HABEAS CORPUS Nº 498.994 - SP (2019/0075079-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	EDUARDO TOKUITI TOKUNAGA
ADVOGADO	:	EDUARDO TOKUITI TOKUNAGA - SP356361
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NATHAN SHINITI COVAS TOKUNAGA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de NATHAN SHINITI COVAS TOKUNAGA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 171 do Código Penal.

Em primeira instância, foi o ora paciente condenado, pelo delito pelo qual foi denunciado, ao cumprimento de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa. A pena corporal foi substituída por penas restritivas de direitos (e-STJ fl. 26).

A sentença foi mantida pelo Tribunal de origem. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 25):

> *ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE NULIDADE – INOCORRÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NA R. SENTENÇA – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE EM RAZÃO DA NÃO INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO ACOLHIMENTO – EMISSÃO E POSTERIOR SUSTAÇÃO DE QUASE 300 CHEQUES PÓS- DATADOS NÃO REPRESENTA MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL, MAS MEIO FRAUDULENTO PARA SE OBTER VANTAGEM ILÍCITA EM PREJUÍZO DE TERCEIROS – RECURSO NÃO PROVIDO.*

Com a baixa dos autos, determinou-se a expedição de imediato cumprimento de pena, *in verbis*: "[...] *considerando a decisão do E. Tribunal de Justiça e em atenção ao HC 135608, Rel. Min. Carmen Lúcia, possibilitando o início imediato do cumprimento de pena, apesar de pendente Recurso Especial, reencaminhe-se a guia de recolhimento do sentenciado Nathan Shiniti Covas Tokunaga*" (e-STJ fl. 40).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte Superior (e-STJ fls. 3/21) ao argumento de que há evidente constrangimento ilegal na determinação para o imediato cumprimento da pena sem o trânsito em julgado do édito condenatório.

Além disso, assevera que não há fundamentação concreta para justificar a execução da pena.

Diante disso, pleiteia, em tema liminar, sejam sustados os efeitos da decisão que determinou a execução provisória da pena, permitindo-se que o paciente aguarde em liberdade o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, requer a confirmação da liminar, com a concessão da ordem (e-STJ fl. 20).

Liminar deferida (e-STJ fls. 50/55) e prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 109/120).

É, em síntese, o relatório.

Pois bem. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) 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 Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

O referido entendimento estendia-se às penas restritivas de direitos em virtude da compreensão da Sexta Turma desta Corte de que, "embora o Supremo Tribunal Federal, em outra época, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as penas restritivas de direitos só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva" (HC n. 380.104/AM, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017).

No entanto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, publicado em 24/8/2017, firmou o entendimento de que a execução das reprimendas restritivas de direitos somente pode ocorrer quando transitada em julgado a condenação, em observância ao comando legal contido no art. 147 da Lei de Execução Penal. Eis a ementa do aludido julgado:

> *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.* (relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/6/2017 e publicado em 24/8/2017, grifei.)

Aliás, tal compreensão foi reafirmada pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC n. 435.092/SP. Confira-se o teor da ementa do aludido julgado:

> *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, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, relator para Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018)

Sendo assim, mostra-se de rigor seja obstada a execução provisória das penas restritivas de direitos fixadas.

À vista do exposto, **ratifico a liminar** e **concedo a ordem** para assegurar que a execução das reprimendas restritivas de direitos impostas ao paciente

apenas ocorra após o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator