HABEAS CORPUS Nº 467.364 - SP (2018/0226312-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO
ADVOGADO	:	JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO - SP146754
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	LUIZ CARLOS DE SIQUEIRA SALOMAO
OUTRO NOME	:	LUIS CARLOS DE SIQUEIRA SALOMÃO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIZ CARLOS DE SIQUEIRA SALOMÃO apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, a ser inicialmente cumprida em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, pela prática do delito inscrito no art. 2º da Lei n. 8.176/1991 (produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo) – e-STJ fls. 12/18.

Em recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao pedido da defesa em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 34):

> *DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. TIPICIDADE. USURPAÇÃO DE BEM DA UNIÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESENÇA DE DOLO. DOSIMETRIA.*
>
> *1. Imputado à parte ré a prática de usurpação de bem da União, tipificada no artigo 2º da Lei 8.176/91.*
>
> *2. Preliminares de incompetência da Justiça Federal, da subseção judiciária de Taubaté, de cerceamento de defesa e de derrogação do tipo penal rejeitadas.*
>
> *3. Devidamente comprovada nos autos a materialidade do delito atribuído à parte ré.*
>
> *4. Devidamente comprovada nos autos a autoria do delito atribuído à parte ré.*
>
> *5. Verifica-se que a parte ré teve deliberadamente a intenção de praticar o crime de usurpação de bem da União, tipificada no artigo 2º da Lei 8.176/91.*
>
> *6. Cabe apenas reforma da dosimetria quanto à prestação pecuniária para que seja destinada à União.*

> *7. DESPROVIMENTO à apelação e alterada, DE OFICIO, a destinação da prestação pecuniária.*

Em embargos infringentes, o Tribunal de origem manteve a execução provisória das penas restritivas de direitos em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 112):

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO NÃO ADMITIDO QUANTO A UMA DAS ALEGAÇÕES. DESTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NÃO É PREJUDICIAL AO EMBARGANTE. INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS.*
>
> *1. Inadmissibilidade recursal quanto à irresignação defensiva referente à destinação da prestação pecuniária. Ausência de interesse.*
>
> *2. A divergência refere-se unicamente ao momento em que deve ser determinado o início da execução provisória da pena.*
>
> *3. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento do Habeas Corpus n° 126.292/SP, bem como das ADCs 43 e 44, a execução provisória da pena depende do esgotamento das vias ordinárias.*
>
> *4. Tal entendimento é aplicado ainda que tenha ocorrido a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos.*
>
> *5. Embargos infringentes parcialmente conhecidos e, na parte conhecida, desprovidos.*

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa que não há permissão para execução provisória das penas restritivas de direitos (e-STJ fl. 3).

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão de apelação no ponto em que determina a execução provisória das penas restritivas de direitos e, no mérito, a confirmação da liminar para afastar a execução das penas restritivas de direitos até o trânsito em julgado da condenação (e-STJ fls. 7/8).

O pedido liminar foi deferido "*para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente"* (e-STJ fl. 120).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 125/170).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 195/198).

É, em síntese, o relatório.

Pois bem. A orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é a de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

O referido entendimento estendia-se às penas restritivas de direitos em virtude da compreensão da Sexta Turma desta Corte de que, *"embora o Supremo Tribunal Federal, em outra época, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as penas restritivas de direitos só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva"* (HC n. 380.104/AM, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017).

No entanto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, publicado em 24/8/2017, firmou a compreensão de que a execução das reprimendas restritivas de direitos somente pode ocorrer quando transitada em julgado a condenação, em observância ao comando legal contido no art. 147 da Lei de Execução Penal. Eis a ementa do aludido julgado:

> *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.* (relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/6/2017 e publicado em 24/8/2017, grifei.)

É importante destacar que a orientação manifestada no EREsp n. 1.619.087/SC foi **reafirmada, recentemente, em 24 de outubro de 2018, pela Terceira Seção desta Casa, no julgamento do AgRg no HC n. 435.092/SP**, nos termos da seguinte ementa:

> *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* (relator o Ministro Rogerio Schietti, relator p/acórdão o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/11/2018).

Sendo assim, de fato, mostra-se de rigor a suspensão da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, ratificando a liminar anteriormente deferida, **concedo a ordem** para assegurar que a execução da reprimenda restritiva de direitos imposta ao paciente apenas ocorra após o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator