

**AgRg na PetExe no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 971.249 - SP
(2016/0220635-1)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCOS ANTONIO SILVA
ADVOGADO : BRUNO PAPILE POLONI - SP229008
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão de e-STJ fls. 391/392, que indeferiu o pleito de execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao agravado.

O agravante insiste na tese de ser o caso hipótese de execução provisória, inclusive já autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126292/SP.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou sua apreciação pelo colegiado da Quinta Turma.

É o relatório.

**AgRg na PetExe no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 971.249 - SP
(2016/0220635-1)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por meio da Petição 00431248/2016, de e-STJ fls. 278/279, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu a remessa dos autos originais à primeira instância para a execução da pena – **restritiva de direitos** –, tendo em vista o novel entendimento firmado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292, de que a execução provisória não fere o princípio constitucional da presunção de inocência quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário.

Ocorre que o e. Ministro Felix Fischer, Presidente da Quinta Turma, analisando pedido semelhante, assim decidiu:

Trata-se de petição protocolizada pelo Ministério Público Federal, às fls. 440-445, na qual requer seja expedida por essa c. Corte Superior ao JEP correspondente à Comarca de Taquari/RS, a guia de execução provisória da pena restritiva de direitos aplicada ao réu, para fins de realização da audiência admonitória e início do cumprimento e fiscalização da pena restritiva de direitos.

Na hipótese, Carlos Gustavo Bauermann da Silva foi condenado como incurso no art. 155, § 3º, do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade por sete horas semanais pelo mesmo período da pena privativa de liberdade.

Superior Tribunal de Justiça

Ocorre que o mencionado habeas corpus n. 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão sequer foi publicado, **trata apenas da possibilidade de execução provisória da pena em caso de pena privativa de liberdade**, dispondo tão-somente sobre **prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmar a sentença**.

Assim, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal ter se dado em sede **habeas corpus**, ação de cognição sumária, entendo que seria precipitada uma interpretação ampliativa para abarcar a possibilidade de execução provisória de penas restritivas de direito.

Ante o exposto, indefiro os pedidos constantes na petição de fls. 440-445.

Nessa linha, os seguintes julgados do STF:

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO.

O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida. (HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006).

HABEAS CORPUS - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO.

- As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedentes.

(HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/03/2013).

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs

(HC 88413, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006 PP-00019 EMENT VOL-02236-02 PP-00271 RTJ VOL-00201-02 PP-00694).

Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP,

Superior Tribunal de Justiça

art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes (HC 84.677, 1ª T., 23.11.2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371; HC 84.741, Pertence, 1ª T. 07.12.04, DJ 18.2.2005).

(HC 85289, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005 PP-00038 EMENT VOL-02183-02 PP-00295 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 518-522 RT v. 94, n. 837, 2005, p. 522-523 RTJ VOL-00195-01 PP-00241).

Aliás, outra não era também a interpretação deste Tribunal, antes ou depois de 2009, considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. A título exemplificativo, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CONDENAÇÃO A PENA DE 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PERMANÊNCIA DO PACIENTE EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que o paciente, preso desde 26/07/2009, foi condenado, em sede de Apelação, à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, sem a devida fundamentação.

[...]

VII. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em

Julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STJ.

VIII. Consoante a jurisprudência do STJ, "fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal, porquanto não pode a acusada aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória" (STJ, HC 131.150/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011). Em igual sentido: STJ, HC 216.429/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012.

IX. No caso, embora o paciente tenha permanecido preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, a manutenção da sua custódia cautelar, enquanto aguarda o julgamento do Agravo, interposto pelo Ministério Público contra a decisão que inadmitiu seu Recurso Especial, em regime mais gravoso do que fora condenado - quando, ao que tudo indica, possui lapso temporal suficiente à concessão de benefícios da execução, e, eventualmente, já cumpriu, em 26/06/2012, em regime fechado, a totalidade da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelo acórdão impugnado, caso desprovido o recurso do Ministério Público, considerando a data da prisão cautelar -, constitui flagrante constrangimento ilegal, passível de ser sanado, na via do habeas corpus.

X. Habeas corpus não conhecido.

XI. Concessão da ordem, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, permitir que o paciente aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo deva permanecer preso. (HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR NA ORIGEM. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF, APENAS, QUANTO À TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARCIAL CONHECIMENTO DO WRIT.

1. Habeas corpus impetrado em face de decisão indeferitória do pedido de liminar proferida pelo Desembargador Relator do writ originário. Incidência, em regra, da súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal. **Superação da súmula, com o deferimento da liminar e posterior concessão da ordem, diante da flagrante ilegalidade do ato coator, apenas, no que diz respeito, à tese de que as penas restritivas de direitos somente poderiam ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

2. Na medida em que a tese de prescrição da pretensão punitiva não

foi reconhecida como ilegalidade flagrante, a ensejar a mitigação da súmula 691 da Suprema Corte, o conhecimento do habeas corpus restringiu-se, tão somente, à arguição relativa à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos.

3. Merece, pois, reparo, em parte, o acórdão embargado, justificando o acolhimento dos presentes embargos, a fim de que seja sanada a contradição, já que o conhecimento do writ foi parcial.

4. Embargos parcialmente acolhidos para, emprestando-lhes efeitos modificativos, conhecer parcialmente do habeas corpus e, nessa parte, conceder a ordem. (EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. O prazo para oposição de embargos declaratórios, em se tratando de matéria criminal, é de 2 dias (artigos 619 do Código de Processo Penal e 263 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça).

2. A pena restritiva de direito não admite a execução provisória (artigos 393, inciso I, e 669 do Código de Processo Penal e 147 da Lei de Execução Penal).

3. Embargos declaratórios não conhecidos. Concessão de habeas corpus de ofício, para suspender a execução provisória das penas restritivas de direito. (EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393).

Mais recentemente, decidiu, à unanimidade, a Quinta Turma deste

Tribunal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL A QUO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O exame da alegação referente ao suposto exagero nos valores fixados a título de dias-multa e de prestação pecuniária demandaria a apreciação da situação econômico-financeira da acusada, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispendo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,

Superior Tribunal de Justiça

QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. *Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1618434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

Por fim, é verdade que, recentemente, a colenda Sexta Turma, de forma majoritária, decidiu contrariamente à jurisprudência que estava consolidada nesta Corte e no STF (AgRg no REsp 1627367/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017). Todavia, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar, *data venia*, sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Incidem, assim, a cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97 e o verbete da Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator