**HABEAS CORPUS Nº 485.741 - SP (2018/0342140-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA |
| ADVOGADOS | : | ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA - SP023183<br>FABIO CASTELLO BRANCO MARIZ DE OLIVEIRA - SP314266 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO |
| PACIENTE | : | GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI |

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.619.087/SC E RATIFICADO NO HC N.º 435.092/SP. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI contra acórdãos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferidos na Apelação Criminal e nos Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0016048-47.2011.4.03.6105/SP.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 (quinze) dias-multa pela prática dos crimes previstos no art. 273, §§ 1.º e 1.º-B, incisos I e VI, do Código Penal.

Isso porque, conforme a denúncia, "*distribuiu a consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, adquiridos de estabelecimento igualmente sem licença da autoridade sanitária competente*" (fl. 37).

A Corte de origem, ao negar provimento à Apelação defensiva, **autorizou a execução provisória da pena** imposta ao Paciente, além de aplicar, de ofício, a pena prevista no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em acórdão assim ementado (fl. 26):

"*APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 273, §1° E §1°-B, I E VI DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA*

*DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.*

*A conduta de distribuir produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro na ANVISA, de uso e comercialização proibidos no Brasil, de estabelecimento sem licença da autoridade competente, caracteriza o delito previsto no artigo 273, §1°-B, I e VI do Código Penal.*

*Os Laudos de Perícia Criminal Federal verificaram produtos destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sem permissão para sua comercialização e importação no território nacional.*

*Condenação pela prática do crime do artigo 273, 1°-B, I e VI do Código Penal. Aplicada como pena, de ofício, aquela prevista no art. 33 da Lei 11.343/06. Decisão proferida pela Corte Especial do STJ (HC n° 239.363-PR) em 26.02.2015, a qual acolheu a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § Iº -B, V, do Código Penal.*

*Autorizada a execução provisória da pena. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Apelação do réu a que se nega provimento. De ofício, aplicada a pena do art. 33 da Lei 11.343/06.*"

Posteriormente, aquele Sodalício acolheu, em parte, os embargos infringentes e de nulidade manejados pela Defesa para determinar a redução da pena "*nos moldes do estabelecido no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, no patamar de 1/5 (um quinto), resultando em reprimenda de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal,* ***substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direitos****, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de dez salários mínimos*" (fl. 49; sem grifos no original).

No presente *writ*, a Defesa se insurge contra a determinação do início de execução provisória das penas restritivas de direitos.

Objetiva, ainda, a suspensão da "*audiência admonitória que está designada para o dia 5 de fevereiro de 2019 perante o juízo de São João da Boa Vista (Doc. 02), até o julgamento do mérito do presente* writ" (fl. 5).

Narra que interpôs recursos especial e extraordinário para combater o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes e de nulidade e que tais recursos foram inadmitidos, estando em processamento os agravos de despacho denegatório (fl. 7).

Prossegue afirmando que, findo o julgamento dos aludidos embargos, o

Presidente da Corte *a quo* determinou ao Juízo de primeiro grau a execução imediata das penas restritivas de direitos imposta ao Paciente e que "[*o*] *juízo de São João da Boa Vista designou a audiência admonitória para o próximo dia 5 de fevereiro, a fim de se iniciar a execução provisória da pena. (Doc. 02)*" (fl. 8).

Sustenta a existência de constrangimento ilegal, argumentando que "***o artigo 147 da Lei de Execuções Penais*** *veda a execução provisória das penas restritivas de direitos, já que seu texto dispõe expressamente que o juiz responsável somente dará início à execução desta espécie de pena* ***após o trânsito em julgado da sentença que a aplicou***" (fl. 9; grifos no original).

Alega, ainda, afronta aos princípios da segurança jurídica e da presunção da inocência, por ter a autoridade coatora determinado o imediato início do cumprimento da pena imposta, "*sem qualquer fundamentação que pudesse demonstrar a necessidade de antecipação da execução provisória das penas restritivas de direito*" (fl. 11).

Assinala a Defesa que a sentença garantiu ao Paciente o direito de apelar em liberdade, não tendo havido contestação do Ministério Público sobre o tema, o que, no seu entender, evidenciaria a preclusão e, ainda, ocorrência de *reformatio in pejus* (fls. 11-12).

Assere a presença dos requisitos necessários ao deferimento da medida liminar, aduzindo que o *fumus boni juris* está estampado nas próprias razões da impetração e que o *periculum in mora* decorreria do próprio início da execução provisória, frisando que "*já há designação de audiência admonitória para o dia 5 de fevereiro de 2019*" (fl. 15).

Requer, ao final, a concessão da liminar para que seja "*cancelada a audiência admonitória designada, suspendendo a execução provisória, até o julgamento final do presente* Habeas Corpus" (fl. 16).

No mérito, postula a revogação da determinação do início "*da execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, condicionando o início do cumprimento de eventual reprimenda somente depois do trânsito em julgado da sentença condenatória*" (fl. 16).

É o relatório.

Decido.

Registre-se, inicialmente, que, ao negar provimento à apelação defensiva, o Tribunal de origem, embora alterando o *quantum* da reprimenda imposto na sentença, havia mantido a condenação do Paciente à **pena privativa de liberdade** de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto (fl. 48), **determinando a execução provisória da pena**, nos seguintes termos (fl. 48; grifos diversos do original):

> "***Da Execução Provisória da Pena***
>
> *Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.*
>
> *Desse modo,* ***curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP****, reconhecendo que '*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.*'*
>
> *Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.*
>
> *Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como* ***comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu****, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.*"

Ocorre que, posteriormente, no julgamento dos embargos infringentes e de nulidades manejados pela Defesa, a Corte *a quo* **substituiu a pena corporal por 2 (duas) restritivas de direitos** (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de dez salários mínimos) (fl. 49).

Consta dos autos, ainda, a seguinte determinação, exarada pelo Presidente da Corte *a quo*, na Carta de Sentença de fls. 60-62 (sem grifos no original):

> "*O Excelentíssimo Desembargador Federal NERY JÚNIOR, no exercício da Presidência da Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, FAZ SABER ao JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA/SP, que, contra GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, tramitou perante esta E. Corte a ação penal em epígrafe, sendo que, ao final do processamento das vias recursais ordinárias,* ***restou definida a necessidade do imediato início do***

> ***cumprimento da pena imposta à parte ré, já na fase processual em que se encontra o feito****. Razão pela qual passo à disposição de Vossa Excelência as cópias das peças extraídas do processo, reputadas indispensáveis à efetivação das determinações pela Vara de Execução Penal competente, consoante os dados a seguir indicados* [...]."

Entretanto, conforme salientei na decisão que deferiu o pedido liminar, a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro JORGE MUSSI, **fixou entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal**.

Outrossim, na sessão de julgamento do dia 24/10/2018, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental nos autos do HC n.º 435.092/SP, reafirmando o entendimento no sentido de que **não é possível a execução provisória de penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado**.

Com a ressalva do meu entendimento pessoal, essa é a conclusão majoritária do colegiado, que deve prevalecer.

A propósito, confira-se a ementa do precedente em tela:

> *"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; sem grifos no original.)

Cito, ainda, os seguintes julgados:

"*PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO.*

*1. Não sendo conhecido o agravo regimental, porque não impugnados especificamente os fundamentos da decisão agravada, mostram-se manifestamente incabíveis os embargos de divergência para rever regra técnica de admissibilidade do recurso especial, nos termos da Súmula 315/STJ.*

*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 quanto à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, 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, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP, ainda pendente de publicação.*

*4. Agravo regimental improvido e execução provisória indeferida*." (AgRg nos EAREsp 1.033.042/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018.)

"*AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PARECER MINISTERIAL. FUNÇÃO DE CUSTOS LEGIS. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. 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.*

*[...]*

*3. Na hipótese, tratando-se de* habeas corpus *impetrado contra acórdão manifestamente contrário à jurisprudência desta Corte, já que foi determinada execução provisória da pena restritiva de direitos em violação ao art. 147 da LEP, importa concluir que o julgamento liminar não implicou nulidade e não traduziu cerceamento do exercício das atribuições do Ministério Público Federal na qualidade de fiscal da lei.*

*4. 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.*

*5. 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.*

*6. 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.*

*7. Entendimento ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/2018,*

> *nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, rel. p/ acordão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, cujo acórdão pende de publicação.*
>
> *8. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018.)

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* a fim de ratificar a liminar anteriormente deferida e, por conseguinte, obstar a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora