

TutPrv no RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.831 - SP (2011/0156764-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
REQUERENTE : M A S C
ADVOGADO : OMAR JOSÉ BADDAUY - PR003748
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de petição incidental de fls. 3119/3144, por meio da qual M A S C requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso especial, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu parcial provimento ao apelo do *Parquet* para condenar o requerente como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, do Código Penal, às penas de 4 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 41 dias-multa.

No pedido incidental, a defesa afirma que o Juízo de primeiro grau determinou a execução provisória das penas impostas na Ação Penal n. 0708599-82.1997.403.6106, não obstante a ausência de competência para tal determinação, além de ainda estarem pendentes de julgamento os recursos especial e agravo em recurso extraordinário.

Sustenta que no acórdão condenatório constou expressamente que o mandado de prisão somente seria expedido após o trânsito em julgado daquela decisão.

Alega que, a despeito do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da condenação, ainda não houve o julgamento do mérito das ADCs n. 43 e 44, motivo pelo qual a decisão cautelar proferida pelo Pretório Excelso não possui efeito vinculante.

Afirma que no julgamento do HC n. 126.292/SP fez-se referência ao cumprimento provisório da reprimenda somente nas hipóteses de confirmação da condenação pelo Tribunal, o que não se verifica no caso em análise, em que o requerente foi absolvido em primeiro grau, vindo a ser condenado somente pela Corte regional.

Aduz, também, que em se tratando de pena inferior a 8 anos, cujo cumprimento será no regime semiaberto, também não há como prevalecer a orientação do STF, a qual se limita ao resgate da reprimenda no modo fechado.

Requer, desse modo, a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ainda pendente de julgamento, para que seja obstada a execução provisória da pena que lhe foi imposta, com a imediata soltura do requerente.

É o relatório.

Consoante se infere da decisão apresentada pelo requerente à fl. 3137, prolatada pelo Juízo Federal da Seção Judiciária de São Paulo em 10.03.2017, foi determinada a execução provisória das penas impostas ao réu, motivo pelo qual este se insurge com o presente pedido de concessão de efeito suspensivo ao seu recurso especial, o qual encontra-se pendente de julgamento neste Sodalício.

Nos termos do parágrafo único do art. 995 do Código de Processo Civil, para a atribuição de efeito suspensivo à eficácia da decisão recorrida, é necessária a presença, concomitante, de dois requisitos, quais sejam, o risco de

Superior Tribunal de Justiça

dano grave, de difícil ou impossível reparação (*periculum in mora*), e a demonstração da probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*).

In casu, ao menos em um juízo de cognição sumária das alegações do peticionante, se verifica a presença de ambos pressupostos.

Isso porque, quanto à pretensão que é objeto do apelo nobre, especialmente a relativa à dosimetria da pena, constata-se a probabilidade do direito do réu, haja vista que a sanção básica foi exasperada excessivamente, não guardando proporcionalidade com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Note-se que a Corte recorrida estabeleceu a pena-base pelo cometimento do delito de estelionato em 3 (três) anos, o que corresponde ao triplo da reprimenda mínima estabelecida no art. 171 do CP, tão somente devido à desfavorabilidade da culpabilidade, motivos e consequências do crime, sem descrever de forma suficiente os elementos concretos que justificariam o implemento de pena no *quantum* estabelecido.

Nesse ponto, é pacífico o entendimento deste Sodalício de que a pena deve guardar proporcionalidade com os elementos concretos do delito. A propósito, os julgamentos proferidos nos seguintes recursos: HC 339.329/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; e HC 323.035/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015.

Ademais, caso provido o apelo nobre para fins de redução da reprimenda, que poderá ser estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos, existe a possibilidade de ser operada a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Nesse aspecto, cabe dizer que, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 126.292 e das medidas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44, tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no artigo 147 da Lei de Execução Penal, que preceitua:

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.

Nesse sentido, o recente julgado:

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 88413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85289, 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 ASSULETE 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 da 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 no ParExe no AREsp 1002186/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)

Assim, da análise perfunctória das alegações do requerente e do objeto do apelo nobre, tendo em vista que o eventual acolhimento do pedido recursal poderá acarretar na modificação do modo de cumprimento da pena havendo, ainda, perigo da demora na solução da questão, haja vista a expedição de mandado de prisão, merece ser deferido, *ad cautelam*, o efeito suspensivo pleiteado, de modo a obstar a execução provisória da reprimenda.

Por essas razões, **defere-se** o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial.

Comunique-se, com urgência, o Juízo de primeiro grau acerca da presente decisão suspensiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de maio de 2017.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator