

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.976 - SC (2019/0295611-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : JOSE EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO
ADVOGADO : JOSÉ EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO -
SC045658
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA
CATARINA
PACIENTE : TIAGO DE BORBA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA
CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO. TENTATIVA. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO.

Ordem concedida liminarmente para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Tiago de Borba**, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deu parcial provimento à apelação da acusação, determinando o início da execução provisória da pena restritiva de direitos aplicada ao ora paciente (fls. 14/47 – Apelação Criminal n. 0900065-85.2015.8.24.0038).

Tem-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 65, III, *d*, e art. 71, *caput*, do Código Penal, à pena de 8 meses de detenção, em regime aberto, substituída pela pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana (8 meses); bem como no pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor de um trigésimo do salário mínimo (fls. 246/256 - Processo n. 0900065-85.2015.8.24.0038).

Defesa e acusação recorreram, tendo a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina provido parcialmente à apelação acusatória para readequar a pena corporal e dias-multa impostas ao ora paciente (fls. 14/47 – Apelação Criminal n. 0900065-85.2015.8.24.0038).

Neste *writ*, a defesa alega constrangimento ilegal na execução provisória da

Superior Tribunal de Justiça

pena restritiva de direitos, determinada pelo Tribunal de Justiça no julgamento da apelação.

Requer a concessão de ordem liminar de habeas corpus, para se obstar a execução antecipada da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, em virtude da inexistência dos requisitos autorizadores e da violação ao art. 147 da Lei 7.210/84 e 617 do Código de Processo Penal (fl. 11).

No mérito, a confirmação da liminar, caso deferida.

É o relatório.

Na hipótese em exame, assiste razão ao impetrante.

Isso porque, *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 (AgRg no HC n. 435.092/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 8/3/2018).*

Esse entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, 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

Superior Tribunal de Justiça

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 n. 435.092/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018)

Nessa linha, em conformidade com o voto que proferi durante os debates que compuseram o julgado acima, entendo que não é possível o início da execução da reprimenda quando se trata de pena restritiva de direitos, pois não há um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão específica. Assim, deve prevalecer a aplicação literal daquilo que prevê o art. 147 da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem, para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida na Ação Penal n. 0900065-85.2015.8.24.0038.

Intimem-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

