

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.367 - SP (2016/0248384-0)**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** agrava de decisão monocrática, proferida pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, que deu provimento ao recurso especial interposto pela defesa, a fim de estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena (fls. 261-264).

Neste agravo, o *Parquet* sustenta que as instâncias ordinárias haviam indicado motivação idônea para justificar a imposição do regime inicial semiaberto, ante a análise desfavorável dos antecedentes, da conduta social e das circunstâncias do crime, conforme disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

O relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, **concedeu ordem de habeas corpus, de ofício**, para afastar a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e das circunstâncias do crime, readequando a reprimenda imposta ao acusado, tornando-a definitiva em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, **negou provimento ao agravo regimental e indeferiu o pedido de execução provisória da pena imposta ao réu.**

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão atinente à execução imediata da pena restritiva de direito, aplicadas ao ora agravado em substituição à pena privativa de liberdade.

Registro, de início, que adiro ao voto do Ministro Relator, em relação à concessão da ordem para reduzir a pena ao mínimo legal e à manutenção do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Passo a examinar a possibilidade de execução imediata da pena. Na espécie, a pena privativa de liberdade imposta ao acusado foi substituída por pena restritiva de direitos, "consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, na forma em que fixada pelo Juízo das Execuções Criminais" (fl. 154).

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não

# Superior Tribunal de Justiça

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

A matéria foi objeto de novo exame pela Corte Suprema, em 5/10/2016, **nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44**, ocasião em que o Plenário, ao indeferir a tutela cautelar, **conferiu interpretação conforme ao art. 283 do Código de Processo Penal** ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva") para assentar que **encontra guarida no texto constitucional o início da execução da pena após prolação de acórdão condenatório**.

Tal entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do **ARE n. 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral**, instituto inserido no contexto da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dado que a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante disposto nos arts. 1.039, *caput* e parágrafo único, e 1.040, I, II e II, ambos do Código de Processo Civil, **de maneira a conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em recurso extraordinário**.

A compreensão externada pode ser resumida na conclusão de que **o recurso especial não obsta, via de regra, o início da execução da pena, excepcionada aquelas hipóteses em que, à vista dos requisitos cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), seja atribuído efeito suspensivo ao recurso**, cuja competência para a análise do pedido cabe à presidência do tribunal de justiça recorrido, antes de realizada o juízo de admissibilidade da impugnação especial (CPC, art. 1.029, § 5º, III e Súmulas n. 634 e 635 do STF).

No caso, o Tribunal de Justiça estadual confirmou a condenação do agravado. Interposto recurso especial contra o referido *decisum*, seu processamento foi admitido na origem e, recebidos os autos nesta Corte Superior, o pleito foi acolhido para alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda. **Houve, portando, prévio esgotamento da jurisdição ordinária, sendo cabível a execução imediata da pena**.

Embora, na espécie, o réu haja sido condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade

por restritiva de direitos, o raciocínio desenvolvido nos casos indicados alhures se mantém para o caso de imposição de medida restritiva de direitos por dois motivos: 1º) **se é possível a execução provisória de pena privativa de liberdade, muito mais gravosa para o réu, com muito mais razão é possível a execução de medida restritiva de direitos, menos gravosa** e 2º) **a imposição de medida restritiva de direitos também se insere no conceito de sanção penal para efeitos de execução da pena.** Aliás, na condenação foi aplicada, em primeiro lugar, pena privativa de liberdade, tendo o réu, por imposição legal, se beneficiado pela substituição por restritiva de direitos.

No mesmo sentido, menciono precedente desta Sexta Turma:

[...]

5. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/MG, de 17/2/2016) de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio da presunção de inocência, entendimento reafirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 5/10/2016, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

**6. Ausente efeito suspensivo ao recurso especial, não há óbice à execução provisória de pena restritiva de direitos.**

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.420.207/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 22/11/2016, destaquei.)

À vista do exposto, peço vênias ao Relator para divergir apenas em relação à **possibilidade de execução imediata da pena, a fim de deferir o pedido formulado pelo Ministério Público Federal às fls. 255-256 e determinar, por conseguinte, o envio de cópia dos autos ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos – SP (juízo da condenação) para que expeça o mandado de prisão e encaminhe a guia de recolhimento ao juízo da VEC, para imediata execução da pena imposta ao agravado.**