

HABEAS CORPUS Nº 541.134 - SC (2019/0316323-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : OSVALDO JOSE DUNCKE E OUTRO
ADVOGADOS : OSVALDO JOSE DUNCKE - SC034143
FRANCIELI APARECIDA DUTRA - SC049193
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : KURLAN FERREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **KURLAN FERREIRA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso no art. 33, **caput**, e § 4º da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 21-44).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, conforme v. acórdão de fls. 45-59 assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DOS ACUSADOS.

ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA INVASÃO DOMICILIAR – MILITARES QUE ADENTRAM EM RESIDÊNCIA SEM ORDEM JUDICIAL – DILIGÊNCIA NECESSÁRIA PARA FAZER CESSAR FLAGRANTE DELITO – INVASÃO PRECEDIDA DE INFORMAÇÕES E CAMPANA PRÉVIAS – FUNDADAS E JUSTIFICADAS RAZÕES QUANTO À REALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PERMANENTE – PROCEDIMENTO POLICIAL ESCORREITO – NULIDADE AFASTADA.

A Suprema Corte, em sede de repercussão geral, firmou orientação de que a entrada forçada em domicílio sem autorização judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a

posteriori, que indiquem que dentro da residência ocorre situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 05.11.2015).

Tratando-se de crime permanente, como o tráfico de entorpecentes, a invasão domiciliar se justifica para fazer cessar o delito, exigindo-se, porém, fundamento em elementos anteriores, diversos dos reunidos no momento do flagrante, hábeis a traduzir justa causa para a medida.

PLEITO ABSOLUTÓRIO – AVENTADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – TESE RECHAÇADA – AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE, SOMADOS À APREENSÃO DE ENTORPECENTES FRACIONADOS, ALÉM DE PRATO, LÂMINA DE BARBEAR, FILMES PLÁSTICOS E BICARBONATO DE SÓDIO, NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS.

É inquestionável a condição de traficante daqueles que, apontados como tal, são abordados por policiais militares durante o fracionamento e a embalagem de drogas, com os agentes públicos localizando, em seguida, outras porções e diferentes outros entorpecentes, tudo separado e pronto à comercialização, ao lado de prato, lâmina de barbear, filmes plásticos e bicarbonato de sódio.

PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO – PRETENSÃO AFASTADA – FINALIDADE COMERCIAL CONSTATADA, ALÉM DE ADMITIDA POR UM DOS ACUSADOS.

Se, observada a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta dos agentes, for possível constatar a destinação comercial dos estupefacientes, afigura-se irrefutável a caracterização do crime de tráfico, apto a impedir, por via de consequência, a desclassificação da conduta para o crime de posse para consumo próprio.

TERCEIRA FASE – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS – ALMEJADO AUMENTO DA FRAÇÃO APLICADA (1/2) – IMPOSSIBILIDADE – ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPEDEM A REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO – GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA E CRACK APREENDIDOS, ALÉM DE PORÇÕES DE MACONHA E ECSTASY.

Para fins de determinar o quantum de diminuição da pena, o magistrado deve se pautar nos critérios constantes do art. 42 da Lei n. 11.343/06, quais sejam, natureza e quantidade da

Superior Tribunal de Justiça

droga, personalidade e conduta social do agente. Havendo grande quantidade e diversidade de entorpecentes, a redução, quando aplicável a correspondente benesse, exige ser mínima.

RECURSO DESPROVIDO."

No presente **writ**, insurge contra a determinação de execução provisória das penas alternativas.

Alega, em síntese, que, "*conforme mencionado no acórdão do HC nº 458.501/SC a Terceira Seção do STJ, 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*" (fl. 6).

Requer, por fim, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, "*para que seja cassado o decreto que determinou o início imediato do cumprimento das penas alternativas de direito, em decisão, data venia, que não apresenta fundamentos idôneos indo na contramão do entendimento deste Colendo Superior Tribunal de Justiça*" (fls. 15-16).

O pedido liminar **deferido** às fls. 62-65.

Informações prestadas às fls. 70-146.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 150-153, pela concessão da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT E § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). RÉU CONDENADO À PENA DE 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E MULTA, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

DETERMINAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INVIABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CPP ASSENTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DO JULGAMENTO DO MÉRITO DAS ADCS 43, 44 E 54. NECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA.

PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, PARA DETERMINAR AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE AGUARDE O TRÂNSITO EM JULGADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA."

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

No que concerne à determinação de cumprimento provisório da pena, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, sob relatoria do em. Ministro **Teori Zavascki**, entendeu ser possível a execução das condenações a partir dos pronunciamentos proferidos em 2ª instância, independentemente da interposição dos recursos de natureza extraordinária.

O entendimento foi sedimentado por ocasião do indeferimento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44/STF e, mais uma vez, confirmado pelo Plenário do **Pretório Excelso**, no julgamento do **ARE n. 964.246**, submetido à **sistemática da repercussão geral**, no qual foi reafirmada a jurisprudência daquela Col. Corte, no sentido de que *"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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/2016).

Ressalte-se que o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **habeas corpus** n. 141978 AgRg/SP, Relator Ministro **Luiz Fux**, em sessão realizada na Primeira Turma, em 26/6/2017, aplicou o mesmo entendimento para concluir que *"a execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925."*

Contudo, malgrado a ressalva do entendimento deste Relator, esta Corte Superior de Justiça não estendeu tal posição para os casos de **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Isso porque, antes da modificação do entendimento que o **HC n. 84.078/MG** trouxe, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, posteriormente superado pelo **HC n. 126.292/SP**, o col Supremo Tribunal Federal, bem como este Tribunal Superior, já entendiam que no caso das **penas restritivas de direitos, não cabe a execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação**, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (HC n. 88.741/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 4/8/2006; HC n. 89.435/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 22/3/2013).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI

8.038/1.990. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PEDIDO MINISTERIAL PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida no acórdão embargado.

2. A norma especial da Lei n. 8.038/1.990, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei n. 13.105/2015. Precedentes.

3. Na hipótese, não há nenhuma irregularidade ensejadora dos embargos de declaração, visto que a causa foi satisfatoriamente decidida, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. "No julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, a Terceira Seção assentou não ser possível, enquanto não houver manifestação expressa do Supremo Tribunal acerca da amplitude do Tema n. 925, a execução provisória da pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, haja vista a disposição do art. 147 da LEP." (AgRg nos EDcl no AREsp 744.921/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017.).

Embargos de declaração rejeitados. Pedido do Ministério Público Federal de execução provisória da pena restritiva de direitos indeferido" (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 971.249/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 28/11/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de

cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. Contudo, no caso dos autos, a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente foi substituída por duas restritivas de direitos. Assim, considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal e que, no Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que vigorava o entendimento pela possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade, não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, não é possível, agora, a execução provisória de penas restritivas de direitos.

*3. Recurso provido para determinar a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (RHC n. 90.035/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 05/03/2018).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do EREsp 1.619.087/SC, pacificou-se o entendimento no sentido da inadmissibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, em observância ao disposto no art. 147 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - LEP.

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no RHC n. 90.881/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 01/02/2018).*

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO INDEVIDO DE EMBLEMA DA POLÍCIA FEDERAL. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. REPRIMENDA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. REDUÇÃO DAS PENAS BASE E DE MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tipo previsto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal, é crime de mera conduta, sendo suficiente, para sua caracterização, o uso indevido das marcas, logotipos, siglas ou outros símbolos identificadores de órgãos ou entidades da

Administração Pública, mostrando-se desnecessária a demonstração de dolo específico, bem como de ocorrência de prejuízo a terceiros. Precedentes do STJ e STF.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EAREsp n. 1.619.087/SC, pacificou o entendimento quanto à execução antecipada da pena restritiva de direitos, no sentido de que estas só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos estritos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. O pedido de redução das penas não foi analisado pelo Tribunal de origem, sendo inviável o seu exame nesta via, sob pena de indevida supressão de instância, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, para que faça a sua análise como entender de direito.

*4. Agravo regimental improvido. Pedido ministerial de execução antecipada da pena indeferido" (AgRg no AREsp n. 800.235/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 19/02/2018).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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.

*2. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 420.045/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 19/12/2017).*

Outrossim, no julgamento nos autos do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do AREsp n. 971.249/SP, respectivamente, ambos de relatoria do insigne Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, esta **Quinta Turma** pacificou, nesse sentido, o entendimento sobre a matéria.

Ademais, não obstante todo esse histórico jurídico, como amplamente noticiado o entendimento acerca da **execução provisória da pena** foi modificado pela col. Suprema Corte em **7/11/2019**, no julgamento do mérito das ADCs n. 43, 44 e 54/STF.

Naquele julgamento, **por maioria de votos**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento jurisprudencial e **concluiu que a prisão para execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis.**

Portanto, conclui-se que, atualmente, o início do cumprimento de ambas as modalidades de pena, **privativa de liberdade** ou **restritiva de direitos**, somente poderá ocorrer **após o trânsito em julgado da ação penal.**

No caso dos autos, a pena do paciente foi substituída por restritivas de direitos, mantida a substituição por ocasião do julgamento do recurso de apelação e, de acordo com as informações prestadas pelo eg. Tribunal local, a condenação ainda não transitou em julgado, uma vez que interpostos recurso especial e extraordinário na origem, os quais se encontram em processamento (fl. 71), **o que impede o início da execução das penas substitutivas.**

Ante o exposto, **concedo a ordem, confirmando a liminar anteriormente deferida**, para suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas em face do paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

P. I.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator