

TutPrv no RECURSO ESPECIAL Nº 1.641.431 - SP (2016/0315600-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
REQUERENTE : [REDACTED]
ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTRO(S) - SP148022
ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

[REDACTED] através da petição de e-STJ fls. 1.566/1.571, requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu, em parte, apelação do Ministério Público majorando para 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, mais 13 (treze) dias-multa à pena que lhe foi imposta, por infração ao art. 180, §1º, do Código Penal, cancelando, ainda, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, determinando-se a expedição do respectivo mandado de prisão, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 1.403):

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. *Inexistência da alegada incompetência do juízo, questão, aliás, já afastada por duas vezes em primeiro grau e que está superada pela prorrogação da, competência relativa. Prova robusta da autoria e da materialidade da receptação dolosa de medicamentos pelos réus no exercício da atividade comercial, ainda que clandestina. Condenação dos acusados por receptação qualificada inafastável, bem como pelo delito de posse ilegal de arma com relação a um deles, que admitiu tal conduta. Impossibilidade, porém, de condenação dos réus pelo delito do artigo 288, do Código Penal, pretendida pela acusação. Inexistência de ligação estável entre todos os acusados para o fim específico de praticar crimes, segundo a prova produzida. Reprimendas do crime de posse ilegal de arma de fogo no piso, não comportando qualquer alteração. Penas da receptação, porém, que merecem majoração na base, nos termos do recurso ministerial, pela gravidade da conduta, muito além da comum à espécie. Fixação do regime inicial fechado igualmente necessária, devendo ser cancelada a substituição efetuada em primeiro grau, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Apelos defensivos improvidos, afastada a matéria preliminar, e recurso ministerial parcialmente acolhido, para a majoração das penas, agravamento do regime prisional e o cancelamento da substituição efetuada na sentença.*

Superior Tribunal de Justiça

Embargos de declaração assim rejeitados (e-STJ fl. 1.429):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão do v. acórdão embargado. Inocorrência. Caráter infringente do recurso. Embargos de declaração rejeitados.

Nas razões do recurso especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte requerente violação dos arts. 387, §2º, do CPP, 59 e 33, §3º, do Código Penal.

Aduz que, considerando o tempo de prisão provisória, a pena seria reduzida para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, sanção que não comportaria o regime fechado.

Acrescenta que "dentre as **oito circunstâncias** judiciais arroladas pelo artigo **59 do Código Penal** para nortear a fixação da pena-base, o v. acórdão entendeu dotada de 'peculiaridade' apenas a que, relacionada à quantidade das mercadorias apreendida e o suposto valor as mesmas, merecia 'punição mais severa'" (e-STJ fl. 1.469). Tal motivação, todavia, já fora considerada pelo legislador na cominação da pena em abstrato, de modo não possuir o condão de elevar a pena imposta ao ora agravante (e-STJ fl. 1.471).

Finaliza dizendo que "fixada a pena do ora recorrente em **quatro anos** de reclusão, **rigorosamente primário**, ainda que se admita a existência de circunstância judicial desfavorável, aponta a fixação de regime aberto, ou, na pior das hipóteses, o recrudescimento do regime imposto em primeira instância seria para o semiaberto, **jamaís ao fechado** como operado no v. acórdão" (e-STJ fl. 1.473).

Nesta oportunidade, requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, tendo em vista que, no julgamento da apelação, foi determinada a expedição de mandado de prisão para início da execução provisória da pena.

A defesa impetrou, ainda, nesta Eg. Corte, o HC n. 354.516/SP requerendo, dentre outros pleitos, a nulidade do tópico do acórdão que determinou a expedição de mandado de prisão.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

Inicialmente, destaco que, ao julgar o *writ* anteriormente impetrado, limitei-me a analisar os aspectos formais relativos à execução provisória em questão, até porque, nos termos da jurisprudência do STF, inviável a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do recurso especial.

Passo, então, a apreciar a presente medida cautelar, autuada como pedido de tutela provisória, em que se objetiva a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, com a finalidade de obstar a determinação de execução provisória da pena de prisão em regime fechado imposta ao requerente.

Os recursos de natureza extraordinária, em regra, são desprovidos de efeito suspensivo, dependendo a sua atribuição de decisão judicial expressa. A sua interposição não impede a eficácia da decisão recorrida.

É esta, inclusive, a redação do art. 995 do CPC:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

O Código de Processo Civil, no entanto, prevê a possibilidade de atribuir-se efeito suspensivo ao recurso especial pelo relator, nos seguintes termos:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

[...]

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

E dispõe, em seus arts. 294 e 300, acerca da tutela de urgência:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Superior Tribunal de Justiça

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Como se pode observar, a concessão da tutela de urgência pressupõe a presença da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Na situação em exame, ainda que em sede de cognição sumária, verifico a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que autorizam o deferimento do pleito defensivo.

De fato, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu 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 (STF, HC 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/5/2016, publicado em 17/5/2016).

A matéria foi novamente decidida, em 5/10/2016, pela Suprema Corte, que, ao apreciar a ADC 43 e ADC 44/DF, propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, indeferiu cautelar reafirmando a possibilidade de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau.

Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao apreciar apelação ministerial, majorou para 4 (quatro) anos de reclusão, a pena imposta ao requerente, incurso no art. 180, §1º, do Código Penal. Na oportunidade, alterou o regime prisional de aberto para fechado, cassando, ainda, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ora, da leitura do acórdão recorrido, observo que a Corte de origem, ao majorar a pena-base, deixou de indicar qual circunstância do art. 59 do Código

Superior Tribunal de Justiça

Penal estava sendo valorada negativamente, valendo aqui destacar que o Magistrado, à oportunidade da prolação da sentença, expressamente reconheceu que "o réu é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências". (e-STJ fl. 988)

Por outro lado, imposta ao acusado, que é primário, a pena reclusiva de 4 (quatro) anos, tem a jurisprudência desta Eg. Corte fixado o regime prisional semiaberto, ainda que a pena-base tenha sido estabelecida acima do mínimo legal, devido à valoração negativa de circunstância judicial, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, sem que se possa falar em malferimento das Súmulas 718 e 719 do STF, bem como da Súmula 440 do STJ. Entrementes, tratando-se de réu primário e estabelecida pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cumpre reconhecer que ele faz jus ao regime semiaberto de cumprimento da pena.

[...]

5. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao réu, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando pena em meio mais gravoso. (HC 363.066/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016)

HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO

ÚNICO, DO CP). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SANÇÃO IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS APONTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. NON REFORMATIO IN PEJUS. REGIME SEMIABERTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. In casu, embora ilegal a motivação adotada para justificar o regime prisional mais gravoso, de rigor a fixação do regime prisional semiaberto, tendo em vista, de um lado, a primariedade do paciente e o quantum da pena final - 4 anos de reclusão -, e, de outro, as circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas pelo Tribunal de origem.

[...]

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, ex officio, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 362.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016)

HABEAS CORPUS. ARTS. 171, CAPUT E § 3º, C/C O ART. 12, II, AMBOS DO CP. TESE DE DESARRAZOADA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PEDIDO DE REDUÇÃO MÁXIMA DA PENA PELA TENTATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DIRETA DO REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

5. A gravidade concreta do crime e a existência de circunstâncias desfavoráveis justificam a fixação, ao réu primário, de regime prisional mais gravoso do que o correspondente à pena aplicada que, se inferior a 4 anos de reclusão, deve ser, a princípio, o semiaberto, afigurando-se desproporcional a escolha, per saltum, do

Superior Tribunal de Justiça

regime fechado. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena. (HC 271.280/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

Ante o exposto, **DEFIRO** efeito suspensivo ao recurso especial interposto por CARLOS ALBETO RAMBALDO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2017.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator