

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.231.528 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S) : BENEDITO APARECIDO SINASTRE
RECTE.(S) : JAIRO AUGUSTO BOMFIM
ADV.(A/S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : OS MESMOS

Trata-se dos seguintes recursos: (i) agravo contra decisão por meio da qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto por Benedito Aparecido Sinastre e Jairo Augusto Bomfim (documento eletrônico 17) em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3; e (ii) recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal (documento eletrônico 17) contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Transcrevo, por oportuno, a ementa do acórdão proferido pelo TRF3:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ROL DE TESTEMUNHAS. MOMENTO PROCESSUAL PARA APRESENTAÇÃO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRECLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL APÓS APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. PAGAMENTO OU PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVANTE PENAL NO CASO DE CRIME DE DESCAMINHO. MATERIALIDADE DELITIVA. DEMONSTRAÇÃO PARCIAL. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MONTANTE DE TRIBUTOS SUPERIOR A DEZ MIL REAIS. CAUSA DE AUMENTO. TRANSPORTE AÉREO. NÃO SE APLICA AO CASO DOS AUTOS. VOO REGULAR SUJEITO À FISCALIZAÇÃO. AUTORIA DO DELITO PARCIALMENTE DEMONSTRADA. RÉUS

ABSOLVIDOS. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA DE CONDUTA TÍPICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. DOSIMETRIA. REVISÃO. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- A resposta à acusação é, em regra, o momento procedimental previsto para apresentação do rol de testemunhas pela defesa, nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão.

2- Contendo a resposta à acusação questões não aventadas na denúncia (preliminares, novos elementos), a oitiva do órgão acusatório não configura cerceamento de defesa, especialmente porque, no caso concreto, permitiu a correta valoração dos argumentos defensivos trazidos na referida peça processual.

3- Ausência de justa causa não configurada, pois, em se tratando de crime de descaminho - delito formal, que prescinde da ocorrência do resultado naturalístico - não é necessário o esgotamento da via administrativa, para que se dê início à ação penal.

4- O art. 34 da Lei nº 9.249/95 prescreve a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, nos crimes de resultado, quando o pagamento integral é feito até o recebimento da denúncia. O dispositivo não alcança o crime de descaminho, não havendo como promover interpretação analógica extensiva, porquanto os crimes materiais de sonegação fiscal não se equiparam ao crime formal do art. 334 do Código Penal.

5- Materialidade delitiva que, além de incontroversa, restou parcialmente demonstrada nos autos, em especial com base na prova documental que instruiu a denúncia.

6- O C. STJ consolidou o entendimento de que o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tipicidade material configurada, pois o montante de tributos iludidos supera o limite instituído no artigo 20 da Lei nº 10.522/02.

7- Não configurada a causa de aumento relativa ao transporte aéreo (§3º do art. 334 do Código Penal, na redação vigente ao tempo dos fatos), pois a entrada das mercadorias em

território nacional, sem o pagamento dos impostos devidos, ocorreu por meio de voo regular, sujeito à fiscalização alfandegária.

8- Autoria delitiva demonstrada apenas com relação à parcela dos acusados.

9- Dois réus absolvidos por ausência de imputação de conduta típica na denúncia. Não sendo reconhecida a responsabilidade penal objetiva pelo nosso sistema pátrio, descabe incriminar os acusados pelo simples fato de serem 'sócios e administradores' de uma pessoa jurídica (ainda que em benefício dessa sociedade empresária tenha sido cometido o delito ora apurado) e, portanto, os 'únicos que lucrariam' com a prática criminosa. Por força do princípio da adstrição ou da correlação, é defeso ao magistrado condenar o acusado por conduta distinta daquela descrita na denúncia. Assim, não poderia o magistrado suprir a ausência de descrição de fato típico na denúncia, condenando os acusados por fatos que não lhes foram expressamente imputados.

10- Prova da autoria delitiva em relação aos demais acusados.

11- Dosimetria: afastada a causa de aumento do art. 334, §3º, do Código Penal.

12- Apelo defensivo parcialmente provido" (págs. 99-100 do documento eletrônico 14).

O acórdão do STJ, por sua vez, possui a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior reafirmou, recentemente, o entendimento de ser impossível a execução provisória da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Com efeito, o fato de haver decisões monocráticas ou de órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal – STF 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 das decisões da Terceira Seção sobre o tema. A diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais – LEP, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário. E a posição da Corte Especial desta instância superior manteve a constitucionalidade do referido dispositivo legal. (HC 500.638/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 20/5/2019).

3. Agravo regimental desprovido” (pág. 147 do documento eletrônico 17).

É o relatório necessário. Decido.

Inicialmente examino o agravo interposto por Benedito Aparecido Sinastre e Jairo Augusto Bomfim contra a inadmissão do recurso extraordinário pelo TRF3 (págs. 38-48 do documento eletrônico 17).

No RE, fundado no art. 102, III, **a**, da Constituição Federal, os recorrentes alegaram, em suma, violação do art. 5º, XXXIX, LV e LVII, da mesma Carta.

Os agravantes sustentam que,

“[...] a afronta ao princípio da legalidade é nítida, pois se uma conduta não é considerada crime e mesmo assim os recorrentes foram condenados em razão dela, há extrema gravidade a ser sanada por este e. STF, uma vez que ‘não há

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'. Ou seja: por ser o fato atípico, tendo em vista a presença do princípio da insignificância, o v. acórdão não merece prosperar.

Isso porque, conforme dito alhures, os recorrentes foram condenados pela suposta prática do delito descrito no artigo 334, *caput*, do Código Penal, pois teriam sonegado impostos no valor, ínfimo, de R\$ 13.587,67, tendo R\$ 5.815,76 de tributos federais, e R\$ 7.771,91 relativos ao ICMS (fls. 54).

[...] no v. acórdão restou consignado que (fls. 722-v/723-v):

'A pretensão não comporta acolhida.

(...)

O C. Superior Tribunal de Justiça tem considerado, para avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei n.º 10.522/02 (...)

(...)

Dentro desse contexto, o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na hipótese, correspondendo a R\$ 13.587,67 (fls. 54/57) o valor dos tributos iludidos, não é aplicável o princípio da insignificância, por se tratar de montante superior ao estabelecido no art. 20 da Lei n.º 10.522/02.'

Como se vê, Excelências, em suma, no v aresto, o fundamento utilizado para afastar a aplicação do princípio da insignificância foi que: não se trata de fatos penalmente irrelevantes, pois o e Superior Tribunal de Justiça adotada o patamar de R\$ 10.000,00 para aplicar o referido princípio.

Ocorre que é inequivocamente claro que o fundamento utilizado de que os fatos não são penalmente irrelevantes não condiz com a realidade fática do presente caso. Diz-se isso porque, está expresso no art. 2º, da portaria n.º 75 do Ministério da Fazenda, o seguinte:

'O PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

REQUERERÁ O ARQUIVAMENTO, SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO, DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE DÉBITOS COM A FAZENDA NACIONAL, CUJO VALOR CONSOLIDADO SEJA IGUAL OU INFERIOR A R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito’

[...]” (págs. 36-38 do documento eletrônico 15).

Argumentam, ainda, que

“[...] a negativa de vigência ao art. 5º, LV, da Carta Magna também é latente, pois ao não permitir que os recorrentes arrolassem testemunhas de defesa no início da Ação Penal, os princípios do contraditório e da ampla defesa foram veementemente rechaçados.

Isso porque, logo após a apresentação da competente resposta à acusação e posterior vista ao órgão ministerial, o Juízo de piso, ao findar a apreciação das matérias defensivas lá ventiladas, designou audiência para a oitiva de testemunhas de acusação e interrogatório dos acusados, uma vez não terem sido arroladas testemunhas de defesa.

[...]

Por último, cumpre demonstrar que o acórdão vergastado afronta, ainda, de forma direta, um dos princípios basilares da Carta Magna: a presunção de inocência.

[...]

Excelências, não se discute o entendimento fixado por este e Supremo Tribunal Federal sobre a questão com o julgamento do HC n. 126.292/SP, segundo o qual, em apartada síntese, o julgamento do recurso interposto à Instância Revisora, torna, como regra, os fatos e a culpabilidade, inalterados, e o imediato início da execução da pena imposto não implicaria violação à presunção de inocência.

No entanto, il. Ministros, este Órgão de Cúpula foi claro ao reconhecer a incidência deste entendimento às penas

restritivas de liberdade, e não em restritivas de direito, que sequer foram mencionadas nos votos daquele famigerado julgamento.

[...]” (págs. 40-41 e 46-47 do documento eletrônico 15).

Verifico que o pleito de suspensão do início da execução antecipada da pena restritiva de direitos encontra-se prejudicado, tendo em vista o provimento parcial do AREsp 1.259.739/SP, relatado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik do Superior Tribunal de Justiça - STJ (págs. 93-94 do documento eletrônico 17), nos seguintes termos:

“[...] em recente decisão, a Terceira Seção desta Corte Superior reafirmou o entendimento de ser impossível a execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Eis a emenda do aludido julgado:

‘AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. APLICABILIDADE DE FATOS PRATICADOS ANTERIORMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade do entendimento consolidado na Súmula Vinculante 24/STF aos fatos praticados anteriormente à sua edição, por se tratar de mera consolidação de interpretação da lei.

2. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação em relação à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento no AgRg no HC 435.092/SP. 4. Agravos regimentais improvidos. (AgRg nos EREsp 1699768/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 20/03/2019 - Grifo Nosso).’

Portanto, é necessária a suspensão da execução da pena restritiva de direitos, determinada pelo Tribunal *a quo*.

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para suspender a execução da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.

[...]” (pág. 99 do documento eletrônico 17).

No mais, a pretensão recursal não merece acolhida.

Isso porque, no que diz respeito à alegada nulidade em razão do indeferimento da oitiva de testemunhas, observo que o entendimento deste Supremo Tribunal é no sentido de ser inadmissível a interposição de recurso extraordinário para discutir matéria relacionada à ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas que tenha sido requerido no âmbito do processo judicial, por configurar situação de ofensa reflexa ao texto constitucional. Esse entendimento foi consolidado no julgamento do ARE 639.228-RG/RJ (Tema 424), da relatoria do Ministro Presidente, cuja ementa segue transcrita:

“RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de

produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional”.

Registro que o referido *leading case* vem sendo aplicado também a recursos de natureza criminal, conforme os seguintes precedentes: ARE 830.699-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 688.986-AgR/RS e ARE 965.920-AgR/MG, Rel. Min. Teori Zavascki; ARE 956.046-AgR/SP e ARE 978.746-AgR/PR, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE 760.115-AgR/DF e ARE 940.701-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Entretanto, embora seja o caso de negar seguimento ao recurso extraordinário, constato tratar-se de hipótese de flagrante constrangimento ilegal a autorizar a concessão do *habeas corpus*, de ofício, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e do art. 654, § 2º, do CPP.

Destaco do acórdão combatido, as razões para o afastamento da aplicação do princípio da insignificância:

“[...] O princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto (*de minimis non curar praetor*).

Nessa esteira, não se concebe que seja o sistema penal acionado quando outros ramos do direito, que lidam com as repercussões de menor estatura desta mesma conduta, consideram-na de menor importância, a ponto de a elas emprestar repercussão nenhuma.

Quando os demais ramos do Direito deixam de realizar sua atuação concreta, em razão da ideia de violação ínfima do bem jurídico tutelado, sem qualquer sanção correspondente, também a sanção penal poderá deixar de ser aplicada, até

mesmo em nome do princípio da eficiência, tratado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Verifica-se tal situação, tratada pelo legislador ordinário, quando se estipulam valores específicos para o ajuizamento de ação fiscal, em razão das enormes despesas com recursos materiais e humanos, a movimentar toda a máquina judiciária.

O C. Superior Tribunal de Justiça tem considerado, para avaliação da insignificância, o patamar de R\$10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei n.º 10.522/02:

[...]

Dentro desse contexto, o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na hipótese, correspondendo a R\$ 13.587,67 (fls. 54/57) o valor dos tributos iludidos, não é aplicável o princípio da insignificância, por se tratar de montante superior ao estabelecido no artigo 20 da Lei n.º 10.522/02

[...]” (págs. 88-89 do documento eletrônico 14).

No caso, nota-se que o montante de tributo devido à União totalizou R\$ 13.587,67 (treze mil, quinhentos e oitenta e sete reais e sessenta e sete centavos), sendo este valor aquém ao arbitrado pela Fazenda Pública para iniciar a execução fiscal, que outrora era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e atualmente, encontra-se no limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A jurisprudência desta Corte entende que o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, *verbis*:

"*Habeas corpus*. Crime de descaminho (CP, art. 334). Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente.

Precedentes. Extinção do *writ*. Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida de ofício.

1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não vem admitindo a impetração de *habeas corpus* que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/4/14).

2. Extinção da impetração.

3. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.

4. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 19.903,77 (dezenove mil novecentos e três reais e setenta e sete centavos), é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que a paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta.

5. Ordem concedida de ofício" (HC 122.722/SP, Rel. Min. Dias Toffoli).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES.

ORDEM CONCEDIDA.

I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, que, por se tratar de normas mais benéficas ao réu, devem ser imediatamente aplicadas, consoante o disposto no art. 5º, XL, da Carta Magna.

II – Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que reconheceu a incidência do princípio da insignificância e absolveu sumariamente o ora paciente com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal" (HC 122.213/PR, de minha relatoria).

Passo, agora, ao exame do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal - MPF no Superior Tribunal de Justiça (págs. 168-189 do documento eletrônico 17).

No RE, fundado no art. 102, III, **a**, da Constituição, o MPF alegou violação do art. 5º, XLVI, **d** e **e**, LIV e LVII, da mesma Carta.

Sustenta, em síntese, que,

"[...]

Ao exigir o trânsito em julgado da condenação para o início da execução provisória da pena restritiva de direitos, o acórdão recorrido também incorreu em violação aos incisos XLVI, alíneas "d" e "e", e LIV do art. 5º da CF, por ofensa ao princípio da proporcionalidade das penas restritivas de direito como consectário lógico do devido processo legal.

[...]

50. O art. 5º, XLVI, da CF, além de consagrar no ordenamento constitucional o princípio da individualização da pena, indica as reprimendas às lesões a direitos tipificadas em tipos penais sobre as quais o legislador possui o dever de versar

em diploma infraconstitucional.

51. À luz de uma interpretação sistemática, alinhando-se a exegese deste dispositivo às diretrizes do devido processo legal, afirmado no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, máxime pelo princípio da proporcionalidade dele decorrente, é possível concluir que o diploma constitucional não apenas atribui o dever de incriminar a lesão a determinados bens jurídicos tutelados constitucionalmente, mas também positiva a obrigação de dar efetividade às penas nele previstas.

52. A percuciente incursão desse STF na matéria concerne à valoração e conformação das medidas eficazes à aplicação das penas no processo penal permitiu, inclusive sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, no espectro da vedação à proteção insuficiente, a conclusão do Plenário exarada no HC 126.292/SP no sentido de que inexistente óbice à execução da pena após o esgotamento das vias ordinárias.

53. Com efeito, neste *leading case*, asseverou o próprio voto condutor do julgado, do Senhor Ministro Teori Zavascki, que ‘a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória’.

54. Nesse sentido, ainda, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso pontuou precisamente que ‘a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência’ (negritos nossos).

55. O entendimento firmado no Plenário do STF, o qual,

como demonstrado, se incumbiu inclusive à análise da matéria sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, consectário do devido processo legal, se erigiu no sentido de que a proibição à proteção insuficiente é postulado que se sobreleva no conflito de princípios que emerge na questão atinente à possibilidade de execução da pena, sem distinção de sua espécie, ou seja, não se limitando à pena privativa de liberdade, mas se estendendo também à pena restritiva de direitos.

56. A interpretação do inciso XLVI do art. 5º da CF sob o espectro da proporcionalidade torna imperioso que, se a execução provisória a partir do esgotamento da jurisdição ordinária é medida tomada para garantir a eficácia da pena, é inviável limitar tal medida à pena privativa de liberdade, porquanto, consoante as alíneas 'd' e 'e' daquele dispositivo, a pena restritiva de direitos também ostenta a natureza de pena.

[...]" (págs. 195-196 do documento eletrônico 6).

Ao final, requer,

"[...] o conhecimento e provimento do presente recurso extraordinário, a fim de que seja reconhecida a violação ao artigo 5º, incisos XLVI, alíneas 'd' e 'e', LIV e LVII, da Carta Magna, reformando o acórdão recorrido, o qual asseverou haver empeco para a execução provisória da pena restritiva de direitos, para restabelecer a ordem de imediato cumprimento da reprimenda proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

[...]" (págs. 183 e 187-188 do documento eletrônico 17).

A pretensão recursal não merece acolhida.

O Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação da norma infraconstitucional aplicável ao caso (art. 147 da Lei de Execução Penal – LEP), rejeitou o pedido de execução provisória das penas restritivas de direito impostas ao ora recorrido.

RE 1231528 / SP

Desse modo, para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame da norma infraconstitucional pertinente (LEP), sendo certo que eventual ofensa à Constituição Federal, se ocorrente, seria indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário.

Isso posto, julgo prejudicado o recurso extraordinário de Benedito Aparecido Sinastre e Jairo Augusto Bomfim no tocante à execução antecipada da pena restritiva de direitos (art. 21, IX, do RISTF) e, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF/1988 e art. 654 do CPP, concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para determinar o trancamento da ação penal, aplicando, na espécie, o princípio da insignificância ao crime de descaminho, e nego seguimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal (art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 16 de abril de 2020.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator