**HABEAS CORPUS Nº 504.391 - SP (2019/0106223-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO<br>ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - SP245355 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO |
| PACIENTE | : | IVANILDO VIANA DE FRANCA JUNIOR |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de IVANILDO VIANA DE FRANCA JUNIOR contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região proferido na Apelação Criminal n.º 0009049-29.2016.4.03.6000/MS.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 334-A do Código Penal, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária.

Irresignados, Acusação e Defesa apelaram. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo para *"reconhecer a circunstância atenuante da confissão, e, DE OFÍCIO, alterar para o regime aberto o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, que fica definitivamente fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos"* (fls. 39-40), com a seguinte ementa:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. DOLO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS.*
>
> *1. Não basta a mera alegação de ausência de dolo por desconhecimento da mercadoria transportada para afastar-se a culpabilidade. É necessário perquirir se as circunstâncias fáticas e o conjunto probatório coadunam-se de forma consistente com a versão do acusado. No caso, há provas suficientes do dolo do acusado, visto que, ao aceitar transportar as mercadorias nas condições narradas em seu interrogatório, houve, no mínimo, dolo eventual.*
>
> *2. Dificuldades financeiras são bastante comuns na sociedade contemporânea, mas isso não justifica que alguém cometa qualquer crime para superá-las. Aceitar o cometimento de um crime*

*como justificativa para satisfação de necessidades individuais (superar dificuldades financeiras, p. ex.) significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social. Inexigibilidade de conduta diversa não comprovada.*

*3. A grande quantidade de cigarros apreendida justifica a fixação da pena-base bem acima do mínimo legal.*

*4. O acusado admitiu sua participação no delito e isso foi expressamente considerado pelo juízo para fundamentar a condenação. Circunstância atenuante da confissão espontânea reconhecida.*

*5. Não obstante a exasperação da pena-base, a pena final aplicada e as condições pessoais do acusado não justificam, no caso, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime mais gravoso. Regime inicial alterado, de oficio, para o aberto. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.*

*6. Mantida a inabilitação do acusado para dirigir veículos.*

*7. Apelações parcialmente providas."*

Na oportunidade, aquele Sodalício **determinou a execução provisória das penas** (fl. 38).

No presente *writ*, a Defesa afirma que :

*"[...] a decisão ora guerreada implica nítida ameaça ao direito de ir e vir do Paciente, eis que a submete à imposição de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, em evidente afronta ao postulado da legalidade, direito fundamental reconhecido pela Carta Magna para fazer frente à atuação arbitrária do Estado.*

*Por fim, não se desconhece a atual postura restritiva dos Tribunais Superiores quanto à admissão de habeas corpus tidos como substitutivos de recurso, sobretudo em razão do assoberbamento que assola esses Tribunais."*

Aduz que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de possibilitar o início do cumprimento da pena de forma provisória, refere-se apenas à possibilidade de execução provisória da pena restritiva de liberdade, o que não seria o caso dos autos (fl. 6).

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da liminar para que seja suspensa a execução provisória das penas restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Estão presentes os pressupostos autorizadores do acolhimento da pretensão liminar.

Com efeito, no julgamento da apelação interposta pelo Paciente, a Corte de origem, no que interessa à presente controvérsia, determinou "[e]*sgotados os recursos no âmbito desta Corte e não ocorrendo trânsito em julgado, expeça-se carta de sentença ao Juízo* a quo *para as providências necessárias ao início da execução penal (STF, HC 126.292, ADC 43 e 44, ARE 964.246 RG), cabível também para o caso de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme já decidiu o STF (HC 141.978 AgRg/SP*" (fl. 38).

Contudo, a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Ministra 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.

O julgado foi assim ementado:

> "*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*" (julgado em 14/06/2017, DJe de 24/08/2017).

Outrossim, na sessão de julgamento do dia 24/10/2018, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental nos autos do HC n.º 435.092/SP, reafirmando o entendimento no sentido de que **não é possível a execução provisória de penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado**.

A propósito, confira-se a ementa do precedente em tela:

"*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; sem grifos no original.)

Em recentes julgados, as Quinta e Sexta Turmas desta Corte reafirmaram o aludido entendimento: HC 482.387/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019 e AgRg no AREsp 1.289.339/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019.

**Com a ressalva do meu entendimento pessoal, deve prevalecer a mencionada conclusão majoritária do colegiado, da qual o acórdão ora impugnado, em princípio, parece ter destoado.**

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para suspender a execução das penas restritivas de direitos até o julgamento final deste *writ* ou o trânsito em julgado da condenação.

Comunique-se, **com urgência**, ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, que deverão prestar informações pormenorizadas.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora