HABEAS CORPUS Nº 503.572 - SP (2019/0101424-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO MAÍRA SANTOS ABRÃO - SP173326
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	CARLOS ANTONIO BORGES SALVIANO JUNIOR

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS ANTÔNIO BORGES SALVIANO JÚNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Apelação Criminal n. 0002015-75.2013.4.03.6107.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 96 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito tipificado no art. 289, § 1º, do Código Penal, por guardar consigo 19 cédulas falsas de R$20,00.

Inconformada com a sentença, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual deu-lhe parcial provimento para reduzir a pena-base, fixar o regime aberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas penas restritivas de direitos, ficando a pena definitivamente estabelecida em 3 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa.

O acórdão restou assim ementado (e-STJ fl. 34):

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE PRIVILEGIADA. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.*
>
> *1. Materialidade, autoria e dolo comprovados. O conjunto fático-probatório demonstra que o acusado tinha plena consciência acerca da falsidade das cédulas.*

> *2. Não há que se falar em atipicidade da conduta ou em ausência de dolo, pois a guarda de moeda falsa encontra-se descrita no § Iº do art. 289 do Código Penal.*
>
> *3. Incabível a desclassificação para a modalidade privilegiada prevista no § 2º do art. 289 do Código Penal.*
>
> *4. Dosimetria da pena. Redução da pena-base.*
>
> *5. Levando-se em conta o redimensionamento da pena e considerando-se que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao réu, altera-se para o regime aberto o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, §§ 2º, "c", e 3º), que fica substituída por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44).*
>
> *6. Mantido o valor do dia-multa fixado na sentença condenatória.*
>
> *7. Apelação parcialmente provida.*

Na presente impetração, a Defensoria Pública da União alega a existência de constrangimento ilegal em face da determinação, pelo Tribunal tido como autoridade coatora, para que se dê início imediato à execução provisória das penas restritivas de direitos aplicadas ao condenado (e-STJ fls. 3/10).

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a suspensão da execução antecipada das penas restritivas de direitos.

É o relatório. **Decido**.

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Em que pese o novo entendimento da Suprema Corte autorizando a execução provisória da pena privativa de liberdade, não há

declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP. Portanto, não se pode afastar, *data venia,* sua incidência, sob pena de violação literal da disposição expressa de lei. Incidem, assim, a cláusula de reserva de Plenário – CF/88, art. 97 e o verbete da Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

O e. Ministro Felix Fischer, Presidente da Quinta Turma, ao analisar questão semelhante no REsp n. 1.597.120/RS, ponderou: *(...) tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal ter se dado em sede habeas corpus, ação de cognição sumária, entendo que seria precipitada uma interpretação ampliativa para abarcar a possibilidade de execução provisória de penas restritivas de direito.*

Mais recentemente, decidiu a Quinta Turma deste Tribunal:

> *PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.* ***REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS****.*
>
> *1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.*
>
> *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.*
>
> *3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).*
>
> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da 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. ***Em suma, 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 e do STJ.***

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1618434/MG, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

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 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. Agravo regimental não provido. (ARESp 971.249, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017).

Em decisões uniformizadoras, decidiu 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).

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção desta

> *Corte Superior de Justiça.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido.*
>
> (AgRg na PetExe nos EAREsp 828.271/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 13/11/2017).

Ante o exposto, **defiro a liminar** para suspender a execução penal instaurada nos autos de origem até final julgamento deste *habeas corpus.*

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Solicitem-se as informações de estilo, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator