# PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2.127 - PR (2019/0166776-0)

**RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
REQUERENTE : GERSOMIR SOARES VITERBO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EMENTA**

PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* VERIFICADOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Pedido de tutela provisória de urgência deferido nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência, com requerimento de medida liminar, ajuizado por **Gersomir Soares Viterbo,** visando atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Criminal n. 5001303-87.2016.4.04.7005/PR, assim ementado na parte que interessa (fl. 42):

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 13.008/2014. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LAUDO MERCEOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DE ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO RÉU. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE. CUSTAS. EXECUÇÃO.
>
> 1. A constituição definitiva do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade ou procedibilidade dos delitos de contrabando ou descaminho, podendo ser deflagrada a persecução penal ainda que o procedimento administrativo fiscal não tenha sido encerrado.
>
> [...]
>
> 12. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n° 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC nˢ 84.078, firmando orientação no sentido da possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição.
>
> 13. Apelação criminal parcialmente conhecida e improvida na parte remanescente.

Consta dos autos que o requerente foi condenado pela prática do crime do art. 334, *caput*, § 1º, *d*, do Código Penal, na redação vigente à época dos fatos, à pena de 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime aberto, que restou substituída por *duas penas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária, no valor de 15 salários mínimos e prestação de serviços à comunidade* (fl. 22).

O Tribunal Regional manteve a condenação e determinou a execução provisória da pena.

No recurso especial, a defesa aponta violação do art. 45, § 1º, do Código Penal, *ao fixar o valor da prestação pecuniária sem justa e fundamentada motivação, bem como sem observância ou coerência à situação econômica do recorrente* (fl. 50).

Indica, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 147 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), *que prevê a execução da pena restritiva de direitos somente após o trânsito em julgado* (fl. 50).

Alega negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal, por entender que *não foi aplicada corretamente a circunstância da culpabilidade na fixação da pena* (fl. 50).

O apelo nobre foi admitido pela decisão de fls. 143/147, não tendo ainda sido recebido no Superior Tribunal de Justiça.

No pedido de tutela provisória, a defesa insurge-se especificamente contra a determinação de execução imediata das penas restritivas de direitos estabelecidas no acórdão condenatório.

Fundamenta o seu pedido, no tocante ao *fumus boni iuris*, na expressa previsão do art. 147 da LEP, bem como na jurisprudência dominante desta Corte Superior, no sentido da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, *descortinando inegável plausibilidade jurídica* (fl. 12).

Em relação ao *periculum in mora*, diz que o dano irreparável decorre da determinação constante do acórdão de início imediato da execução das penas restritivas de direitos, sobretudo porque *o estado de miserabilidade da parte recorrente, ora defendida*

*pela Defensoria Pública, que, na impossibilidade de adimplemento da pena alternativa pecuniária, estará sujeita à prisão, decorrente da inevitável conversão das penas restritivas de direito em privativa de liberdade* (fl. 13).

Por conseguinte, busca o deferimento de medida liminar para *que seja conferido efeito suspensivo ao recurso especial interposto e admitido* [...] *com a consequente suspensão do início da execução das penas* (fl. 13).

É o relatório.

A teor do que dispõem os arts. 300 e 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, bem como a agravo em recurso especial, exige a presença, concomitante, de elementos que evidenciem a **probabilidade de êxito do recurso interposto** (*fumus boni juris*) e da **demonstração de risco de dano irreparável** ou de difícil reparação decorrente de eventual demora na solução da causa (*periculum in mora*).

Eis a redação dos citados dispositivos:

> 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.**
> [...]
> § 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
>
> Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.
> Parágrafo único. **A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.**

Ao que se observa do acórdão recorrido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sua conclusão, asseverou que, *sendo assim, cabível a execução provisória das penas restritivas de direitos, com mais razão e força, justifica-se a prisão na forma de execução penal após condenação que é fruto de larga instrução processual e de*

*cognição exauriente em dois graus de jurisdição. Dessa forma,* ***é medida salutar e de efetividade da jurisdição criminal que se inicie o cumprimento de penas, assim que esgotada a jurisdição ordinária de segundo grau*** (fl. 39).

Nesse contexto, tenho que o entendimento da Corte Regional **vai de encontro** à jurisprudência consolidada e reiterada do Superior Tribunal de Justiça, **motivo pelo qual merece amparo a pretensão do requerente**.

Com efeito, o entendimento firmado nesta Corte diz que, *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*** (EREsp n. 1.619.087/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, **Terceira Seção**, DJe 24/8/2017 – grifo nosso).

No mesmo sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STJ NO ERESP N.º 1.619.087/SC, REAFIRMADO NO HC N.º 435.692/SP. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Ministra 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.
>
> 2. Na sessão de julgamento do dia 24/10/2018, a Terceira Seção, por maioria, reafirmou a orientação acima mencionada. Ressalva de meu entendimento pessoal.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no HC n. 474.161/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 15/3/2019)

Ante o exposto, **defiro** o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta na Apelação Criminal n. 5001303-87.2016.4.04.7005/PR.

Comunique-se com urgência ao Tribunal Regional e ao Juízo de origem.

Publique-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator