HABEAS CORPUS Nº 496.323 - SP (2019/0062321-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO
ADVOGADOS	:	EURO BENTO MACIEL FILHO - SP153714
		GABRIEL HUBERMAN TYLES - SP310842
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	EUSTEBIO DE FREITAS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EUSTEBIO DE FREITAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2057881-42.2016.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 5 meses e 20 dias de reclusão, substituída por duas restritivas de direito.

Inconformada, a defesa apelou, perante a Corte estadual. O Tribunal, então, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena, determinando, no entanto, a expedição de guia de execução para imediato cumprimento das penas restritivas de direito (e-STJ fl. 318).

Na presente impetração, a defesa alega ilegalidade na expedição de guia de execução provisória, sob o argumento de que o aresto da apelação sequer foi disponibilizado na imprensa oficial, podendo ser modificada ainda em sede de Embargos de Declaração

Explica, também, que a execução provisória após condenação em segunda instância não atingiu as penas restritivas de direito, conforme disposição expressa no art. 147 da LEP, sendo que a guia, neste caso, somente poderá ser expedida após o trânsito em julgado.

Em vista disso, pede, em liminar e no mérito, que seja determinado o recolhimento da guia de execução provisórias das penas restritivas de direito até o esgotamento das vias ordinárias.

Pede, também, **sustentação oral.**

Foi a liminar deferida "para suspender a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação" (e-STJ fls. 322/327).

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal "pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, nos termos da fundamentação" (e-STJ fls. 361/365).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, ainda, nesta impetração, que as penas restritivas de direitos possam ser executadas somente após o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória.

Nesse ponto, 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.*

Com efeito, destaca-se que o tema já foi apreciado, inclusive perante a Terceira Seção desta Corte Superior, que, considerando "a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP", concluiu não se afigurar possível "a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação" (EREsp n. 1.619.087/SC, Rel. p/ Acórdão Min. JORGE MUSSI, Terceira Seção, DJe 24/8/2017).

Nesse sentido, confiram-se os recentes precedentes:

> *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)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O paciente foi condenado pelo crime descrito no artigo 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa.

III - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva e multa, e não por duas restritivas de direitos, conforme decidido no v. acórdão, esbarra na orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, sedimentada na Súmula n. 171/STJ, segundo a qual, 'Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'.

IV - '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' (HC 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/5/2016).

V - Entretanto, no caso das penas restritivas de direitos, este Tribunal manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Esta Quinta Turma manifestou a mesma orientação no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP.

VI - A condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (HC 468.066/SC, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, DJe 23/10/2018).

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

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 462.780/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/11/2018)

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do CPP.

2. Esta Corte Superior, ao analisar a questão, posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que, de acordo com o julgamento da Terceira Seção desta Corte Superior, proferido no EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3. Não cabe a esta Corte Superior, na via especial, a análise de violação ao art. 5º, incisos LVII e LIV, da Constituição Federal, ainda que com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, sob pena de haver a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar o rejulgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado.

5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1763168/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 31/10/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. MARCOS INTERRUPTIVOS. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. INDEFERIDA A EXECUÇÃO ANTECIPADA.

1. São intempestivos os embargos de declaração opostos fora do prazo de 2 dias, previsto no art. 619 do CPP.

2. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.

3. Constitui novo marco interruptivo o acórdão proferido durante julgamento do recurso de apelação do Ministério Público que alterou substancialmente a condenação, a fim de majorar a pena, tendo, igualmente, modificado o prazo prescricional.

4. Negado provimento ao agravo em recurso especial, a data do trânsito em julgado para a defesa retroagirá ao último dia do prazo para a interposição do recurso especial na origem, conforme entendimento consolidado no EAREsp 386.266/SP.

5. Não decorrido o lapso prescricional entre os marcos interruptivos, não se opera a prescrição da pretensão punitiva.

6. O entendimento desta Corte é pela impossibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos.

7. Embargos declaratórios e agravo regimental não conhecidos e indeferidos os pedidos de extinção da punibilidade pela prescrição e de execução provisória da pena restritiva de direitos. (EDcl no AREsp 545.862/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/09/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Min. 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, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. Essa orientação também é aplicável nos casos de suspensão condicional da pena. Precedentes.

2. Ordem concedida para determinar a suspensão da execução da pena imposta ao Paciente até o trânsito em julgado da condenação, confirmando a liminar anteriormente deferida. (HC 459.554/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 3/10/2018)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a liminar, suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator