



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 462.214 - SP (2018/0193640-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCOS ANDRE MASSA
ADVOGADO : THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS E OUTRO(S) - SP390059

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENFRENTAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, III, A, DA CF. DISCUSSÃO INVIÁVEL NO ÂMBITO DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - *"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 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe 17/5/2016).

II - Na hipótese das penas restritivas de direitos, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp 1619087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

III - Não cabe a este Superior Tribunal de Justiça, ainda que para o fim de prequestionamento, proceder a eventual interpretação constitucional, na forma de verdadeiro controle de constitucionalidade, da **quaestio juris** sob exame à luz dos dispositivos constitucionais mencionados, sob pena de usurpar a competência do col. Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 462.214 - SP (2018/0193640-1)

AGRAVANTE : MARCOS ANDRE MASSA
ADVOGADO : THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS E OUTRO(S) -
SP390059

AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão proferida por esta relatoria às fls. 865-869, em que, acolhendo os embargos de declaração interpostos pelo ora agravado, fixei o regime aberto e substituí a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, determinando que se aguardasse o trânsito em julgado para dar início à sua execução.

No presente recurso, sustenta o agravante que a execução provisória das penas restritivas de direitos encontra-se em conformidade com a atual jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, citando os precedentes RE n. 1.125.909/SP, de relatoria do nobre Min. **Roberto Barroso**, o HC n. 141.978 AgR/SP e o HC n. 142.750 AgR/RJ, ambos de relatoria do insigne Min. **Luiz Fux**.

Argumenta que a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade deve necessariamente determinar igualmente a execução provisória da pena restritiva de direitos, por ser esta mais branda que a primeira, sob pena de violar os princípios da **razoabilidade constitucional** e do **devido processo substantivo**, nos termos do art. 5º, LIX, da Constituição da República.

Com o fim de prequestionamento, requer o exame da controvérsia à luz dos dispositivos constitucionais previstos no art. 5º, **caput** e incisos XXXVI e LIV, da Constituição Federal.

Requer seja exercido o juízo de retratação ou submetido o agravo ao Colegiado para julgamento e provimento.

Por manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 462.214 - SP (2018/0193640-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MARCOS ANDRE MASSA
ADVOGADO : THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS E OUTRO(S) - SP390059
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENFRENTAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, III, A, DA CF. DISCUSSÃO INVIÁVEL NO ÂMBITO DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - "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 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe 17/5/2016).

II - Na hipótese das penas restritivas de direitos, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp 1619087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

III - Não cabe a este Superior Tribunal de Justiça, ainda que para o fim de prequestionamento, proceder a eventual interpretação constitucional, na forma de verdadeiro controle de constitucionalidade, da **quaestio juris** sob exame à luz dos dispositivos constitucionais mencionados, sob pena de usurpar a competência do col. Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do **agravo**.

Sustenta o agravante, em síntese, a possibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo, inicialmente, os fundamentos da decisão agravada (fls. 865-869):

*"Trata-se de embargos de declaração opostos contra a decisão de fls. 830-849, que, nada obstante não tenha conhecido do **habeas corpus**, concedeu parcialmente a ordem, de ofício, para absolver o paciente da prática do crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90, por atipicidade material decorrente da aplicação do princípio da insignificância.*

Argumenta o embargante que a decisão foi omissa por não haver se manifestado, em face da parcial absolvição e da consequente diminuição de pena operada, em relação ao regime de cumprimento e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ademais, postula que, caso operada a substituição, determine-se a expedição de contramandado de prisão, tendo em vista a impossibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos.

Requer, assim, o conhecimento e o provimento dos embargos para cassar o r. despacho do insigne Juízo de 1ª Grau, que expediu novo mandado de prisão, e estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

É o relatório.

Decido.

Com efeito, assiste razão ao embargante, razão pela qual procedo inicialmente à fixação do regime de cumprimento de pena.

Conforme prevê o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal o condenado não reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. E consoante o § 3º do mesmo artigo, a fixação do regime inicial far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP.

*Por outro turno, a **Súmula n. 440/STJ** dispõe que: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Verifica-se, no presente caso, que o v. acórdão do eg. Tribunal de origem que julgou o recurso de apelação (fls. 578-607) condenou o embargante, como incurso no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, à pena de **2 (dois) anos de reclusão**, com fixação da **pena-base no mínimo legal**, visto que nenhuma circunstância judicial do art. 59 do CP foi avaliada negativamente.

Ademais, o embargante é **primário** e o eg. Tribunal **a quo** determinou o regime semiaberto exclusivamente em virtude do somatório das penas anteriormente aplicadas.

Assim, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal, determino o **regime aberto** para o cumprimento da pena.

Presentes os requisitos legais - pena inferior a 4 (quatro) anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, primariedade e circunstâncias judiciais todas favoráveis -, na forma do art. 44, incisos e parágrafos, do Código Penal, **substituo** a pena **privativa de liberdade** por **duas penas restritiva de direitos**, em moldes a serem estabelecidos pelo d. Juízo da Execução.

Finalmente, cumpre observar que, malgrado a ressalva do entendimento deste Relator, **esta Corte Superior de Justiça não admite a execução provisória da pena para os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Nesse sentido, confirmam-se os recentes 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1º/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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

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).

Desse modo, deve aguardar-se o trânsito em julgado da ação penal para que seja iniciado cumprimento da pena restritiva de direitos e da multa.

Ante o exposto, **acolho os embargos de declaração**, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, determinando que se aguarde o trânsito em julgado da ação penal para dar início à sua execução. Por conseguinte, expeça-se contramandado de prisão.

P. I."

O col. **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento anterior para decidir, no julgamento do HC n. 126.292/SP, de relatoria do insigne Min. **Teori Zavascki**, 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" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

Este entendimento foi confirmado pela col. Suprema Corte em julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, bem como no ARE n. 964.246/SP, este com **repercussão geral**.

Ressalte-se que o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 141.978 AgRg/SP, de relatoria do 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 n.ºs 43 e 44, no HC n.º 126.292/SP e no ARE n.º 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema n.º 925."*

De se ressaltar, contudo, malgrado a ressalva do entendimento deste Relator, que **esta Corte Superior de Justiça não estendeu tal compreensão para os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Isso porque, antes da modificação do entendimento jurisprudencial ocorrido com o julgamento do **HC n. 84.078/MG**, vedando a execução provisória da pena privativa de liberdade, hoje superado pela compreensão firmada no bojo do **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).

Dessa forma, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp 1619087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Colaciono a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (EREsp 1.619.087/SC, **Terceira Seção**, Rel. Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, Rel. p/ Acórdão Min. **Jorge Mussi**, DJe 24/08/2017).

E também dos seguintes julgados:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, 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.

II - O paciente foi condenado pelo crime descrito no artigo 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa.

III - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva e multa, e não por duas restritivas de direitos, conforme decidido no v. acórdão, esbarra na orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, sedimentada na Súmula n. 171/STJ, segundo a qual, 'Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'.

IV - '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'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/5/2016).

V - Entretanto, no caso das penas restritivas de direitos, este Tribunal manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Esta Quinta Turma manifestou a mesma orientação no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP.

VI - A condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (HC 468.066/SC, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 23/10/2018).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (AGRG NO HC 435.092/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, o referido entendimento foi confirmado.

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. Precedentes.

3. Hipótese em que se encontra em pleno vigor o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11/7/1984) e não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade. Por conseguinte, este órgão colegiado não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10.

4. Entendimento ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/2018, nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, cujo acórdão pende de publicação.

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC 462.780/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 13/11/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do CPP.

2. Esta Corte Superior, ao analisar a questão, posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que, de acordo com o julgamento da Terceira Seção desta Corte Superior, proferido no EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3. Não cabe a esta Corte Superior, na via especial, a análise de violação ao art. 5º, incisos LVII e LIV, da Constituição Federal, ainda que com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, sob pena de haver a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar o re julgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado.

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 1763168/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31/10/2018)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. MARCOS INTERRUPTIVOS. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. INDEFERIDA A EXECUÇÃO ANTECIPADA.

1. São intempestivos os embargos de declaração opostos fora do prazo de 2 dias, previsto no art. 619 do CPP.

2. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.

3. Constitui novo marco interruptivo o acórdão proferido durante julgamento do recurso de apelação do Ministério Público que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alterou substancialmente a condenação, a fim de majorar a pena, tendo, igualmente, modificado o prazo prescricional.

4. Negado provimento ao agravo em recurso especial, a data do trânsito em julgado para a defesa retroagirá ao último dia do prazo para a interposição do recurso especial na origem, conforme entendimento consolidado no EAREsp 386.266/SP.

5. Não decorrido o lapso prescricional entre os marcos interruptivos, não se opera a prescrição da pretensão punitiva.

6. O entendimento desta Corte é pela impossibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos.

*7. Embargos declaratórios e agravo regimental não conhecidos e indeferidos os pedidos de extinção da punibilidade pela prescrição e de execução provisória da pena restritiva de direitos." (EDcl no AREsp 545.862/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 25/09/2018)*

"HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Min. 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. Essa orientação também é aplicável nos casos de suspensão condicional da pena. Precedentes.

*2. Ordem concedida para determinar a suspensão da execução da pena imposta ao Paciente até o trânsito em julgado da condenação, confirmando a liminar anteriormente deferida." (HC 459.554/SC, **Sexta Turma**, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe 03/10/2018)*

No caso sob exame, infere-se que a condenação não transitou em julgado para a Defesa, **encontrando-se pendente de julgamento agravo em recurso extraordinário.**

Assim, de rigor a suspensão da execução das penas restritivas de direitos imposta em face do agravado, até o trânsito em julgado da condenação.

Acrescento que no presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE DEBATE DA TESE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CADA CONDENADO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de argumentos capazes de alterar os fundamentos anteriormente firmados.

[...]

6. Assim, inexistindo novos fundamentos capazes de modificar o decisum impugnado, deve ser mantida a decisão.

7. Agravo improvido" (AgRg no HC n. 384.871/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 9/8/2017).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 369.103/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 31/8/2017)

Por derradeiro, destaco que não cabe a este Superior Tribunal de Justiça, ainda que para o fim de prequestionamento, proceder a eventual interpretação constitucional, na forma de verdadeiro controle de constitucionalidade, da **quaestio juris** sob exame à luz dos dispositivos constitucionais mencionados, sob pena de usurpar a competência do col. Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal. Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO. HABEAS CORPUS. RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART.258 DO RISTJ. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - Este Superior Tribunal de Justiça se posicionava no sentido de que a superveniência de nova condenação, no curso da execução da pena, determinava a unificação das reprimendas e a fixação de nova data-base para a concessão de benefícios.

II - A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.557.461/SC, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e o Habeas Corpus n. 381.248/MG, com Relator para o acórdão o Ministro Sebastião Reis Júnior, modificou a orientação anterior e sedimentou o entendimento de que a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal.

III - A decisão vergastada, que modificou o termo a quo para novos benefícios da execução, em face da unificação de penas, estabelecendo como novo marco a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória, está em confronto com a nova orientação jurisprudencial firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça e, portanto, configura constrangimento ilegal.

IV - A existência de uma decisão com entendimento diverso, proferida pelo col. Supremo Tribunal Federal em habeas corpus, por um de seus órgãos fracionários, sem efeito vinculante portanto, não impede que esta Corte mantenha orientação interpretativa que entender mais correta à norma infraconstitucional.

V - Não cabe a esta Corte analisar suposta ofensa a princípios constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 455.690/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/09/2018)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A alegação no sentido de que o autor do delito era menor de 21 anos ao tempo do fato e que não fora aplicada a causa atenuante de pena, prevista no inciso I, do Art. 65 do CP, não foi objeto da apelação e tampouco das contrarrazões do recurso especial. Cuida-se, portanto, de evidente inovação recursal no âmbito das contrarrazões ao agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial.

2. "É descabido postular a concessão de habeas corpus de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial, uma vez que o deferimento daquele ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de locomoção, não servindo para suprir eventuais falhas na interposição do recurso, para que sejam apreciadas alegações trazidas a destempo" (EDcl no AgRg no AREsp n. 171.834/RN, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 5/3/2013, DJe 13/3/2013).

3. "A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Carta Magna. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema" (AgRg no REsp 1.651.550/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017).

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg nos EDcl no AREsp 1286537/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 03/09/2018)

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL PARA O BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEP. INFRINGÊNCIA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a Jurisprudência desta Corte Superior, ante a ausência de previsão no rol do art. 2º da Lei 8.072/90, o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, não é crime hediondo ou equiparado.

2. Para a progressão de regime, no delito de associação para o tráfico de entorpecentes, deve ser aplicada a regra contida no art. 112 da LEP, que determina o cumprimento de 1/6 da pena para aquisição desse benefício.

3. Não cabe a esta Corte manifestar-se, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos/princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 396.983/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2017)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0193640-1

**AgRg nos EDcl no
HC 462.214 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00833241520128260050 20170000831299 20180000471175 833241520128260050

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS E OUTROS
ADVOGADOS : DÉBORA MOTTA CARDOSO - SP137575
KARIN TOSCANO MIELENHAUSEN - SP239888
THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS - SP390059
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANDRE MASSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCOS ANDRE MASSA
ADVOGADO : THIAGO LUCIO DANTAS DE FREITAS E OUTRO(S) - SP390059

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.