

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 380.676 - PE (2016/0314556-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : JOAO VIEIRA NETO E OUTROS
ADVOGADO : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO(S) - PE021741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : P.F.F.B.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de P.F.F.B., apontando como autoridade coatora a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no julgamento da Apelação Criminal n. 0027728-58.2006.8.17.0001.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, como incurso no artigo 1º, incisos II e V, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal, ocasião em que a reprimenda privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustentam os impetrantes que a persecução criminal estaria lastreada em declarações de imposto de renda retido na fonte obtidas diretamente pela Prefeitura Municipal, sem autorização judicial.

Entendem que o sigilo fiscal e bancário da empresa do réu teria sido quebrado ilicitamente, razão pela qual a ação penal seria nula.

Afirmam que a aludida medida teria sido implementada antes mesmo da efetivação do crédito tributário, que sequer teria existido.

Alegam que a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa, o que afastaria a materialidade delitiva.

Requerem a concessão da ordem para que a ação penal seja trancada, ou para que o aludido recurso seja suspenso até o desfecho terminativo da ação declaratória do crédito tributário.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 690/692.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 702/703 e 715/720), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 883/887, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

Sobreveio petição na qual a defesa noticiou que a Corte Estadual, no julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão da apelação, determinou a execução imediata da sanção alternativa cominada, razão pela qual este Relator concedeu medida cautelar para suspender a determinação de imediata execução da pena restritiva de direitos imposta ao paciente até o julgamento definitivo do *mandamus* (e-STJ fls. 908/909).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Inferre-se que além do presente *habeas corpus* foi interposto nesta Corte Superior de Justiça o AREsp 1.197.067/PE, também impugnando o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0027728-58.2006.8.17.0001, tendo a colenda Quinta Turma analisado a nulidade ora suscitada, em acórdão que restou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II E V, DA LEI N.º 8.137/90. NULIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO REALIZADA DIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 283 E 284 DO STF. CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA. 1. Não tendo a parte refutado todos os motivos determinantes constantes do acórdão impugnado, deflui-se como inviável a admissão do apelo nobre ante a incidência, por analogia, do óbice encartado no Enunciado n.º 283 da Súmula do Pretório Excelso.

2. A insurgência, ainda quanto a este ponto, revela-se deficiente em sua fundamentação, na medida em que a defesa técnica do recorrente, utilizando-se de argumentação já suscitada em recurso de apelação e aclarada no aresto hostilizado, não rechaçou, com dialeticidade recursal, os fundamentos assentados no aludido decisum, atraindo, destarte, a incidência cumulada do Enunciado n.º 284/STF.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no RE 601.314/SP, a constitucionalidade pela via difusa do art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, assentou ser lícita a utilização de dados sobre movimentações financeiras obtidos diretamente pelo Fisco, sem autorização judicial, e encaminhados ao parquet para fins de instrução e deflagração da persecução penal sobre fato que, pelos contornos da Lei n.º 8.137/90, constitui, em tese, crime contra a ordem tributária, sem que isto caracterize ofensa à garantia prevista no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal. DÉBITO

FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ART. 93 DO CPP. FACULDADE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO.

É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que a prática de ato que resulte em rarefeita suspensão da exigibilidade do crédito tributário apurado não obsta o regular trâmite da persecução criminal por crime da Lei n.º 8.137/90, pois medidas dessa natureza não impedem a constituição definitiva do débito tributário.

DOSIMETRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 654, § 2º, DO CPP. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

REGIME INICIAL. ABRANDAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O apontado vilipêndio ao art. 59 do Código Penal, associado à fixação do regime prisional intermediário, não merecem conhecimento, pois tais temas não foram objeto de apreciação e

Superior Tribunal de Justiça

deliberação perante a Corte ordinária, mostrando-se, pois, inviável a análise nesta via especial, ante o óbice dos Enunciados n.º 282 da Súmula do STF e n.º 211 da Súmula deste Tribunal Superior de Justiça, que impede o conhecimento por este Sodalício de matérias não prequestionadas.

2. *No entanto, verifica-se, quanto a este ponto, a ocorrência de manifesta ilegalidade autorizadora da concessão da ordem de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

3. *Quanto à culpabilidade, aos motivos e às circunstâncias do crime, observa-se o emprego de fundamentação genérica, insuficiente para demonstrar a gravidade diferenciada da conduta, desautorizando a elevação da pena-base com espeque nesses vetores.*

3. *A presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, aliada ao quantum de pena resultante das modificações promovidas por esta Corte no cálculo dosimétrico, autoriza a fixação de regime inicial aberto. Precedentes.*

4. *Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena e abrandar o regime inicial, nos termos do voto.a*

(AgRg no AREsp 1197067/PE, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 26/10/2018)

Assim, observa-se que neste *mandamus* tem-se a simples reiteração de pedido, não tendo a defesa trazido qualquer fato capaz de dar ensejo à nova análise por este Tribunal do pleito deduzido no mencionado reclamo, verificando-se, portanto, a inadmissibilidade do remédio constitucional em apreço.

Nesse vértice:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MERA REITERAÇÃO DO QUE JÁ DECIDIDO EM RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 - Versando o habeas corpus mera reiteração do que já devidamente decidido em recurso ordinário interposto pelo ora paciente, na mesma causa, é de rigor o indeferimento liminar da inicial do writ.

2 - Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 414.705/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. INDULTO. PENAS ACESSÓRIAS. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ ANALISADO POR ESTA CORTE NO RESP 1.364.954/SC. WRIT PREJUDICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

3. Ainda que sob fundamentação diversa, este writ traz pedido idêntico ao deduzido no Resp n. 1.364.954/SC, o que impede o seu conhecimento, uma vez que já houve manifestação desta Corte sobre o tema.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AgRg no HC 266.215/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)

Finalmente, embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, das ADCs 43 e 44 e do ARE 964.246/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no artigo 147 da Lei de Execução Penal, que preceitua:

Art. 147. 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.

Nesse sentido, colhe-se recente precedente da 3ª 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

Superior Tribunal de Justiça

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)

Na mesma esteira, merecem menção, ainda, os seguintes julgados:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONSIDERADOS PROTETÓRIOS. DECLARAÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO E DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese na qual o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos - prestação pecuniária e prestação de serviços comunitários, pelo prazo da condenação. Foram opostos dois embargos declaratórios pela defesa, sendo que o primeiro foi parcialmente provido e o segundo não conhecido. Desse modo, foi declarado o

Superior Tribunal de Justiça

trânsito em julgado da condenação e a expedição de guia de execução da pena.

2. **Embora a pena privativa de liberdade possa ser executada após o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias, nos termos do novel entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acompanhado por esta Corte, na hipótese das penas restritivas de direitos, este Tribunal Superior de Justiça manteve a orientação de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Precedentes (AgRg no HC 450.811/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018).**

3. Diante desse contexto, mostra-se prematura a decisão do Tribunal a quo de determinar o imediato trânsito em julgado da condenação e execução da pena diante do indeferimento dos segundos embargos declaratórios, até porque o primeiro recurso integrativo havia sido parcialmente acolhido.

4. Ordem concedida para, ratificando liminar, suspender a execução das penas restritivas de direito impostas ao paciente até a trânsito em julgado da condenação.

(HC 470.669/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (AGRG NO HC 435.092/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, o referido entendimento foi confirmado.

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. Precedentes.

3. **Hipótese em que se encontra em pleno vigor o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11/7/1984) e não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade. Por conseguinte, este órgão colegiado não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10.**

4. **Entendimento ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/2018, nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO**

Superior Tribunal de Justiça

SCHIETTI, rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, cujo acórdão pende de publicação.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 462.780/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018)

Na espécie, constata-se que após o julgamento do AREsp 1.197.067/PE por este Sodalício, a defesa interpôs recurso extraordinário, ainda não apreciado (e-STJ fls. 969/988 do AREsp 1.197.067/PE), o que impede a execução provisória das sanções alternativas cominadas ao réu.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator