HABEAS CORPUS Nº 503.248 - SC (2019/0099889-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	WELLYTON RIBEIRO BORGONOVO
PACIENTE	:	FERNANDO FORTUNATO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WELLYTON RIBEIRO BORGONOVO e FERNANDO FORTUNATO no qual se aponta como ato coator o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento da Apelação n. 0023556-15.2016.8.24.0038, assim ementado (e-STJ fl. 207):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. TRANSPORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, § ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRETENSA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ALEGADA NÃO COMPROVAÇÃO DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RÉU QUE TRANSPORTAVA NO INTERIOR DE SEU VEÍCULO UM REVÓLVER COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, ALÉM DE CINCO MUNIÇÕES. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA NÚMERO DE SÉRIE SUPRIMIDO FRAUDULENTAMENTE. TIPIFICAÇÃO EXPRESSA NO ART. 16, § ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03. EVIDENTE OFENSA À INCOLUMIDADE PÚBLICA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MANIFESTAÇÃO DA PGJ PARA DE OFÍCIO, ABSOLVER O CORRÉU. NÃO ACOLHIMENTO. VERSÃO ISOLADA NOS AUTOS. ÁLIBI NÃO COMPROVADO. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

Segundo os autos, os pacientes foram condenados pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC (processo 0023556-15.2016.8.24.0038) nos seguintes termos, *in verbis* (e-STJ fls. 162/163):

> *Ante o exposto, julgo procedente a denúncia para condenar os acusados FERNANDO FORTUNATO e WELLYTON RIBEIRO BORGONOVO, devidamente qualificados, as penas de 03 anos de*

> *reclusão, em regime inical aberto, e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por transgressão ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n.10.826/03. Por preencheram ambos acusados os requisitos para substituição das penas privativas de liberdade, substituo-as por duas restritivas de direito, uma de prestação de serviços à comunidade a cada um dos denunciados, pelo tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, e outra, também a ambos sentenciados, de multa, esta que fixo no correspondente a um salário mínimo vigente atualmente.*

Na *instância a quo*, "*o acusado Wellyton interpôs recurso de apelação, por intermédio de defensor público, requerendo em síntese, a desclassificação do crime previsto no art. 16, § único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, para o art. 14 do mesmo diploma legal* [...]. *A Procuradoria-Geral de Justiça* [...] *posicionou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo interposto, concedendo-se, todavia, ex officio, ao corréu Fernando Fortunato, não apelante, ordem de habeas corpus, com fulcro no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para que seja absolvido do delito que lhe foi imputado*" (e-STJ fls. 209/210).

Em sessão realizada no dia 31/1/2019, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de origem "*decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e no mérito negar-lhe provimento e, de ofício, determinar ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena*" (e-STJ fl. 207).

Nesta impetração, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina afirma que a condenação do réu FERNANDO FORTUNATO foi mantida em flagrante violação ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade, pois houve manifestação prévia do Ministério Público estadual entendendo pela sua absolvição (e-STJ fl. 5).

Diante disso, requer, "*liminarmente, conceda-se a ordem de habeas corpus, reconhecendo-se a ilegalidade do acórdão prolatado pelo TJSC, para suspender todos os efeitos da condenação, até o julgamento final do writ.* [...] *Ao final, concedida ou não a liminar, seja declarada a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de determinar a absolvição do paciente*" (e-STJ fl. 6).

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em

habeas corpus, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não visualizo a presença do *fumus boni iuris* hábil a justificar o deferimento da tutela de urgência pleiteada.

Afinal, "*o sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro. Daí, não há nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado reconhece a responsabilidade do réu, ou o faz por infração penal mais grave do que aquela que, ao cabo da instrução, entendeu o Parquet por ser a adequada ao comportamento do acusado*" (HC n. 196.421/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/2/2014, DJe 26/2/2014).

Tal entendimento encontra-se em conformidade, inclusive, com o regramento previsto no art. 385 do Código de Processo Penal.

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos para verificar a existência de constrangimento ilegal decorrente da manutenção da condenação pelo Tribunal *a quo*.

Contudo, apesar de não ter sido suscitada pela impetrante, observo haver flagrante ilegalidade a ser sanada no que tange ao fato de a Corte estadual "*determinar ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena*" (e-STJ fl. 218). Isso porque tal disposição vai de encontro ao entendimento pacificado no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior, o qual colaciono abaixo:

> *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, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, relator p/acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018)

Sendo assim, mostra-se de rigor seja obstada a execução provisória da pena restritiva de direitos determinada em desfavor dos pacientes.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de medida liminar**. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício e liminarmente, para **suspender a execução provisória da reprimenda restritiva de direitos** imposta aos pacientes até trânsito em julgado da condenação proferida no processo 0023556-15.2016.8.24.0038, com fulcro no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal e nos arts. 202 e 203, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão.

Solicitem-se informações ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC e ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina sobre os autos referentes à Apelação n. 0023556-15.2016.8.24.0038 e acerca dos ora pacientes, ressaltando-se que deverão noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto deste feito, notadamente quanto à interposição de eventual recurso especial ou no caso de ocorrência de trânsito em julgado.

Requeira-se, ainda, **senha para acesso** aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça.

Após, conceda-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator