HABEAS CORPUS Nº 500.814 - PR (2019/0086235-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	ELIZEU SOARES DE CAMARGO NETO E OUTRO
ADVOGADOS	:	JONAS MARZAGAO - SP114931
		ELIZEU SOARES DE CAMARGO NETO - SP153774
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	LOURIVAL CUSTÓDIO FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.619.087/SC E RATIFICADO NO HC N.º 435.092/SP. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LOURIVAL CUSTÓDIO FILHO contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região proferido na Apelação Criminal n.º 5000369-40.2013.4.04.7004.

Consta dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do Paciente e de outros Acusados pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 334, *caput*, e § 3.º, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal e no art. 183 da Lei n.º 9.472/1997, c/c arts. 62, inciso IV, 69 e 29, todos do Código Penal.

Após a regular instrução do feito, sobreveio sentença condenatória, impondo ao Paciente as seguintes penas (fls. 218-219):

> "[...] *CONDENAR o réu LOURIVAL CUSTÓDIO FILHO pela prática dos crimes tipificados no art. 334,* caput *e § 3º, do Código Penal (descaminho), com incidência da agravante do artigo 61, II, 'g', do Código Penal, e no art. 288,* caput, *na forma do art. 69 do Código Penal, à pena privativa de liberdade total de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto (art. 33, § 2.º, alínea 'b' do CP). Negada a substituição por penas restritivas de direito e a suspensão condicional; e*
>
> *ABSOLVÊ-LO com relação ao delito do art. 70 da Lei n.º 4.117/62 (instalação ou utilização irregular de telecomunicação), nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;*
>
> *Como efeito da condenação, foi decretada a perda do cargo*

> *público de policial civil ocupado pelo réu LOURIVAL CUSTÓDIO FILHO, inclusive, a CASSAÇÃO de eventual aposentadoria, nos termos do artigo 92, inciso I, alínea 'a', c/c parágrafo único, do Código Penal, em vista de sua condenação pela prática dos crimes previstos nos artigos 334, caput e § 3º, e 288,* caput, *ambos do Código Penal, com abuso de poder e transgressão aos seus deveres funcionais para com a Administração Pública.*"

Irresignado, o Sentenciado interpôs apelação, à qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para absolvê-lo com relação ao delito de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), fixando a reprimenda em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo determinada, ainda, "*a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária*" (fl. 241).

Na oportunidade, aquele Sodalício **determinou a execução provisória das penas** (fl. 242).

Na sequência, o Paciente opôs embargos de declaração, os quais não foram conhecidos pela Corte *a quo* (fl. 294). Interposto recurso especial (fls. 333), foi inadmitido pela decisão de fls. 448-452, tendo o Paciente interposto agravo em recurso especial (fl. 489).

No presente *writ*, a Defesa se insurge contra a determinação do início de execução provisória das penas restritivas de direitos. Para tanto, aduz que (fl. 7):

> "[...] *o título condenatório lavrado nas instâncias ordinárias – ainda sujeito ao competente recurso especial que foi interpostos (evento 69) – houve por bem substituir a pena corporal por penas restritivas de direito, na forma da lei.*
>
> *Ocorre que tais penas restritivas de direito têm o início do seu cumprimento legalmente condicionado ao trânsito em julgado da r. sentença condenatória, consoante expressa previsão do art. 147 da Lei de Execuções Penais.*
>
> *Esse é também o entendimento prevalente no âmbito da iterativa jurisprudência formada no seio desse colendo Superior Tribunal de Justiça, ilustrado na indicação dos seguintes precedentes* [...]."

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. 09).

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da liminar para que seja ordenada a "*imediata suspensão de eficácia da determinação de início da execução provisória da pena restritiva de direitos*" (fl. 10).

A liminar foi deferida às fls. 566-570.

As informações foram prestadas às fls. 572-576 e 579-583.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 585-589).

É o relatório.

Decido.

Com efeito, no julgamento da apelação interposta pelo Paciente, a Corte de origem, no que interessa à presente controvérsia, determinou "*a **substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos**, nas modalidades de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária*" (fl. 241).

Mais adiante, aquele Sodalício **determinou a execução provisória das aludidas penas restritivas de direitos**, nos seguintes termos (fl. 242):

> "*8* . Execução provisória da pena. *A 4ª Seção desta Corte, nos EINUL nº 50085723120124047002/PR, firmou entendimento de que o exaurimento do julgamento perante este Tribunal e do competente prazo para interposição do recurso de embargos de declaração permite a imediata execução da pena. Foi editada a Súmula 122 do TRF da 4ª Região:* 'encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário'. *Assim que implementadas tais condições, o juízo de origem deverá ser comunicado para dar início à execução da pena.*"

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, essa é a conclusão majoritária do colegiado, que deve prevalecer.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* a fim de ratificar a liminar anteriormente deferida e, por conseguinte, obstar a execução das penas restritivas de direito antes do trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora