



Súmula n. 643

SÚMULA N. 643

A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação.

Referências:

CF/1988, art. 5º, LVII.

CPP, art. 669.

LEP, art. 147.

Precedentes:

**EREsp 1.619.087-SC (3ª S, 14.06.2017 – DJe 24.08.2017)
acórdão publicado na íntegra**

AgRg na PetExe nos EAREsp	828.271-SC	(3ª S, 11.10.2017 – DJe 13.11.2017)
AgRg nos EREsp	1.699.768-SP	(3ª S, 13.03.2019 – DJe 20.03.2019)
HC	51.439-RS	(5ª T, 06.06.2006 – DJ 28.08.2006)
REsp	898.281-RS	(5ª T, 27.02.2007 – DJ 30.04.2007)
HC	101.457-SP	(5ª T, 24.06.2008 – DJe 04.08.2008)
HC	139.465-SP	(5ª T, 05.11.2009 – DJe 15.12.2009)
HC	197.737-SP	(5ª T, 19.05.2011 – DJe 08.06.2011)
AgRg no REsp	1.622.395-SP	(5ª T, 22.11.2016 – DJe 05.12.2016)
AgRg na PetExe no AREsp	1.013.538-DF	(5ª T, 04.04.2017 – DJe 10.04.2017)
AgRg no HC	466.254-ES	(5ª T, 06.11.2018 – DJe 13.11.2018)
HC	480.424-SC	(5ª T, 02.04.2019 – DJe 16.04.2019)
AgRg no HC	501.869-SP	(5ª T, 07.05.2019 – DJe 13.05.2019)
AgRg no HC	42.481-RS	(6ª T, 07.02.2006 – DJ 14.08.2006)
HC	51.396-MG	(6ª T, 27.09.2007 – DJ 26.11.2007)
HC	89.504-SP	(6ª T, 18.12.2007 – DJ 11.02.2008)

HC	396.917-SP	(6ª T, 26.09.2017 – DJe 09.10.2017)
AgRg no HC	404.848-SC	(6ª T, 03.10.2017 – DJe 09.10.2017)
AgRg no REsp	1.676.952-PA	(6ª T, 14.11.2017 – DJe 21.11.2017)
RCD no AREsp	1.061.277-SP	(6ª T, 27.11.2018 – DJe 06.12.2018)
AgRg no REsp	1.735.762-RS	(6ª T, 11.12.2018 – DJe 19.12.2018)
AgRg no AREsp	1.289.339-CE	(6ª T, 13.12.2018 – DJe 04.02.2019)
AgRg no AREsp	1.048.093-RS	(6ª T, 02.04.2019 – DJe 10.04.2019)
AgRg no TP	1.872-SC	(6ª T, 09.04.2019 – DJe 24.04.2019)

Terceira Seção, em 10.2.2021

DJe 18.2.2021

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.619.087-SC
(2016/0208949-0)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relator para o acórdão: Ministro Jorge Mussi
Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Embargado: Joao Luiz Cunha
Advogados: Fabian Radloff - SC013617
 Thiago Luis Beltrame - SC023201

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro que davam provimento aos embargos de divergência. Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 14 de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 24.8.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte assim ementado:

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 dispondo 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, 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.

Aponta o embargante dissídio jurisprudencial com julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o lançado nos autos do AgRg no REsp 1.627.367/SP, no tocante à possibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos. Por oportuno, confira-se a ementa do mencionado paradigma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. NÃO REINCIDÊNCIA DECLARADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA

DEFINITIVA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA NA ANÁLISE DO REGIMENTAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS. ANTECEDENTES. PRIMARIEDADE DECLARADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SUPORTE EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO). CORREÇÃO. CONCEDIDO *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. NOVA DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440/STJ. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. Verifica-se a ocorrência de manifesta ilegalidade na dosimetria da pena do agravado, passível de correção por meio da concessão de *habeas corpus*, de ofício, haja vista a inidoneidade dos fundamentos utilizados para a valoração negativa das circunstâncias judiciais apontadas pelo agravante como suficientes para o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena.

2. Quanto aos antecedentes do agravado, percebe-se que a sua primariedade foi constatada pelo Magistrado singular, aliado a isto, os fundamentos apresentados para a negatificação tanto da conduta social como das circunstâncias do crime caracterizam-se por não fugir à normalidade da conduta por ele perpetrada, sendo, portanto, inerentes ao tipo penal violado.

3. Ficando a pena-base estipulada no mínimo legal, com fundamento na Súmula 440 do STJ, veda-se a imposição de regime mais gravoso do que o cabível, no caso o aberto, diante da pena final cominada ser inferior a 4 anos, bem como pela constatada primariedade do agravo.

4. Haja vista o afastamento das circunstâncias judiciais indevidamente desvaloradas, com redução da pena-base ao mínimo legal, não prospera a tese trazida no agravo regimental, em que se postula a fixação de regime mais gravoso tão-somente em razão da aludida exasperação da pena-base, ora excluída.

5. É cabível a determinação de execução provisória de pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos.

6. Concedido *habeas corpus*, de ofício, para afastar as circunstâncias negativas e redimensionar as penas do agravado. Agravo regimental desprovido. Pedido de execução provisória deferido, vencido nesse ponto, o Relator.

Pretende o embargante prevaleça o entendimento do aresto paradigma da Sexta Turma, que encontra respaldo na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos.

Admitido o recurso, apresentou a parte embargada sua impugnação, às fls. 553/560, alegando, preliminarmente, o não conhecimento dos embargos

de divergência tendo em vista o trânsito em julgado para a acusação, conforme certidão de fl. 394.

Afirma, também, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Quanto ao mérito, sustenta que a Lei de Execução Penal, em seu art. 147, exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para fins de cumprimento da pena restritiva de direitos, bem como que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diz respeito à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, resumido o parecer nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM BASE NO TEOR DO JULGAMENTO DO HC N. 126.292 PELO STF. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA NO ALUDIDO JULGADO QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. PARECER PELO PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cumpre destacar, inicialmente, que não merece acolhimento a alegação da parte embargada no sentido de que este recurso manejado pelo Ministério Público não pode ser conhecido porque já houve o trânsito em julgado para a acusação.

Com efeito, depreende-se dos autos que o réu foi condenado pelo juízo sentenciante, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negado provimento ao recurso defensivo. Admitido o recurso especial interposto pelo ora embargante, peticionou perante esta Corte o Ministério Público de Santa Catarina requerendo a remessa dos autos à primeira instância para a execução da pena. O pedido foi indeferido monocraticamente e objeto de agravo regimental. A Quinta Turma, então, negou provimento ao recurso, autorizando, assim, o manejo dos presentes embargos de divergência.

Outrossim, não há falar em prescrição da pretensão punitiva. O acusado foi condenado a 9 (nove) meses de detenção e 16 (dezesesseis) dias multa pela

prática do crime descrito no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, por seis vezes, em continuidade delitiva. Transitada em julgado a condenação para a acusação, rege-se a prescrição pela pena em concreto o que, na espécie, implica no prazo prescricional de 3 (três) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, lapso não transcorrido entre os marcos interruptivos descritos no art. 117 do Estatuto Repressivo.

Pois bem. Cinge-se a divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos.

Sobre o tema, peço licença para repisar os fundamentos por mim lançados quando do julgamento do HC 380.104/AM:

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da execução provisória da pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação, sem qualquer fundamentação concreta, decorrente do julgamento do apelo na origem.

Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena é, em princípio, vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

Antes mesmo da confirmação desse entendimento por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade referidas, a nova compreensão do Pretório Excelso - que ainda suscita divergências entre seus próprios ministros - foi adotada por esta Corte Superior de Justiça nos EDcl no REsp 1.484.415 (Sexta Turma) e na QO na Apn 675 (Corte Especial), *oportunidades em que fiquei vencida, com base nos argumentos acima expedidos, que sempre manifestei*.

Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964.246, **que teve repercussão geral reconhecida**. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Portanto, ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.

Vale ressaltar que, muito 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*.

Aliás, o colegiado desta Sexta Turma, em recente decisão proferida no *Recurso Especial n. 1.627.367/SP*, adotou *entendimento no sentido contrário à pretensão dos ora impetrantes*, ou seja, no sentido da **possibilidade de execução provisória mesmo das penas restritivas de direitos** (acórdão ainda pendente de publicação).

Por fim, destaco que os impetrantes não apontam na inicial qualquer ilegalidade adicional (além da matéria atinente à execução provisória - já rechaçada) a justificar que se excepcione a aludida compreensão.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

A reforçar minha compreensão no sentido de que a nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte não exclui a execução provisória das penas restritivas de direitos e refutando a argumentação do embargado quanto ao óbice à execução antecipada da restritiva de direitos em razão do descrito no art. 147 da Lei de Execução Penal - LEP, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido nos EDcl no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Supremo Tribunal Federal, DJe de 07/02/2017:

2. As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na “declaração da inconstitucionalidade do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal”, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o

controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraindo fundamento inequívoco de legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que “naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional”; afinal, “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.”

Sinale-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos CPC, art. 995). *A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal.* (sem negrito no original)

No mesmo sentido, veja-se o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, no HC 142.750/RJ, DJe de 27/04/2017, no qual a impetração apontou constrangimento ilegal consubstanciado na execução provisória da pena restritiva de direitos:

De outro lado, quanto ao alegado constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, destaco que, em julgamento realizado em 05/10/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo.

Entendeu-se que o referido dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Deveras, o artigo 147 da Lei de Execução Penal, ao versar sobre a *execução das penas restritivas de direitos*, à similitude do artigo 283 do CPP, traz a expressão “trânsito em julgado”. Assim, *embora a pena restritiva de direitos não tenha como pressuposto a segregação do condenado em estabelecimento prisional, é, de igual*

forma, sanção penal, mercê de decorrer de um juízo condenatório em ação penal promovida pelo Estado. O que se tem é, conforme previsto pelo legislador, uma pena, e, portanto, instituto que ostenta a natureza de sanção penal, a qual, acaso reste injustificadamente descumprida, nos termos do artigo 44, § 4º, acarreta a sua conversão em privativa de liberdade.

Assim, em suma, não se visualiza qualquer justificativa para diferenciação das penas restritivas de direitos em relação à pena privativa de liberdade no que condiz à possibilidade de execução provisória da condenação.

Neste contexto, forçoso concluir, portanto, que o fundamento das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a este tema, reside no caráter soberano da decisão do órgão local o qual, à luz dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, concluiu, em cognição exauriente, pela procedência da pretensão punitiva estatal, bem como na inviabilidade do exame de fatos e provas nos mecanismos de impugnação dirigidos aos Tribunais Superiores. Dessa forma, o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do Tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional.

Nesse diapasão, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, ainda pendente de publicação, proferido na oportunidade do julgamento da medida cautelar na ADC 43:

“35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três conseqüências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

36. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

37. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

38. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica todos com status constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem e justificam a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado [...]"

Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime em sede de segundo grau de jurisdição, no que encerra um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do HC 126.292, julgado pelo Tribunal Pleno:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º-, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado.» (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/05/2016)

O referido entendimento foi reafirmado recentemente no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida, tema 925. Na oportunidade, o Plenário Virtual desta Corte fixou a tese 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”.

No ponto, consigno que ambas as turmas desta Corte adotam a orientação firmada pelo Tribunal Pleno, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que, amoldando-se a precedente desta Corte, implementa a execução provisória da pena na pendência de julgamento de recursos excepcionais. 3. Agravo regimental desprovido.” (HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016)

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Homicídio culposo por acidente de trânsito (art. 302, parágrafo único, incisos II e III e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro). 3. Suspensão da habilitação para dirigir aos condenados em homicídio culposo. Repercussão geral reconhecida no RE 607.107/MG. Pendência de julgamento. 4. Trânsito em julgado em relação às outras penas aplicadas. Execução provisória da pena. O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata n. 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016)

Cumprе ressaltar que o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Com efeito, acaso fosse essa a intenção, a hipótese restaria

encartada no inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional, o qual trata dos casos de prisão. Releva notar, ainda, a premente a necessidade de se dar efetividade à Justiça.

Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao *writ*, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido liminar.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal. (sem negrito no original)

Referido *decisum* restou confirmado em sede de agravo regimental, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgado pela Primeira Turma em 1º de junho de 2016, acórdão pendente de publicação.

Na mesma toada, isto é, permitindo a execução provisória de pena restritiva de direitos, as seguintes decisões monocráticas proferidas pela Suprema Corte: HC 142.799/PR, Ministro Luiz Fux, DJe de 20/04/2017 e Rcl 26.877/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 25/05/2017, esta última do seguinte teor:

Decisão: Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, ajuizada por Lucas Edivandro Agostini, em favor de Cleder Antonio Schwertz, contra ato do Desembargador Paulo Roberto Sartorato, do TJSC, que teria afrontado o que decidido pelo STF na ADI 1.127/DR

Inicialmente, consta dos autos que o reclamante foi condenado pela prática do delito descrito no art. 332, parágrafo único, do Código Penal, à pena de três anos de reclusão, em regime aberto, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Ao acusado foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelação criminal no TJSC, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo do Ministério Público, para condenar Cleder, também, pela prática do crime do art. 332, parágrafo único, do CP, no tocante a outra vítima. Assim, a pena final foi fixada em 6 anos de reclusão, em regime semiaberto. Eis a ementa desse julgado:

(...)

Interposto recurso especial, este restou obstado na origem.

Impugnou-se a decisão por meio de agravo endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, que desproveu o recurso e determinou o início da execução provisória da pena.

Nesta Corte, a defesa alega, em suma, violação ao entendimento firmado na ADI 1.127, pois o Magistrado de origem, durante a fase de instrução, teria concedido ao acusado seu recolhimento em Sala de Estado-Maior, no entanto, após o julgamento da apelação *teria sido autorizada a execução provisória da pena*.

Postula a imediata soltura do reclamante, haja vista ausência de trânsito em julgado da condenação. Alternativamente, requer seja encaminhado à Sala de Estado Maior, ou, na ausência, a concessão de prisão domiciliar.

Informações foram prestadas (eDOC 17).

Passo a decidir.

Conforme relatado, a defesa alega que até o trânsito em julgado da ação penal, ainda que exista execução provisória em andamento, o réu faria jus ao recolhimento em Sala de Estado-Maior.

Sobre o tema, assevero que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, DJe 17.5.2016, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP prevê que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Os embargos de declaração opostos ao acórdão do citado feito foram rejeitados em 2.9.2016 (DJe 7.2.2017).

Esta Corte, em 11.11.2016, ao julgar o ARE 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25.11.2016, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.

No caso, a condenação do paciente, decorrente do cometimento de tráfico de influência (art. 332, parágrafo único, do CP), foi mantida no julgamento do recurso de apelação pelo TJ/SC, fato que possibilita a imediata execução da reprimenda. Acertada, portanto, a decisão proferida pelo STJ nos autos do Agravo em Recurso Especial 974.647/SC.

Cumprе consignar que a execução provisória da pena não viola o entendimento firmado na ADI 1.127/DF, tendo em vista que, na ocasião do julgamento, não foi discutido se o direito de o advogado permanecer em Sala de Estado-Maior estender-se-ia ou não ao preso cuja sentença teria sido confirmada em segundo grau.

Assim, ante a ausência de conectivo entre o ato reclamado e o conteúdo da ação direta paradigma, não há se falar em violação.

Em igual sentido, decidiu o Ministro Dias Toffoli, nos autos da RCL 25.111/PR, DJe 25.11.2016.

Além disso, sobre a matéria, cito os seguintes julgados: RHC 133.150 AgR/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28.6.2016; HC 136.951 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 17.2.2017 e HC 140.645/MT, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.3.2017.

Feitas essas considerações, no caso, verifico que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo em Recurso Especial 974.647/

SC, em que determinou o início da execução da pena do reclamante, encontra-se ajustada à jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente reclamação (art. 161, parágrafo único, do RISTF).

Em remate, colaciono um julgado recente da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Indeferido o pleito urgente contido no recurso ordinário, com a adoção do entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292/MG (DJe 17/5/2016), pugnou o recorrente pela reconsideração da decisão.

2. Concedeu-se o pedido de reconsideração manejado, para suspender a execução provisória das penas impostas ao recorrente até o julgamento do recurso ordinário ou do trânsito em julgado da condenação. À ocasião, ressaltou-se posicionamento no sentido de que as penas restritivas de direitos somente poderiam ser objeto de execução definitiva, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. Todavia, a Sexta Turma desta Corte Superior orientou-se em sentido diverso: “ausente efeito suspensivo ao recurso especial, não há óbice à execução provisória de pena restritiva de direitos” (AgRg no REsp 1.420.207/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 22/11/2016).

4. Nos mesmos termos, o HC 380.104/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017.

5. Agravo regimental a que se dá provimento para, cassando a liminar outrora deferida ao ora agravado, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

(AgRg no RCD no RHC 72.597/DF, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 08/05/2017)

Nesse contexto, não obstante minha convicção pessoal sobre o tema, voto no sentido de que é possível a execução provisória de pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, tal como firmado no julgado paradigma.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para fins de execução da pena, independentemente do trânsito em julgado.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no qual aponta a existência de entendimentos dissonantes entre a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte Superior de Justiça quanto à possibilidade de executar provisoriamente penas restritivas de direitos.

Na espécie, o embargante foi condenado à pena privativa de liberdade de 9 meses de detenção, como incurso no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Formulado pedido pelo Ministério Público Federal no sentido de que fossem remetidos os autos originais à primeira instância para o imediato início da execução da pena restritiva de direitos, este foi indeferido pelo Ministro Relator, às e-STJ fls. 416/417, *decisum* este mantido pela Quinta Turma deste Sodalício em julgamento de regimental, ensejando os presentes embargos de divergência.

Em seu voto, a eminente Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dá provimento à insurgência, para determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para fins de execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da condenação.

Entretanto, ousou discordar da solução dada à controvérsia.

A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, realizado aos 17.2.2016, modificou sua jurisprudência, passando a admitir como consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Tal entendimento foi ratificado pelo Tribunal Pleno por ocasião do julgamento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43 e n. 44, ocorrido em 5.10.2016, e, em seguida, aos 11.11.2016, reconhecida a repercussão geral sobre o tema, em Plenário Virtual, reafirmou a jurisprudência aludida (ARE n. 964.246/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki).

O referido precedente reflete o posicionamento do Guardião da Constituição Federal acerca da extensão do princípio da presunção de não culpabilidade previsto no inciso LVII do seu artigo 5º, o qual deve ser encampado como medida voltada a garantir a eficácia da jurisdição penal e

resgatar a credibilidade do Estado na sua função de reprimir as condutas que violam os bens jurídicos mais caros da sociedade e escolhidos como objeto de tutela.

A partir de então, este Superior Tribunal de Justiça passou a adotar tal orientação.

Entretanto, na hipótese em testilha, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. E é neste particular que reside a divergência.

Neste ponto, mister destacar que o novel entendimento quanto à possibilidade de se executar a pena provisoriamente, firmado em 17.2.2016, retomou o que era adotado antes de 5.2.2009, porquanto foi a partir do julgamento do HC n. 84.078/MG (STF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 5.2.2009, DJe-035, de 25.02.2010), que a Corte Suprema passou a entender que o princípio da presunção de inocência obstaría a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, se inexistentes motivos cautelares a embasá-la.

Àquela época, o STF se manifestou expressamente a respeito da impossibilidade da execução das reprimendas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado, por força da norma prevista no art. 147 da LEP, cujo teor é o que segue:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifou-se)

Nesse sentido, vejam-se:

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 88.413, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006)

Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, 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 85.289, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005)

Todavia, o mesmo não ocorreu atualmente, já que o Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC n. 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a *prisão* do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado.

Assim, em vista da ausência de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de executar a reprimenda restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, somado ao texto expreso do art. 147 da Lei de Execução Penal, deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão ora embargado.

Ante o exposto, pedindo vênias à eminente Relatora, rejeito os embargos de divergência.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Senhor Presidente, peço vênias à divergência para acompanhar a Relatora. Observo que o Supremo Tribunal Federal decidiu por seu Plenário e passamos, então, a seguir esta orientação da possibilidade da execução penal provisória. Esse foi o sentido para qualquer pena que venha a ser aplicada no processo penal. Não era a minha compreensão pessoal, mas, claro, passei a adotar a posição da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal não admitiu recursos que pretenderam depois declarar a inconstitucionalidade do art. 105 da LEP, que também diz: “Transitando em julgado a sentença que aplica a pena privativa de liberdade”, porque reconheceu que, já naquele seu primeiro precedente, aquilo ficava implícito. De modo que o art. 147, ao dizer a mesma previsão ‘transitada em julgado’, não inova. Traz a mesma questão que já traz o art. 105 da LEP – e que entenderam alguns Ministros do Supremo, inclusive no precedente em que é Relator o Ministro Jorge Mussi, que já estava acobertado por aquela decisão.

Eu, por coincidência, até estava naquele julgamento, em que o Ministro Jorge Mussi se fazia presente e Sua Excelência lembra que os dois Ministros do Supremo votaram nesse sentido – entendendo que a decisão do Supremo já acobertava a execução penal provisória de penas restritivas de direito. Eram a Ministra Rosa Weber e o Ministro Luiz Fux, que agora, inclusive traz a Ministra Maria Thereza de Assis Moura em precedentes monocráticos, juntamente com o Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Celso de Mello. Sei que existem precedentes em contrário, mas temos também precedentes em contrário até para penas privativas de liberdade.

Então, com o máximo respeito, não vejo nisso obstáculo. E até por um sentido de lógica: se admitimos que é possível a execução provisória com riscos à liberdade, que é o bem maior da vida, não vejo como admitir que para penas alternativas, penas substitutivas, o mesmo não aconteça. Com a mesma observação que fez a Ministra Maria Thereza, porque não era a minha compreensão pessoal, mas seguindo o precedente da Suprema Corte, não vejo como dar diferenciado tratamento a uma pena menor, que também é resposta penal – em que disse a Suprema Corte que seria cabível execução provisória e que também não admitiu a Suprema Corte reconhecer a inconstitucionalidade no art. 105, que igual previsão de trânsito em julgado fazia.

Acompanho a Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Senhor Presidente, também peço a mais respeitosa vênua à eminente Relatora, para acompanhar a divergência e manter o entendimento da Quinta Turma deste Tribunal.

Inicialmente, recordo-me que, quando houve o julgamento do HC n. 126.292/SP, pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, talvez eu tenha sido o primeiro magistrado desta Corte a trazer em reclamação, num caso rumoroso de São Paulo, a proposta de cumprimento imediato da decisão do Supremo Tribunal Federal, aqui na Seção (Rcl n. 30.193/SP, julgado em 11/05/2016, DJe 16/06/2016). Segui, imediatamente, a diretriz do Excelso Pretório e votei no sentido da inexistência de descumprimento da ordem anterior da Quinta Turma (HC n. 308.788/SP, julgado em 1º/09/2015, DJe 08/09/2015), alicerçada basicamente no exame do art. 312 do CPP. Julgou-se, portanto, improcedente o pedido de reclamação e manteve-se a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada pelas instâncias ordinárias.

Relembro, ainda, que o HC n. 126.292/SP (STF) teve origem também na Quinta Turma deste Tribunal, em precedente do eminente Ministro Gurgel de Faria, que aqui também labutou brilhantemente (HC n. 313.021 - SP), tendo o réu sido condenado às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado (CP, art. 157, § 2º). No âmbito do STF, foi concedida a liminar e o parecer ministerial foi favorável, no sentido da jurisprudência consolidada a partir de precedente da relatoria do eminente Ministro Eros Grau, afetado ao Plenário, em controle difuso de constitucionalidade (HC n. 84.078/MG, DJe de 26/02/2010). No mérito, todavia, denegou-se a ordem na nova compreensão da Suprema Corte (HC n. 126.292/SP e do ARE n. 964.246/SP, em repercussão geral).

Consolidou-se, assim, o entendimento no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, *com fixação de pena privativa de liberdade*, não é capaz de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, já que a eventual apresentação de recursos extraordinários não permite nova discussão de fatos e provas, capazes de alterar o quadro fático que ensejou a condenação (exaurimento das instâncias ordinárias).

Portanto, de forma alguma, eu me rebelo ou deixo de cumprir aquilo que o Supremo Tribunal Federal determinou e, como já disse, fui o primeiro a trazer à Seção essa matéria em sede de reclamação. No mesmo diapasão: HC n. 385.243/SP, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 28/03/2017 e HC n. 385.295/RS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017, ambos de minha relatoria.

A questão em discussão nestes autos é outra: o julgamento do STF nos autos do HC n. 126.292/SP e do ARE n. 964.246/SP abarcou o art. 147 da LEP?

A Quinta Turma, na esteira da jurisprudência consolidada nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da guinada de 2009 (HC n. 84.078/MG), reafirma que não.

Em sentido contrário, diz a Relatora, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, agora, que em embargos de declaração (HC n. 126.292-SP), esse tema foi o objeto dos aclaratórios. Entretanto, o próprio relatório do saudoso Ministro Teori Zavascki, registrou que a impugnação da parte embargante dizia respeito ao art. 283 da Lei Adjetiva Penal. Veja-se:

“Neste recurso, o embargante alega, em síntese, que o julgado, por representar alteração radical e significativa da orientação jurisprudencial, reclama a modulação dos seus efeitos; há o dever de estabilidade dos precedentes judiciais, a fim de se evitar mudanças repentinas capazes de atentar contra a segurança jurídica e o princípio da confiança. O Supremo Tribunal Federal afastou, sem dizer e, portanto, sem a devida fundamentação e de forma omissa, a vigência do art. 283 do Código de Processo Penal. E, ao assim agir, tornou omissa a própria decisão embargada, posto que não há qualquer interpretação que possa conciliar a nova interpretação dada ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição, e o art. 283. Requer, ao final, sejam acolhidos os embargos com o objetivo de sanar a omissão nos termos do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil, modulando-se os efeitos do Habeas Corpus, a fim de que passe a valer ex nunc, de maneira que ela não tenha eficácia para a embargante.”

Este foi o objeto dos embargos. No voto, Sua Excelência sustentou a compatibilidade do multicitado art. 283 com a nova interpretação constitucional e, em *obiter dictum*, disse:

(...)Sinalize-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo o qual os recursos especiais extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no seu efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, e é certo, revogado pelo novo CPC, Lei n. 13.105/15, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, art. 105 e art. 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal (...).

Quer dizer, o objeto dos embargos de declaração foi o art. 283 do CPP. Sua Excelência (Relator) fez um acréscimo no voto dele, sem qualquer destaque nos votos dos demais eminentes Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. Além do mais, vejam bem, Sua Excelência disse que tinha a mesma compreensão da “interpretação da jurisprudência anterior a 2008, do Supremo Tribunal Federal”.

São as palavras do saudoso Ministro Teori Zavascki. Só que em relação às penas restritivas de direito, a interpretação que se dava no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça – isso não é inovação da Quinta Turma – antes e depois de 2009, sempre foi no sentido da prevalência do art. 147 da Lei de Execução Penal, sem qualquer adequação (interpretação conforme) ou proclamação de sua inconstitucionalidade. Confirmam-se:

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 88.413, 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, 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 85.289, 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. 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:

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo 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, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. 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: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88.413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85.289, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393.

4. Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg na PetExe no AREsp 971.249/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017).

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENALIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. PREJUÍZO CAUSADO ÀS VÍTIMAS NÃO APURADO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1 - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - “O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

IV - A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é vedada a consideração de inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado para valorar negativamente a personalidade ou a conduta social e exasperar a pena-base, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Inteligência do enunciado n. 444 da súmula do STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (precedentes).

V - As consequências do crime só podem ser negativamente valoradas quando extrapolados os efeitos do resultado ordinariamente previsto no tipo penal.

VI - “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” (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

VII - Antes da guinada jurisprudencial do HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendiam que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

VIII - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de dois anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, mantida a substituição da prisão por penas restritivas de direito, e para, confirmando a liminar de fls. 44-47, suspender a execução das penas restritivas de direitos até o trânsito em julgado da condenação.

(HC 393.031/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 06/06/2017)

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).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal - STF, 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 direitos. No mesmo sentido vem decidindo a eg. Quinta Turma desta Corte Superior como nos AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, DJe de 15/2/2017 e EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, DJe de 28/9/2016, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 9/11/2016.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na PetExe no AREsp 1.013.538/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na PetExe no AREsp 1.077.743/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 07/06/2017)

É verdade que, neste semestre, a colenda Sexta Turma, de forma majoritária (vencido, no ponto, o Relator), decidiu contrariamente à jurisprudência que estava consolidada nesta Corte e no STF (AgRg no REsp 1.627.367/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 da disposição expressa de lei. Incidem, assim, a cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97 e o verbete da Súmula Vinculante n. 10 do Colendo STF.

A propósito, recorde-se que a interpretação conforme a Constituição só é viável em face de normas polissêmicas, com sentido plurissignificativo, onde ao menos um se revele compatível com a Carta Magna, configurando-se, também, como forma de controle de constitucionalidade. Portanto, tal forma de interpretação é prevista legalmente no parágrafo único, do artigo 28, da Lei n. 9.868/1999, juntamente com outras formas de controle da constitucionalidade, todas submetidas ao art. 97 da CF/88 (Rcl n. 14.872, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgamento em 31/5/2014, DJe de 29/6/2014; ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe de 14/10/2011 e ADI 484, Rel. p/ acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2011, DJe de 1º/02/2012).

Nesse sentido:

A interpretação conforme a Constituição não pode ser tratada como uma simples interpretação do texto infraconstitucional. Ela embute, em si, dois juízos: primeiro, ela implica na interpretação do próprio texto constitucional; em segundo lugar, em uma interpretação do texto infraconstitucional, com a declaração da inconstitucionalidade das hipóteses de incidência da norma que não são compatíveis com a interpretação feita do texto Constitucional. Entendemos, assim, que a interpretação conforme embute dois comandos complementares: uma declaração de constitucionalidade e uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Por tal motivo, quando o julgador efetua a interpretação conforme, ele está realizando, implícita ou explicitamente, um controle de constitucionalidade, atraindo todos os efeitos e consequências intrínsecos a este tipo de controle, como, por exemplo, a necessidade de observância do art. 97 da Constituição e do procedimento dos artigos 480 a 482 da legislação processual. (LIMA, Gustavo Augusto Freitas

de. **A interpretação conforme a Constituição equivale a uma declaração de inconstitucionalidade?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23195/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-equivale-a-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade>. Acesso em 23 mar. 2017).

Senhor Presidente, trata-se de uma tentativa de mudança clássica de interpretação constitucional, que só pode ser realizada em “interpretação conforme” ou em controle de constitucionalidade, por meio do afastamento ou de adequação do art. 147 da LEP. Isso eu digo na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal tem, reiteradas vezes, chamado a atenção dos Tribunais em relação ao art. 97 da Constituição Federal e em relação à Súmula Vinculante n. 10.

Nessa perspectiva, entendo que o Supremo Tribunal Federal não analisou essa matéria em Plenário (não examinou o afastamento do referido dispositivo da Lei de Execução Penal e nem deu “interpretação conforme”), embora o eminente Relator, num acréscimo, num *obiter dicta* no seu voto, possa ter feito referência ao art. 147.

Alega-se, também, que a Corte Especial deste Tribunal já se manifestou nesse sentido. Na questão de ordem na Ação Penal n. 675, da relatoria Ministra Nancy Andrighi, também estava em discussão apenas *pena privativa de liberdade*. Logo, *data venia*, não houve “interpretação conforme” do art. 147 pela Corte Especial.

Por fim, o recente caso do TSE, citado pelo eminente Ministro Néfi Cordeiro, ainda não constitui um julgado. Há, na realidade, um empate, tendo o Ministro Gilmar Mendes solicitado vista, para dar o voto de desempate. Lá, a divergência entre a Quinta e a Sexta Turma deste Tribunal ficou bem esclarecida, tanto que ainda pende de resultado final.

Quanto às respeitáveis decisões monocráticas do STF indicadas pela Relatora, lembro que existem decisões também monocráticas em sentido diametralmente oposto. Refiro-me aos Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello, concedendo ou mantendo liminares em sede de execução provisória de penas restritivas de direito, o que reforça, mais ainda, a necessidade de um pronunciamento específico do STF ou da Corte Especial do STJ, quanto ao art. 147 da LEP.

Faço essas considerações sobretudo para que não se entenda a diretriz da Quinta Turma como uma tentativa de resistência ou de descumprimento ao comando do Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP. Pelo contrário,

tenho a consciência tranquila no sentido de que, desde o primeiro momento, fiz o cumprimento dessa decisão plenária do Excelso Pretório, inclusive em sede de reclamação.

Penso que devemos manter e prestigiar a jurisprudência do STF e do STJ, anterior a 2009, porque ela, sim, é compatível com a vigência do art. 147 da LEP e com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dava ao momento da execução das penas restritivas de direito, até o julgamento do HC n. 84.078/MG, DJe de 26/02/2010.

Portanto, enquanto não houver interpretação diversa (conforme a CF/88), pela Corte Especial deste Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, não me sinto obrigado a alterar a diretriz da Quinta Turma a respeito do tema.

Senhor Presidente, nego provimento aos embargos de divergência, pedindo a mais respeitosa licença à Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Senhor Presidente, egrégia Seção, não fiz voto escrito, mas vou fazer algumas considerações, e para tanto peço a colaboração da taquigrafia.

Começo pela parte em que o Ministro Reynaldo Soares terminou: pelo argumento histórico. A análise da jurisprudência do Supremo – o tempo em que ele, como hoje, permitia a execução provisória das penas privativas de liberdade – nos conduz a que não tinha a mesma linha em relação às penas restritivas de direito.

A Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura coloca: “mas não importa o que se decidiu antes, o que importa é como está a situação agora.” Pois bem, em relação às penas privativas de liberdade, temos, no STF, uma definição clara; em relação às restritivas de direito, *data maxima venia*, não temos. Temos decisões monocráticas de um jeito, decisões monocráticas de outro, e alguns Ministros que não se pronunciaram. Na decisão do Ministro Teori Zavascki, ele aventa a situação, mas, depois, inclusive em embargos de declaração, esclarece apenas a questão relativa ao art. 183 do Código de Processo Penal e não se refere aos dispositivos da Lei de Execução Penal.

Então, o meu primeiro ponto é o argumento histórico.

O segundo ponto é a questão de que há um princípio interpretativo que nos diz que as normas ou as regras que impõem restrições devem ser interpretadas

restritivamente. Há até um brocardo latino (do qual tenho dúvida a respeito da pronúncia da primeira palavra), que é: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*.

Ora, sem dúvida nenhuma, em relação ao *jus libertatis*, a decisão do Supremo que retomou a ideia de que se deve permitir a execução provisória, é uma regra restritiva. Então, tenho que interpretá-la restritivamente, tenho que ler aquelas decisões que foram tomadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e extrair dali o quê? Qual é a restrição que está clara? É a restrição relativa às penas privativas de liberdade. No tocante às penas restritivas de direito, não há uma clara restrição – então vou interpretar isso restritivamente.

Ainda há uma segunda questão de ordem interpretativa. É a interpretação sistemática das diretrizes sobre os recursos extremos: o recurso extraordinário e o recurso especial. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, acredito que por um equívoco do legislador desse Código, ele revogou os dispositivos sobre recurso extraordinário e recurso especial existentes na Lei n. 8.038. Então, o Processo Penal hoje está sendo obrigado pela via do art. 3º do CPP a buscar no Processo Civil a estrutura do recurso extraordinário e do recurso especial. Esta Seção, quando entrou em vigor o CPC novo, reuniu-se para meditar sobre o que é que nós iríamos fazer para aplicar as regras respectivas diante do novo quadro normativo. E dissemos que não aplicaríamos os dispositivos do Código de Processo Civil novo quando houvesse choque com dispositivos do Código de Processo Penal ou algum dispositivo remanescente da Lei n. 8.038 ou a princípios de aplicação do Processo Penal.

É evidente que o Código de Processo Civil novo reforçou o caráter meramente devolutivo dos recursos extremos. E isso não condiz, inteiramente com o espírito do Código de Processo Penal. Por conseguinte, esse é mais um motivo que me leva a pensar que, o quanto possível eu puder deixar sem esse avanço, eu o devo fazer.

O terceiro ponto é uma questão redacional na LEP, e parece-me que essa é uma situação que não foi observada até agora, e da talvez alguém diga: “mas isso é muito pouco, isso é interpretação literal ou gramatical, que é a menos recomendável”, mas há uma diferença entre a redação do art. 147 e a do art. 105, ambos da lei de Execuções Penais, dispositivos esses que foram invocados para dizer que não há distinção entre penas privativas de liberdade, regidas pelo último, e restritivas de direitos, reguladas no primeiro. Pode-se dizer que se está levantando o problema do art. 147, sendo que há o art. 105, que é igual.

Pois eu digo que é *quase* igual, mas não é igual. Lembro-me do título de um livro de Umberto Eco sobre tradução: *Quase a Mesma Coisa*. A interpretação das normas é o quê? É traduzir ‘juridiquês’ em português. Pois bem, é quase a mesma coisa, porque o art. 105 diz: “Transitando [gerúndio] em julgado a sentença que condena à pena (...)”, e no art. 147 está no particípio passado: “Transitada em julgado (...)”. Então, no art. 147, exige-se que, realmente, haja o trânsito em julgado indiscutível. Mas, no artigo das penas privativas de liberdade, está “transitando”, ou seja, aquela decisão condenatória, mesmo que ainda não tenha transitado, mas esteja transitando, e aí me parece cabível imaginar que o esgotamento das instâncias ordinárias, que era onde os recursos tinham efeitos suspensivos, se acabou. Então, ele caminha para transitar, o que mostra que é possível imaginar uma diferença. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não expungir de vez essa dúvida, temos, em nome da preservação da liberdade, de optar pela exegese que melhor defende essa mesma liberdade.

Finalmente, o quarto e último ponto do meu voto refere-se à alegação de que não existem, em verdade, penas originalmente restritivas de direito, que elas são conversões das penas privativas de liberdade, então deveríamos aplicar a mesma regra. Permito-me uma licença poética aqui: é como dizer que não existem borboletas, que elas são apenas lagartas convertidas. Acho que, dada a absoluta distinção entre a natureza e os efeitos das penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos, é possível estabelecer esse *discrímen*. Por isso, com todas as vênias à relatoria e aos ilustres Pares que a acompanharam, acosto-me à divergência.