

MEDIDA CAUTELAR Nº 17.123 - RS (2010/0125808-0)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO : JONES CUNHA DA SILVA

DECISÃO

Consta dos autos que Jones Cunha da Silva estava "em liberdade desde 17/09/2008 e sobreveio condenação por furto qualificado (art. 155, § 4º, III, do CP)". Não obstante, deixou o juiz da execução de expedir mandado de prisão porque o presídio de Camaquã está interditado e as demais unidades prisionais gaúchas estão superlotadas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público estadual, que ajuizou recurso especial e também medida cautelar postulando a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso especial, para o fim de que o recorrido fosse recolhido à prisão.

O 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça indeferiu a liminar por não antever a fumaça do bom direito, razão por que sobreveio esta medida cautelar, em que se alega o seguinte:

- I - é possível ao Superior Tribunal processar e julgar esta medida cautelar, porque a extrema urgência salta aos olhos;
- II - o *fumus boni iuris* é evidente, pois o recorrido, aqui requerido, deve ser imediatamente conduzido à prisão, sob pena de ofensa ao art. 669 do Cód. de Pr. Penal, porquanto "deve cumprir sua pena da mesma forma que os demais apenados em idêntica situação, sob pena de afronta ao princípio da anterioridade da lei e da individualização da pena";
- III - o *periculum in mora* é evidente à vista da excepcionalidade da situação, uma vez que "em não sendo dotado o recurso especial de efeito suspensivo, em casos como os que ora se analisa, exigindo-se extrema urgência na sua apreciação e, trazendo em seu bojo, de forma escancarada, a verossimilhança da alegação e a imprescindibilidade de análise prioritária, salta aos olhos a caracterização do perigo na demora da solução requerida".

O pedido objetiva seja deferido, liminar e satisfativamente, sem ouvir a parte adversa, a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso especial, "para o fim de determinar a expedição do mandado de prisão em desfavor de Jones Cunha da Silva".

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Decido.

O recurso especial interposto pelo Ministério Público ainda não tem juízo de admissibilidade. É o que se pode inferir, pois, nos registros processuais do Superior Tribunal, consta apenas a distribuição desta medida cautelar.

Assim, vem o requerente postular a concessão de efeito suspensivo ativo a recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem, para o fim de se proceder à execução da pena imposta ao réu, ora requerido. Então, como assinala e reconhece, "o órgão competente para o julgamento de medida cautelar, quando pendente de julgamento o recurso excepcional cujo efeito suspensivo se quer atribuir, é o Tribunal que realizará o juízo de admissibilidade".

É mesmo assim. A Primeira Seção do Superior Tribunal já decidiu que "A competência relativa à matéria, até o juízo de admissibilidade, é mesmo do TJ, nos termos da Súmula 635/STF, aplicada por analogia: "Cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade" (AgRg na RCI-3.908, Ministro Herman Benjamin, DJe de 14.5.10.)

A 6ª Turma tem também decidido que "... a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, objetivada em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal a quo." (MC-15.648, Ministro Og Fernandes, DJe de 10.5.10).

Demais disso, tem decidido o Superior Tribunal que a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem, além de excepcional, está vinculada à possibilidade de que tal recurso venha, afinal, obter juízo positivo de admissibilidade, ou seja, o deferimento do efeito suspensivo demanda estar o recurso marcado pela probabilidade de juízo favorável ao pedido ali deduzido.

Nesse sentido, trago, para ilustrar, o AgRg na MC-16.839 (Ministro Sidnei Beneti, DJe de 29.6.10):

"Esta Corte, apenas como exceção, tem admitido a atribuição de efeito suspensivo a Recurso Especial, e isso somente quando configurada a presença concomitante dos pressupostos que lhe são necessários: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. III - Na verificação dos pressupostos da medida há de se ter em conta, como já decidido pela Terceira Turma, que o *fumus boni iuris* "está relacionado intimamente com a presença dos requisitos de

Superior Tribunal de Justiça

admissibilidade do recurso especial e com a possibilidade de sucesso deste, daí que, na cautelar, convém se aprecie, ainda que superficialmente, os requisitos e o mérito do especial." (AgRg na MC 1.311, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.10.98).

Correto o entendimento, pois a mera interposição de recurso especial, e até mesmo o juízo prévio de admissibilidade não significam estar o pedido assentado em razões de direito plausíveis e hábeis para alcançar, ainda que por hipótese, prestação jurisdicional favorável.

Discute-se, no recurso especial (a petição inicial está nos autos), negativa de vigência do art. 669 do Cód. de Pr. Penal e, também, do art. 66, V, 'g', da Lei nº 7.210/84. Os argumentos são os mesmos, e lá, o que se pede é também a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora requerido.

Conquanto pareça tratar-se de mera questão de direito, as razões de decidir, afirmadas pelo Juízo das Execuções Criminais, transcritas no acórdão recorrido, respondem aos fatos, a saber, a inexistência de vaga nos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Sul e, em particular, na comarca de Camaquã, onde está interditado o presídio local. De feito, são palavras do acórdão:

"O apenado encontra-se em liberdade desde 17/09/2008 e sobreveio condenação por furto qualificado (art. 155, §4º, III do CP).

O Presídio Estadual de Camaquã encontra-se interditado desde 04 de julho de 2008, conforme a portaria 02/2008 - VEC, com população carcerária muito superior à capacidade.

Considerando o gravíssimo quadro de superlotação das unidades prisionais de todo o Estado, ainda considerando a histórica omissão e a necessidade de se exigir do Poder Executivo do Estado a construção de novos estabelecimentos prisionais e com base nas deliberações do Encontro de Execução penal, realizado nos dias 04 e 05 de junho de 2009, no Tribunal de Justiça do RS, deixo de determinar, por ora a expedição do mandado de prisão".

Estas razões foram acolhidas pela 7ª Câmara Criminal, que aduziu:

"A fundamentação do arrazoado não é consistente com o pedido formulado, pois o Ministério Público não pede a remessa dos autos do processo de execução a outra Comarca e sim, a expedição de mandado de prisão. Mas isto não é possível na medida em que o Presídio Estadual de Camaquã se encontra interditado, como noticia a decisão hostilizada, sem se nisso contestada.

Não se trata de violar a coisa julgada, desrespeitar o disposto em lei federal ou de promover a insegurança, argumentos alinhavados

Superior Tribunal de Justiça

pelo órgão ministerial, mas de uma imposição de realidade. Se não há como recolher a algum cárcere, não é possível sequer expedir o reclamado mandado de prisão. E a interdição do Presídio não é alvo do presente recurso, nem pode aqui ser discutida." (grifei)

Questões tais sinalizam óbices ao sucesso do recurso interposto, porquanto atesta o acórdão a real impossibilidade de recolhimento do requerido à prisão em qualquer dos estabelecimentos prisionais gaúchos.

Dessarte, em juízo perfunctório, não considero estar o pedido amparado pelos requisitos do provimento cautelar, até porque não se deduz nenhum motivo objetivo e concreto para justificá-lo. De resto, o pleito é satisfativo e constitui não apenas um provimento cautelar de urgência, mas uma antecipação da tutela, afirmada pelo requerente ao formular seu pedido: "posteriormente, se necessário, o julgamento de procedência da presente medida cautelar, com o fim específico de emprestar efeito suspensivo ativo ao Recurso Especial".

A tutela requerida é também, em meu sentir, irreversível quanto aos seus efeitos, pois o recolhimento do requerido à prisão sem que lhe possam ser oferecidas, além da individualização da pena, as garantias reservadas por lei ao condenado configura, sem dúvida alguma, constrangimento ilegal.

A jurisprudência do Superior Tribunal é firme em negar a possibilidade de manejo de pedido cautelar satisfativo, em especial quando irreversível. Cabe referir, nesse ponto, da Terceira Seção, o AgRg no MS-14.220 (Ministro Jorge Mussi, DJe de 5.10.09): "Inexiste óbice à concessão de medida liminar de caráter satisfativo, mas, de que a concessão de tutela cautelar da natureza satisfativa esgote o objeto da demanda, tornando-a irreversível." Em caso idêntico, veja-se o AgRg na MC-6.073 (Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.4.03):

"O ajuizamento de ação cautelar visando emprestar efeito suspensivo a recurso especial ou ordinário ainda não admitido pelo Tribunal de origem, encontra óbice quanto ao seu cabimento, salvo, ressaltado o posicionamento da relatora, em situações excepcionais devidamente comprovadas. Precedentes da Quinta Turma do STJ. O escopo da tutela postulada no presente caso não é propriamente a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial interposto, mas o reconhecimento antecipado da tese ventilada pelo Estado quanto ao mérito da controvérsia."

Certamente, os direitos e garantias previstas na Lei de Execução Penal, em

Superior Tribunal de Justiça

especial aquelas relacionadas à dignidade do preso, previstas no art. 88, constituem exigência não apenas da Lei, mas do Direito, e é por isso mesmo que, conforme registrado na petição inicial, "o Ministério Público tem atuado de forma efetiva na situação das penitenciárias, existindo, inclusive, ação civil pública julgada procedente, obrigando o Estado a expandir as vagas no sistema, com melhorias para o cumprimento de pena dos apenados".

Ora, ainda que o preso sofra, em seus direitos, uma *capitis deminutio*, parece-me contraditório lutar em defesa das melhorias no cumprimento, pelos condenados, das penas que lhes foram impostas e, ao mesmo tempo, pelear para o recolhimento de preso em presídio, sem que haja nenhuma condição de receber tal pessoa sem prejuízo de sua dignidade, e, ademais, sem fundamentação concreta quanto à urgência e ao perigo da demora na prestação jurisdicional cautelar.

Tais as circunstâncias, o pedido não deve prosseguir.

Posto isso, nego seguimento à medida cautelar (art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 557 do Cód. de Pr. Civil).

Brasília, 25 de agosto de 2010.

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)
Relator