HABEAS CORPUS Nº 501.481 - SC (2019/0089759-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA TIAGO HENRIQUE NUNES PROTÁSIO DA SILVA - RN006046
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	PAULO RICARDO DOS SANTOS BECKER

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO RICARDO DOS SANTOS BECKER, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial aberto**, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, **caput**, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por **duas restritivas de direitos**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O eg. Tribunal **a quo** negou provimento à apelação defensiva, determinando a expedição da guia de execução provisória (fls. 213-249), após esgotamento do duplo grau de jurisdição. O v. acórdão tem a seguinte ementa:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT C/C § 4º, DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM BASE NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS AGENTES PÚBLICOS FIRMES E COERENTES, ALIADOS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA CRIMINOSA. VERSÃO APRESENTADA PELO RÉU DESPROVIDA DE AMPARO. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS DESTINADAS AO CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI*

ANTIDROGAS) IGUALMENTE INVIÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação do réu pela prática de tráfico de drogas.

2. Uma vez evidenciado que o acusado trazia consigo determinada quantidade de entorpecentes a fim de comercializá-los e assim auferir lucro, resta configurado o crime de tráfico de drogas, mostrando-se inviável a desclassificação da conduta para a tipificação prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06" (fl.221).

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a Defensoria Pública estadual alega que o paciente sofre constrangimento ilegal na determinação do cumprimento provisório da pena restritiva de direitos, o que afronta diretamente o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal e a jurisprudência sedimentada nesta Corte.

Requer seja deferida liminar para que os efeitos do acórdão impugnado sejam suspensos até o julgamento definitivo deste **writ**. No mérito, pugna seja permitido ao paciente responder ao processo em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.

A liminar foi **deferida** às fls. 253-255.

As informações foram prestadas às fls. 268-304.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fl. 257-264, pela **denegação da ordem**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C § 4º, DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS). PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM BASE NO TEOR DO JULGAMENTO DO HC ¹ 126.292 PELO STF. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA NO ALUDIDO JULGADO QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA

CAPAZ DE AUTORIZAR A ATUAÇÃO DE OFÍCIO DESSA CORTE SUPERIOR. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CASO ULTRAPASSADO O JUÍZO DE PRELIBAÇÃO, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 257).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

A Defesa pretende, em síntese, que seja suspensa a execução provisória das penas restritiva de direitos fixada para o paciente.

Com efeito, o **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento anterior para decidir, no julgamento do **HC n. 126.292/SP,** de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, *"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 n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016). Este entendimento foi confirmado pela col. Suprema Corte em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, bem como no ARE n. 964.246/SP, este com **repercussão geral**.

Ressalte-se que o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **habeas corpus** n. 141978 AgRg/SP, Relator Ministro **Luiz Fux**, em sessão realizada na Primeira Turma, em 26/6/2017, aplicou o mesmo entendimento para concluir que *"a execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de*

inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925."

De se ressaltar, contudo, malgrado a ressalva do entendimento deste Relator, que **esta Corte Superior de Justiça não estendeu tal posição para os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Isso porque, antes da modificação do entendimento que o **HC n. 84.078/MG** trouxe, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superado pelo **HC n. 126.292/SP**, o col Supremo Tribunal Federal, bem como este Tribunal Superior, já entendiam que no caso das penas restritivas de direitos, não cabe a execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (HC n. 88.741/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 4/8/2006; HC n. 89.435/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 22/3/2013).

Nesse sentido, confiram-se os recentes julgados desta Corte Superior:

> *"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI 8.038/1.990. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PEDIDO MINISTERIAL PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida no acórdão embargado.*
>
> *2. A norma especial da Lei n. 8.038/1.990, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei n. 13.105/2015. Precedentes.*
>
> *3. Na hipótese, não há nenhuma irregularidade*

ensejadora dos embargos de declaração, visto que a causa foi satisfatoriamente decidida, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

*4. "**No julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, a Terceira Seção assentou não ser possível, enquanto não houver manifestação expressa do Supremo Tribunal acerca da amplitude do Tema n. 925, a execução provisória da pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, haja vista a disposição do art. 147 da LEP." (AgRg nos EDcl no AREsp 744.921/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017.).***

Embargos de declaração rejeitados. Pedido do Ministério Público Federal de execução provisória da pena restritiva de direitos indeferido" (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe 28/11/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. Contudo, no caso dos autos, a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente foi substituída por duas restritivas de direitos. Assim, considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal e que, no Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que vigorava o entendimento pela possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade, não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, não é possível, agora, a execução provisória de penas restritivas de direitos.

3. Recurso provido para determinar a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (RHC 90.035/RS, **Quinta Turma**,

Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 05/03/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do EREsp 1.619.087/SC, pacificou-se o entendimento no sentido da inadmissibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, em observância ao disposto no art. 147 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - LEP.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no RHC 90.881/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 01/02/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO INDEVIDO DE EMBLEMA DA POLÍCIA FEDERAL. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. REPRIMENDA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. REDUÇÃO DAS PENAS BASE E DE MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tipo previsto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal, é crime de mera conduta, sendo suficiente, para sua caracterização, o uso indevido das marcas, logotipos, siglas ou outros símbolos identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública, mostrando-se desnecessária a demonstração de dolo específico, bem como de ocorrência de prejuízo a terceiros. Precedentes do STJ e STF.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EAREsp n. 1.619.087/SC, pacificou o entendimento quanto à execução antecipada da pena restritiva de direitos, no sentido de que estas só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos estritos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. O pedido de redução das penas não foi analisado pelo Tribunal de origem, sendo inviável o seu exame nesta via, sob pena de indevida supressão de instância, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, para que faça a sua análise como entender de direito.

4. Agravo regimental improvido. Pedido ministerial de execução antecipada da pena indeferido." (AgRg no AREsp 800.235/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 19/02/2018).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.619.087/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (DJe 24/8/2017), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.*
>
> *2. Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC 420.045/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 19/12/2017).

Outrossim, no julgamento nos autos do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do AREsp n. 971.249/SP, respectivamente, ambos de relatoria do insigne Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, esta **Quinta Turma** pacificou, nesse sentido, o entendimento sobre a matéria.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Concedo a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar, suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas em face do paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator