

HABEAS CORPUS Nº 493.770 - SC (2019/0045437-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DIONES LICHEL DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIONES LICHEL DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Brusque/SC condenou o paciente, por infração ao art. 306, § 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 6 meses de detenção, e multa, e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária (e-STJ fls. 95/101).

Autuado em flagrante delito, o paciente foi liberado no mesmo dia da infração, após o recolhimento da fiança no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), arbitrada pela autoridade policial (e-STJ fl. 45).

Irresignado, o paciente, assistido pela Defensoria Pública estadual, interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento apenas para reduzir o *quantum* da pena substitutiva para o valor de 1,5 salários mínimos, com base no valor à época dos fatos, e determinou a execução antecipada da pena restritiva de direitos, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 159):

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

INVIABILIDADE. APELANTE AGRACIADO COM O MESMO BENEFÍCIO HÁ MENOS DE CINCO ANOS.

PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO JUDICIAL DO RECORRENTE CORROBORADA PELO AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA E PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS.

ALTERAÇÃO DA REPRIMENDA SUBSTITUTIVA POR OUTRA MAIS BENÉFICA. NÃO ACOLHIMENTO. SITUAÇÃO QUE SE ENCONTRA DENTRO DA ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO, E INDEPENDE DA VONTADE DO RÉU.

READEQUAÇÃO DO "QUANTUM" DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VIABILIDADE. VALOR FIXADO QUE SE MOSTRA EXCESSIVO. REDUÇÃO PARA 1,5 SALÁRIOS MÍNIMOS.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 142.750/RJ). POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA SUBSTITUTIVA QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA REDUZIR O VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

Opostos embargos de declaração pela defesa, a 2ª Câmara Criminal acolheu os presentes embargos para readequar o valor da pena substitutiva, no *quantum* de R\$ 1.182,00, sendo que, após descontado o valor da fiança, o paciente deverá efetuar o pagamento da quantia remanescente de R\$ 382,00 (e-STJ fl. 175).

No presente *writ*, a DPE-SC sustenta flagrante constrangimento ilegal contra o paciente em face das decisões do Tribunal *a quo*, o qual não reconheceu a nulidade da condenação em virtude da não observância ao direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo, embora preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/1995; não reconheceu a ilegalidade da sentença que não apresentou qualquer fundamentação para substituir a pena uma restritiva de direitos, e não por

multa, opção esta que seria menos gravosa ao réu.

Por fim, pugna, liminarmente, pela suspensão dos efeitos da condenação ou, subsidiariamente, pela suspensão da ordem de execução imediata da pena restritiva de direitos, até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*. No mérito, pleiteia pela anulação do acórdão ora impugnado, determinando-se a intimação do Ministério Público para que formule a referida proposta na forma do art. 89 da Lei 9.099/1995, subsidiariamente, substituir a pena de detenção unicamente por multa.

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).

Mais recentemente, reafirmou 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).

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 ao 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), 18 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

