Fisco, consubstanciado no dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo por intermédio das condutas referidas no dispositivo legal. 3. A entrega de declaração retificadora não afasta o cometimento do delito, tampouco a intenção dolosa do agente, tanto mais quando já havia sido descoberta a fraude fiscal. 4. Considera-se razoável, para efeito de incidência da causa de aumento do art. 12, inc. I, da Lei n. 8.137/90, o patamar de 1/3 (um terço) para valores entre RS 1.000.000.00 e RS 10.000.000.00, e 1/2 (metade) para quantias superiores. 5. Na espécie, em que o valor consolidado supera dois milhões de reais, justifica-se a exasperação em 1/3. 6. Com o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, deve a Secretaria realizar a imediata

> *comunicação ao Juízo de origem para a formação do processo de execução provisória das penas.*

Isso posto, passo ao exame do pedido liminar.

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, **visualizo manifesta ilegalidade** no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Em que pese o novo entendimento da Suprema Corte autorizando a execução provisória da pena privativa de liberdade, não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP. Portanto, não se pode afastar, *data venia*, sua incidência, sob pena de violação literal da disposição expressa de lei. Incidem, assim, a cláusula de reserva de Plenário – CF/88, art. 97 e o verbete da Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

O e. Ministro Felix Fischer, Presidente da Quinta Turma, ao analisar questão semelhante no REsp n. 1.597.120/RS, ponderou: *(...) tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal ter se dado em sede habeas corpus, ação de cognição sumária, entendo que seria precipitada uma interpretação ampliativa para abarcar a possibilidade de execução provisória de penas restritivas de direito.*

Mais recentemente, decidiu a 5ª Turma deste Tribunal:

> *PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.* ***REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS****.*

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. 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.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da 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. **Em suma, 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 e do STJ.***

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1618434/MG, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

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 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. Agravo regimental não provido. (ARESp 971.249, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017).

Em decisões uniformizadoras, decidiu a Terceira Seção:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1.DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PELO STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO.MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NÃO POSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 3. CONTROLE DE

CONSTITUCIONALIDADE. CF/88, ART. 97. VIGÊNCIA DA LEI 7.210/1984 (ART. 147). 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA.

1. O fato de haver decisões monocráticas ou de órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal considerando que o entendimento firmado no Agravo em Recurso Especial n. 964.246/SP, submetido ao rito da repercussão geral, abrange também a execução provisória de penas restritivas de direitos, não enseja, data venia, a retratação do julgado. A diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário. 2.

De outra parte, há pronunciamento expresso da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/11/2017) no sentido da vigência do art. 147 da LEP, não vislumbrando o Órgão máximo deste Tribunal razão para afastar o dispositivo em tela por inconstitucionalidade ou "interpretação conforme". Este dado é muito importante no caso concreto, em que se pretende que a Terceira Seção reveja sua posição consolidada (EREsp. 1.619.087/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017) e oferte interpretação "conforme" ou "inconstitucionalidade por arrastamento", contrariando, todavia, a diretriz da Corte Especial supramencionada. Dessa forma, enquanto não houver declaração expressa de inconstitucionalidade do referido comando normativo, quer pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quer pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 97), não é possível deixar de aplicá-lo, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do Pretório Excelso. Doutrina e jurisprudência.

3. Em suma: a) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC n. 126.292/SP, no ARE n.964.246/SP e nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito; b) somente em sede de tutela cautelar nas aludidas ADCs é que foi examinado o art. 283 do CPP e não houve, na ocasião, qualquer arrastamento quanto ao art. 147 da Lei 7.210/1984; c) ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena (até 05/02/2009, com o julgamento do HC 84.078/MG), como agora, a Suprema Corte não a autorizava para as penas restritivas de direito. Precedentes do STF e do

STJ; d) incidência, portanto, na espécie, da Súmula Vinculante n. 10.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, para manter a concessão da ordem. Aplicação do disposto no art. 1.041 do NCPC, c/c art. 3º do CPP. Retorno dos autos à Vice-Presidência do STJ.

(AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na PetExe nos EAREsp 828.271/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 13/11/2017).

Ante o exposto, reconsidero a decisão exarada às e-STJ fls. 344/346, e, em consequência, **defiro a liminar** para suspender a execução penal instaurada nos autos do processo n. 5002682-64.2019.4.04.7100, em desfavor de ANDREIA BORGES GASPARONI, até final julgamento deste *habeas corpus.*

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Suficientemente instruído o feito, dispenso informações de praxe.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator