

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 785.667 - RJ (2015/0238338-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : CHRISTIANE RODRIGUES FATEICHA PADILHA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **CHRISTIANE RODRIGUES FATEICHA PADILHA** contra decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 1092-1093):

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 313-A. CRIME QUE NÃO É UM MEIO NECESSÁRIO PARA PRÁTICA DE ESTELIONATO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. COMPORTAMENTO DISPLICENTE QUE ULTRAPASSA A INOBSERVÂNCIA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO. DOLO EVENTUAL CARACTERIZADO. MAJORAÇÃO DA PENA -BASE. CULPABILIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO.

I - Se a apropriação do dinheiro público por servidor público é feita mediante o manuseio de dados no sistema informatizado da autarquia previdenciária, em razão do princípio da especialidade, o crime cometido é o do art. 313-A, do CP, denominado pela doutrina como peculato eletrônico.

II - Não há que se falar em aplicação do princípio da consunção, para que a acusada seja condenada nas penas do art. 171, § 3º, do CP, pois além de o delito ter sido praticado por funcionária pública, a inserção de dados falsos não foi um meio para o cometimento de qualquer outro delito, mas o próprio *modus operandi* da conduta descrita no art. 313-A, do CP.

III - Da análise harmônica do conjunto probatório coligido aos autos, constata-se que o comportamento desidioso da acusada ultrapassou a mera inobservância do dever objetivo de cuidado e adentrou na esfera, no mínimo, do dolo eventual, já que apesar de a acusada ter ciência de que seu comportamento descuidado poderia implicar em uma concessão de benefício indevida, preferiu não tomar providências, demonstrando total indiferença pela ocorrência de um resultado lesivo para a autarquia.

IV - A dosimetria da pena foi devidamente individualizada e fundamentada, eis que o MM. Magistrado sentenciante utilizou para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a reprovabilidade elevada da conduta da acusada, na medida em que esta, em razão do cargo que ocupava, aproveitou a oportunidade para a prática do delito. Culpabilidade comprovada.

V - Desprovimento da apelação."

Nas razões recursais, aduz a defesa violação dos arts. 313-A e 59, ambos

do Código Penal. Afirma que o acórdão impugnado teria reconhecido que houve dolo eventual, contudo, segundo alega, "o art. 313-A exige que o agente queira praticar a conduta com um fim específico, que é obter vantagem indevida para si ou para outrem ou causar dano à Administração, sendo esta finalidade específica imprescindível para que reste caracterizado o tipo subjetivo, o que evidentemente exclui o dolo eventual" (e-STJ, fl. 1105, grifos no original).

Ressalta que não seria possível a configuração do crime previsto no art. 313-A do Código Penal quando se tratar de conduta culposa, ou mesmo de dolo eventual, como na hipótese.

Afirma, ainda, que não haveria fundamentação idônea para a consideração desfavorável da culpabilidade, na primeira fase da dosimetria da pena, ao argumento de que a qualidade de funcionária pública já faz parte do tipo penal.

Requer, por fim, o provimento do recurso, para que seja absolvida ou, subsidiariamente, que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1115-1134).

O recurso foi inadmitido, diante do óbice da Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 1137-1134). Daí este agravo (e-STJ, fls. 1142-1148).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do agravo e, no mérito, pelo seu desprovimento (e-STJ, fls. 1173-1180); e, às fls. 1186-1189 (e-STJ) pleiteou a execução provisória da pena imposta à agravante.

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Acerca da apontada violação do art. 313-A do CP, as instâncias ordinárias concluíram que houve dolo na conduta da recorrente, conforme se verifica dos excertos da sentença e do acórdão recorrido, que bem esclarecem a controvérsia:

"O crime ora analisado é de natureza formal, exigindo apenas a presença do elemento subjetivo consistente no dolo específico de obter a vantagem indevida, o qual restou demonstrado, pois apesar de residir apenas na mente do agente, não sendo possível ser demonstrado diretamente, **as provas colhidas demonstram a vontade da acusada de praticar a conduta descrita no tipo penal mencionado,** pois ao alterar os dados cadastrais do beneficiário, evidencia-se o elemento subjetivo do tipo, no que tange à consciência e vontade de causar prejuízo ao INSS, ressaltando-se que houve saque dos valores pelo beneficiário, que somente devolveu a quantia após apuração da irregularidade em processo administrativo disciplinar, através do ofício de defesa expedido por Maria Aparecida de Rezende, Chefe da APS Centro, e Ana Beatriz da Costa Maia, servidora responsável pelo Controle Interno da APS Centro RJ, à época dos fatos (fls. 112).

Analizando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que **a culpabilidade da ré se revela exacerbada, tendo em conta a condição de servidora pública** e a maior reprovabilidade de sua conduta, ressaltando-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, no Informativo n. 722:

'(...) Afirmou-se que a condição de servidor público seria elementar do tipo de concussão. No entanto, a inserção de servidor público no quadro estrutural do Estado, deveria e poderia ser considerada no

juízo de culpabilidade. Afinal, em crime contra a Administração Pública não seria possível tratar o universo de servidores como realidade jurídica única. Destacou-se não ser possível nivelar a concussão do atendente de protocolo da repartição com o ato de policial, de parlamentar ou de juiz (...) (RHC 117488 AgR/RJ, STF, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgado em 01/10/2013).'

Portanto, tendo em vista que a conduta da ré, servidora pública responsável pela inserção de dados necessários à concessão de benefício previdenciário, demonstrou-se apta a lesar o INSS, o que há de ser considerado na primeira fase da aplicação da pena, acrescendo à pena mínima cominada 1/8 (um oitavo)." (e-STJ, fl. 1022, com destaque).

"Ao contrário do que faz crer a defesa, não existe elementos nos autos que afastem o dolo da acusada na prática da fraude.

Isto porque, de acordo com o depoimento da testemunha Rosemary Saraiva da Silva, servidora do INSS, que afirmou ter sido o procedimento muito rápido, bem como que a marca de extemporaneidade passou a existir nos anos de 2007 e 2008, contrariamente ao que declarou Ana Maria Leitão de Oliveira. A testemunha declarou, ainda, que existem outros procedimentos investigatórios com o intuito de apurar outras concessões ilícitas de benefícios previdenciários realizados pela acusada.

Não obstante apresentada, a carteira profissional n. 88169, em nome de AGENOR ALVES DA COSTA NETO continha, segundo a auditoria, informações extemporâneas. De fato, pela simples análise das anotações de fls. 31, conclui-se que os vínculos empregatícios junto à SAYOART INDUSTRIAL SA e EMCOCIL EMPREITEIRO DE CONSTRUÇÃO CIVIL foram lançados após 05 anos do início do contrato de trabalho com a primeira empresa e após 22 anos do início do vínculo com a segunda empresa.

Há discrepância evidente, também, na declaração, supostamente emitida pela empresa EMCOCIL, fls. 80, na qual o nome da empresa e seu CNPJ estão grafados erroneamente.

Some-se a isso um fato ainda mais grave: AGENOR ALVES DA COSTA NETO, em favor de quem foi concedida a aposentadoria, não foi pessoalmente requerer o benefício, tendo esclarecido que havia entregado seus documentos para uma pessoa chamada Sandra, a qual havia lhe dito que trabalhava com uma advogada que resolvia problemas junto ao INSS. Conforme se vê nos documentos de fls. 26 e 81, quem requereu o benefício foi Flávio Antonio M. da Rocha, o qual não possuía procuração de Agenor.

Ora, entendo que tal desídia ultrapassa a inobservância do dever objetivo de cuidado e **adentra na esfera, no mínimo, do dolo eventual, pois apesar de a acusada ter ciência de que seu comportamento descuidado poderia implicar em uma concessão de benefício indevida, preferiu não tomar providências, demonstrando total indiferença pela ocorrência de um resultado lesivo para a autarquia.**

Ainda de acordo com as declarações de Maria Aparecida de Resende, chefe da APS na qual a acusada trabalhava, é certo que **a acusada foi a responsável pela concessão ilícita do benefício e que a ela caberia instaurar o processo apuratório após constatar as**

irregularidades, o que não foi feito, eis que a testemunha foi a responsável pela instauração do processo apuratório e suspensão preventiva do benefício.

Deste modo, **diante da análise harmônica do conjunto probatório, constato que o dolo da acusada não pode ser afastado, pois seu comportamento displicente não redundou em uma mera negligência, como faz crer, possuindo a acusada capacidade técnica para realizar as alterações no sistema do INSS, bem como acrescentar outras informações.**

No que se refere à fixação da pena-base não há reparação a ser feita. A simples leitura da sentença demonstra que a dosimetria da pena foi devidamente individualizada e fundamentada, eis que o MM. Magistrado sentenciante utilizou para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a reprovabilidade elevada da conduta da acusada, na medida em que esta, em razão do cargo que ocupava, aproveitou a oportunidade para a prática do delito.

A ora apelante foi condenada à pena-base de 02 (dois) anos de reclusão, em relação ao delito de peculato eletrônico, em regime aberto, a qual, ao final, foi acrescida 1/8 (um oitavo) - 3 (três) meses, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Percebe-se, desta forma, que o MM. Magistrado respeitou as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não sendo exacerbada a pena-base aplicada ao ora apelante." (fls. 1088-1090, grifou-se).

Imperioso destacar que o Tribunal de origem reafirma a configuração do dolo na conduta da recorrente, asseverando que sua desídia "adentra na esfera, no mínimo, do dolo eventual" (e-STJ, fl. 1090), mas é categórico ao inferir, com amparo nas provas produzidas nos autos, que "o dolo da acusada não pode ser afastado, pois seu comportamento displicente não redundou em uma mera negligência, como faz crer, possuindo a acusada capacidade técnica para realizar as alterações no sistema do INSS, bem como acrescentar outras informações" (e-STJ, fls. 1089-1090).

Ressalte-se, portanto, que a alteração do julgado, com base na tese de que a acusada não agiu com dolo, demandaria o reexame dos elementos fáticos e probatórios dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO PECULATO-DESVIO. EMENDATIO LIBELLI. ENQUADRAMENTO NO ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/93. CONDUTA NÃO VOLTADA PARA O DESVIO DE VERBAS FEDERAIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ARESTO PARADIGMA PROFERIDO EM SEDE DE HABEAS

CORPUS.

1. Hipótese em que a instância de origem decidiu que, não obstante a capitulação jurídica dada pelo *Parquet* na inicial acusatória, a conduta o acusado se subsume ao tipo descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/93, por ter se valido de dispensa licitatória irregular para beneficiar empresa da qual era administrador, ausente a conduta de peculato-desvio de recursos públicos oriundos de programas federais, razão pela qual ficou afastada a competência da Justiça Federal.

2. As conclusões do julgado recorrido apresentam-se devidamente fundamentadas, na medida em que a conduta do recorrente foi readequada pelo magistrado sentenciante, nos termos do art. 383 do CPP.

3. Modificação do entender que exigiria a incursão nas questões fáticas e de provas dos autos, de inviável exame na via especial, diante do óbice da Súmula 7 desta Corte.

4. O acolhimento da pretensão de absolvição do recorrente por ausência de dolo na sua conduta exigiria o revolvimento do conjunto fático probatório dos autos (Súmula 7 do STJ), inviável em sede de apelo nobre.

[...]

15. Agravo desprovido." (AgRg no REsp 1477548/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 313-A DO CP. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A revisão do acórdão que manteve a condenação do recorrente pela prática do crime previsto no art. 313-A do Código Penal, de modo a se acolher a tese de inexistência de dolo ou do elemento subjetivo do tipo, exigiria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial conforme estabelece a Súmula 7/STJ.

2. Tendo as instâncias ordinárias identificado a ocorrência de efetivo prejuízo ao INSS na prática do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações - que não se trata de delito patrimonial cujo prejuízo econômico seja inerente ao tipo penal -, de rigor a manutenção da pena-base conforme estabelecida na origem, eis que evidenciada a maior reprovabilidade da conduta.

[...]

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.632.046/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM. DOLO. VERIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pretensão de se comprovar a existência da apropriação dolosa de valores indevidamente depositados na conta do recorrido demanda necessariamente a revisão das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 943.426/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016).

No que tange à apontada ofensa ao art. 59 do CP, o pedido igualmente não prospera.

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

No tocante à **culpabilidade**, para fins de individualização da pena, esta deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. *In casu*, as instâncias ordinárias consideraram não apenas o fato de a recorrente ser servidora pública, mas ressaltaram que houve uma maior reprovabilidade da conduta, na medida em que ela, pelo cargo que ocupava, era responsável pela inserção dos dados necessários para a concessão de benefícios previdenciários, utilizando-se desse fato para lesar o INSS. É o que se depreende das transcrições anteriores, tanto da sentença quanto do acórdão impugnado.

Saliente-se, ainda, que, conforme consignado pelo Tribunal de origem, "de acordo com as declarações de Maria Aparecida de Resende, chefe da APS na qual a acusada trabalhava, é certo que a acusada foi a responsável pela concessão ilícita do benefício e que a ela caberia instaurar o processo apuratório após constatar as irregularidades, o que não foi feito, eis que a testemunha foi a responsável pela instauração do processo apuratório e suspensão preventiva do benefício" (e-STJ, fl. 1089).

Logo, não há ilegalidade na majoração da pena-base em 3 (três) meses acima do mínimo legal, diante da valoração negativa da culpabilidade (e-STJ, fl. 1023).

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO PERSA. ARTIGO 313-A DO CP. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. Pode haver a valoração negativa da culpabilidade, pois a premeditação do crime e a 'teia de fraudes' envolvendo a conduta demonstram o maior desvalor dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada.

2. As instâncias ordinárias não se utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base ao valorar

negativamente as consequências do delito, uma vez que a inserção de dados falsos por funcionário público, para o fim de concessão indevida de benefícios previdenciários, traz prejuízos sistêmicos e não inerentes ao tipo penal, podendo comprometer a concessão de benefícios às gerações futuras, além de macular a imagem da Previdência Social.

3. O pedido de substituição da pena configura indevida inovação recursal, uma vez que não foi objeto de questionamento nas razões do recurso especial.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1750956/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018).

Por fim, o Ministério Público Federal requereu a execução provisória da pena.

Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de Recurso Especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, confirmou-se esse entendimento.

No entanto, à agravante foram impostas penas restritivas de direitos (e-STJ, fl. 1024).

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 direitos.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO.

O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida." (HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006).

"HABEAS CORPUS - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO.

- As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedentes." (HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/03/2013).

Ademais, encontra-se em pleno vigor, o disposto no art. 147 da Lei das Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11.07.1984), que reza:

“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.” (grifou-se)

Não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade.

Por conseguinte, este órgão turmário não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10, *verbis*:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Nesse sentido, além do julgado da Suprema Corte HC 89.435/PR, da relatoria do Ministro Celso de Melo, tem-se decisões da 5ª Turma do STJ:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - "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" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Antes da guinada jurisprudencial que o HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

III - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Recurso provido para, reformando o v. acórdão recorrido, suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente."

(RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, 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. Em suma, 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 e do STJ.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017).

A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turmas acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte Superior, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (REsp 1.619.087/SC, Rel. para o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, j. em 14/6/2017, publicado no DJe de 24/8/2017).

Recentemente, a questão foi levada a julgamento também pela 3ª Seção, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO.

1. Não sendo conhecido o agravo regimental, porque não impugnados especificamente os fundamentos da decisão agravada, mostram-se manifestamente incabíveis os embargos de divergência para rever regra técnica de admissibilidade do recurso especial, nos termos da Súmula 315/STJ.

2. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação quanto à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP, ainda pendente de publicação.

4. Agravo regimental improvido e execução provisória indeferida." (AgRg nos EAREsp 1033042/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018).

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 e **indefiro** o pedido do Ministério Público.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

