RE no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 466.536 - MG (2018/0220970-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA VICE-PRESIDENTE DO STJ**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	FRANCISCO MARCOS CASTILHO SANTOS
ADVOGADOS	:	LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY - MG047898 LAZARO SAMUEL GONCALVES GUILHERME - MG131861 BARBARA BASTOS SERGIO DO NASCIMENTO - MG176286 LEONARDO MONTEIRO RODRIGUES - MG131481

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fl. 144):

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, 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 o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).
> 2. No entanto, a Terceira Seção desta Casa, no julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, firmou a compreensão de que, em relação às penas restritivas de direitos, a execução somente poderia ocorrer quando transitada em julgado a condenação, em observância ao art. 147 da Lei de Execução Penal. 3. De mais a mais, a orientação manifestada no EREsp n. 1.619.087/SC foi reafirmada pela Terceira Seção desta Corte em 24 de outubro de 2018, no julgamento do AgRg no HC n. 435.092/SP (relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, relator para acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 26/11/2018).
> 4. Agravo regimental desprovido.

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 151/175), sustenta o recorrente que está presente a repercussão geral da questão tratada e que "o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, de que não é possível a execução provisória de pena

restritiva de direitos, tem gerado grave insegurança jurídica, tendo em vista que essa Suprema Corte já admitiu a execução provisória da pena, sem fazer qualquer distinção entre a pena privativa de liberdade e a pena restritiva de direitos, possuindo, inclusive, precedentes que admitiram, especialmente, a execução provisória de tal espécie de pena, razão pela qual resta violado o princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXV)" (fls. 152/153).

Acrescenta que o acórdão em questão também afronta o disposto no art. 5º, incisos XLVI, LIV, LXI e LXII, da Constituição Federal.

Assevera que "resta igualmente violado o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), uma vez que condenados às penas restritivas de direitos estariam sendo tratados de forma desigual em relação aos condenados às penas privativas de liberdade, sendo muito mais onerosa, do ponto de vista pessoal, estas últimas, ofendendo, igualmente, o princípio constitucional da proporcionalidade, o qual é oriundo do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CF)." (fl. 153).

Requer o provimento do recurso e o consequente reconhecimento da possibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 184/191.

É o relatório.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.619.087/SC, firmou orientação no sentido da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da condenação. Na oportunidade, prevaleceu o raciocínio segundo o qual a repercussão geral apreciada pelo Supremo Tribunal Federal refere-se, tão somente, às penas privativas de liberdade.

O aresto recebeu a seguinte ementa:

> 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.* (EREsp 1.619.087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 24/8/2017.)

Em 24 de outubro de 2018, a Terceira Sessão enfrentou novamente o tema e manteve o posicionamento em acórdão assim ementado:

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)

Há, contudo, no Supremo Tribunal Federal, julgados que, interpretando o Tema 925, concluem ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, uma vez que não teria sido estabelecida qualquer distinção ao se concluir pelo cabimento da execução provisória da condenação exaurida nas instâncias ordinárias (quando pendente apenas recursos de índole extraordinária), não importando se tratar de pena privativa de liberdade ou de restritiva de direitos.

A propósito:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Jurisprudência acolhida por esta CORTE, consoante o julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Plenário Virtual, DJe de 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. **O entendimento consolidado não se restringiu aos réus condenados a penas privativas de liberdade, alcançando também aqueles cujas penas corporais tenham sido substituídas por restritivas de direitos**. Precedentes. 3. RECEBO os embargos de declaração como agravo regimental, AO QUAL NEGO PROVIMENTO.
> (RE 1.169.624 ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 15/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25-02-2019 PUBLIC 26-02-2019)

> DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, entendeu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. 2. Naquela ocasião, **o STF não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas** (RHC 142.845, de minha relatoria, HCs 142.750 e 141.978, ambos da relatoria do Min. Luiz Fux, REs 1.125.909-AgR e 1.153.996-AgR, ambos de minha relatoria; e RE 1.055.792, Rel. Min. Celso de Mello). 3. Agravo interno provido.
> (RE 1.109.611 AgR, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe-163 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

No mesmo sentido, diversas decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao recurso extraordinário interposto contra *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, determinando a imediata execução da pena restritiva de direito após a conclusão do julgamento em segunda instância: RE n. 1.161.548/SC, Ministro Edson Fachin, publicada em 18/02/2019; RE n. 1.187.477/MG, Ministro Alexandre de Moraes, publicada em 14/02/2019; RE n. 1.179.943/SP, Ministro Celso de Mello, publicada em 18/02/2019; RE n. 1.183.946/PR, Ministro Luiz Fux, publicada em 06/02/2019; RE n. 1.172.224/SC, Ministra Carmen Lúcia, publicada em 06/02/2019.

Assim, constata-se que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca da extensão do Tema 925, firmado em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, conflita com julgados daquela alta Corte, sendo de bom alvitre que o recurso extraordinário seja apreciado na instância *ad quem*.

Ante o exposto, presentes os pressupostos de admissibilidade, **admito o recurso extraordinário**, nos termos do art. 1.030, inciso V, alínea "a", do Código de Processo Civil.

Publique-se.
Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
Vice-Presidente