RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.181 - PR (2019/0075103-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	JAIRO DA SILVA LOPES
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por JAIRO DA SILVA LOPES, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 274):

> *PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR CONSOLIDADO. DOSIMETRIA. MULTA. PROPORCIONALIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CAPACIDADE FINANCEIRA. MANUTENÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. É entendimento desta Corte que para efeito de incidência do princípio da insignificância, deve ser considerado o valor consolidado do débito, ou seja, aquele acrescido de juros e multa, por ser este o valor constante da normativa adotada para fins de quantificar a insignificância penal. 2. Ultrapassando o balizador de R$ 20.000,00, não é caso de se aplicar o princípio bagatelar. 3. A dosimetria revela-se irretocável, porquanto o ilustre Julgador singular devidamente fundamentou e individualizou todas as etapas da dosimetria, em estrita obediência ao disposto no artigo 68 do Código Penal. 4. Observada a proporcionalidade entre a sanção carcerária e a multa, não há qualquer excesso a ser reparado. 5. Estando o valor da prestação pecuniária compatível com a situação econômica do condenado, sem implicar inviabilização de seu sustento, consentâneo ao entendimento desta Corte. 6. Possível ao o Juízo da Execução adequar as condições de adimplemento à realidade financeira do acusado, autorizando, inclusive, o parcelamento do valor devido, como permite o artigo 50 do Código Penal, aplicado à situação por analogia. 7. Com o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, deve a Secretaria realizar a imediata comunicação ao Juízo de origem, para a formação do processo de execução provisória das penas impostas ao réu condenado.*

Interpostos embargos de declaração, esses foram parcialmente acolhidos apenas para sanar contradição (e-STJ fls. 292/296).

A parte recorrente, em suas razões recursais, aponta violação do art. 45, §1º, do CP e do art. 147 da LEP. Sustenta: (i) a redução do valor da prestação pecuniária, uma vez que a Corte de origem, ao arbitrá-la, desconsiderou a situação econômica do recorrente; (ii) a impossibilidade da execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 333/346), o recurso especial foi admitido (e-STJ fl. 349/352), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 366/369).

É o relatório. **Decido**.

Primeiramente, no que tange ao pedido de redução dos valores arbitrados a título de prestação pecuniária, a Corte *a quo* consignou que a prestação pecuniária substitutiva no patamar estabelecido pela sentença (10 salários mínimos) *não se mostra desarrazoada, considerando-se que o acusado informou, em seu interrogatório, ser autônomo e perceber, aproximadamente, R$ 3.000,00 (três mil reais - evento 56); o delito em tela é de caráter patrimonial e causou um prejuízo de mais de vinte mil reais ao fisco* (e-STJ fls. 268).

Assim, tendo o Tribunal Regional sopesado elementos e considerado as particularidades fáticas dos autos na fixação da pena pecuniária, o acolhimento do pleito de revisão do valor estabelecido implica o revolvimento do conteúdo fático-probatório da demanda, providência vedada em recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

Em relação à execução provisória da pena, o recurso merece prosperar.

De fato, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no

julgamento da Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema 925, em 11/11/2016, reafirmou o entendimento anterior (HC n. 126.292/SP) de que é cabível a execução provisória da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, após o julgamento de mérito na segunda instância.

Abaixo, ementa do referido julgado:

> *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, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

Na hipótese, contudo, observo que, ao apreciar a apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença que condenou o acusado por infração ao artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 71 do CP à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Sobre o tema, a Terceira Seção desta Corte Superior, por maioria, no julgamento do EREsp n.1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, sedimentou o entendimento de que as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Abaixo, ementa do referido julgado:

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.*
>
> *2. 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.*
>
> *3. Embargos de divergência rejeitados.* (EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017)

O referido posicionamento foi reafirmado pela Terceira Seção, ao apreciar o HC n. 435.092/SP (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA), conforme ementa abaixo:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PELO STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NÃO POSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CF/88, ART. 97. VIGÊNCIA DA LEI 7.210/1984 (ART. 147). 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA.*
>
> *1. O fato de haver decisões monocráticas ou de órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal considerando que o*

entendimento firmado no Agravo em Recurso Especial n. 964.246/SP, submetido ao rito da repercussão geral, abrange também a execução provisória de penas restritivas de direitos, não enseja, data venia, a retratação do julgado. A diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário.

2. De outra parte, há pronunciamento expresso da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/11/2017) no sentido da vigência do art. 147 da LEP, não vislumbrando o Órgão máximo deste Tribunal razão para afastar o dispositivo em tela por inconstitucionalidade ou "interpretação conforme". Este dado é muito importante no caso concreto, em que se pretende que a Terceira Seção reveja sua posição consolidada (EREsp. 1.619.087/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017) e oferte interpretação "conforme" ou "inconstitucionalidade por arrastamento", contrariando, todavia, a diretriz da Corte Especial supramencionada. Dessa forma, enquanto não houver declaração expressa de inconstitucionalidade do referido comando normativo, quer pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quer pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 97), não é possível deixar de aplicá-lo, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do Pretório Excelso. Doutrina e jurisprudência.

3. Em suma: a) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC n. 126.292/SP, no ARE n. 964.246/SP e nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito; b) somente em sede de tutela cautelar nas aludidas ADCs é que foi examinado o art. 283 do CPP e não houve, na ocasião, qualquer arrastamento quanto ao art. 147 da Lei 7.210/1984; c) ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena (até 05/02/2009, com o julgamento do HC 84.078/MG), como agora, a Suprema Corte não a autorizava para as penas restritivas de direito. Precedentes do STF e do STJ; d) incidência, portanto, na espécie, da Súmula Vinculante n. 10.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, para manter a concessão da ordem. Aplicação do disposto no art. 1.041 do NCPC, c/c art. 3º do CPP. Retorno dos autos à Vice-Presidência do STJ. (AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018)

No mesmo sentido, ainda, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO IMEDIATA, NA PENDÊNCIA DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. Com a ressalva de compreensão pessoal diversa, deve ser mantido o entendimento majoritário da Terceira Seção que, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.619.087/SC e do HC n. 435.092/SP, concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 493.285/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 04/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.619.087/SC E REAFIRMADO NO JULGAMENTO DO HC N.º 435.092/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, ao apreciar o HC n.º 435.092/SP (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA). Com a ressalva do meu entendimento pessoal, essa é a conclusão majoritária do Colegiado, que deve prevalecer.

> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 469.956/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO.*
>
> *1. No presente agravo regimental, levado a julgamento em 19/10/2017, foi confirmada a decisão monocrática que concedeu a ordem, de ofício, para afastar a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos.*
>
> *2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça - STJ, em sessão realizada no dia 24/10/2018, no julgamento do AgRg no HC 435.092/SP (acórdão publicado em 26/11/2018), ratificou a orientação jurisprudencial no sentido da inadmissibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, destacando que a diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário.*
>
> *3. Acórdão recorrido mantido.* (AgRg no HC 411.771/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **conheço** parcialmente e, nessa parte, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a execução provisória da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator