AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.445.568 - RS (2019/0043034-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	EVERTON GRAVI DA SILVA
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **EVERTON GRAVI DA SILVA** contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS E CONTRA A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. DISPARO DE ARMA DE FOGO E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> 1. PRESCRIÇÃO. Extinta a punibilidade dos réus quanto ao delito de violação de domicílio, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena em concreto.
> 2. MATERIALIDADE DO DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. Irrelevante a apreensão da arma para comprovar a materialidade e autoria do delito de disparo de arma de fogo, circunstância plenamente auferida pela prova documental e oral produzida.
> 3. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Os depoimentos das testemunhas foram uníssonos e coerentes com as demais provas produzidas, tendo valor probatório suficiente para sustentar a condenação. Negativa de autoria sustentada pelo réu que não convence, diante da prova oral.
> 4. PENA. Justificado o afastamento da pena - base do mínimo legal em face dos maus antecedentes ostentado pelo acusado, bem como pela motivação do delito.
> 5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. O juízo de incriminação derivado do exame de fatos e de provas insuscetível de reexame na Superior Instância, porquanto os recursos especiais e extraordinários possuem cognição vinculada à matéria de direito e não ostentam efeito suspensivo.
> Expedição do mandado de prisão determinada, tão logo certificado o esgotamento da jurisdição ordinária.
> EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS ACUSADOS QUANTO AO PRIMEIRO FATO. APELO DO RÉU E.G.S. IMPROVIDO." (e-STJ, fl. 336).

A defesa aponta negativa de vigência aos arts. 33, § 2º, "b" e "c" e 44, ambos do CP e 283 do CPP. Alega que estabelecida a pena inferior a quatro anos e não sendo o réu reincidente, deve ser estabelecido o regime aberto. Aduz, ainda, que o

recorrente preenche os requisitos estabelecidos no art. 44 do CP e defende a substituição da pena restritiva de direitos pela privativa de liberdade. Por fim, afirma que "não há como relativizar a tutela constitucional que salvaguarda o direito da presunção de inocência, pelo que merece ser admitido e provido o presente Recurso Especial, reconhecendo-se a negativa de vigência ao artigo 283 do Código de Processo Penal e, consequentemente, determinando-se que se aguarde o trânsito em julgado da condenação para que se dê início à execução da pena privativa de liberdade imposta ao recorrente".

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 399-409).

O recurso foi inadmitido em razão da aplicação do óbice da Súmula 83/STJ (e-STJ, fls. 423-437). Daí este agravo (e-STJ, fls.444-453).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 485-490).

É o relatório.

Decido.

O recurso não comporta provimento.

Quanto à fixação do regime inicial, o Tribunal consignou:

> "Por se tratar o apelante de réu com maus antecedentes, mantém-se o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c", a contrario sensu, do Código Penal." (e-STJ, fl. 346).

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, correta a decisão do Tribunal *a quo* que, nos termos do artigo 59 do Código Penal, justificou a escolha do regime inicial intermediário, por ser o cabível à espécie, como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada (2 anos e 4 meses de reclusão).

Tal entendimento coaduna-se com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido:

> "[...]
> 3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 50 (cinquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."
> (HC 306.895/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 31/3/2015.)"
>
> "[...]
> - Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, inferior a 4 anos, e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional semiaberto, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

> - Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente." (HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016.)"

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o Tribunal de origem fundamentou:

> "Ainda, o artigo 44, inciso III, do Código Penal, veda a substituição da pena carcerária por penas restritivas de direitos para réu com maus antecedentes, sendo essa a hipótese dos autos." (e-STJ, fls. 346).

O art. 44, III, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

No caso em análise, o fato de as instâncias ordinárias terem reconhecido como desfavoráveis os maus antecedentes do réu torna inadmissível a concessão do benefício, sem que possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

Nesse sentido:

> "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE RESISTÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.
> [...]
> III - A Lei nº 9.714/98, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, introduziu em nosso sistema a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Assim determina o art. 44 do Código Penal, in verbis: "Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".
> IV - **Na hipótese, incabível a substituição por penas restritivas de direitos, por expressa vedação legal (artigo 44, inciso II e III, do Código Penal), dada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes) e a reincidência.**
> Habeas Corpus não conhecido." (HC 458.896/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe

24/08/2018)

Por fim, 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.

Sobre o tema, confiram-se:

> "DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.
> [...]
> 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).
> 3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.
> 4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."
> (HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016).

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP, em acórdão assim ementado:

> "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.
> 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido 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.
> 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."
> (ARE 964246 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJe de 25/11/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator