RECURSO ESPECIAL Nº 1.782.224 - RS (2018/0312301-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	ANDERSON LUIZ MULLER CAMARGO MARTINS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONTRABANDO. APREENSÃO DE CIGARROS PARAGUAIOS DE DIVERSAS MARCAS. FORMA EQUIPARADA. ART. 334-A, § 1.º, INCISOS I E IV, DO CP. *EMENDATIO LIBELLI.* DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA PROCEDIDA PELO JUÍZO SINGULAR. RECONHECIMENTO DO CRIME DE DESCAMINHO SEGUIDO DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DENUNCIADA. VALOR FISCAL ILIDIDO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. APELO ACUSATÓRIO. PROVIMENTO. REFORMA E CONDENAÇÃO DO ACUSADO NA FORMA DENUNCIADA. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. MERCADORIA DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. PROIBIÇÃO RELATIVA. CONSTATAÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.º 7/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETERMINAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 147 DA LEI N.º 7.210/1.984. PERTINÊNCIA. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. ENTENDIMENTO DIVERSO PELO PRETÓRIO EXCELSO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OBSERVÂNCIA COGENTE. SUSPENSÃO DETERMINADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ANDERSON LUIZ MULLER CAMARGO MARTINS contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que deu provimento ao recurso de Apelação de n.º 5004933-02.2017.4.04.7108 agitado pelo ora Recorrido.

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como supostamente incurso nas sanções do art. 334-A, § 1.º, incisos I e IV, do Código Penal, c.c. arts. 2.º e 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 399/68. O Juízo singular, nos termos do art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal, procedeu à desclassificação da conduta denunciada para a

capitulação do art. 334, § 1.º, inciso III, do CP e, na sequência, o absolveu, sob os contornos do art. 386, incisos III e VII, do CPP.

Irresignada, a Acusação interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal regional deu provimento para condenar o Acusado como incurso nas sanções do crime de contrabando, na forma denunciada, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a reprimenda corporal, em série, substituída por duas restritivas de direitos, cuja execução provisória foi determinada, no ato, pelo órgão colegiado.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, a Defesa sustenta, em síntese:

I. contrariedade ao art. 334-A, § 1.º, incisos I e IV, c/c arts. 2.º e 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 399/68, ao precípuo argumento de que *"a mercadoria objeto da apreensão, cigarros"* estrangeiros, *"não é proibida no território nacional"* (f. 335). Logo, por não haver *"adequação típica da conduta narrada"* com o imputado crime de contrabando, *"de rigor reformar o acórdão recorrido* ***para absolver o réu***, ***na linha da sentença"*** (fl. 339; grifos diversos do original).

II. negativa de vigência ao art. 147 da Lei n.º 7.210/84, sob a alegação de que a execução da pena restritiva de direitos somente é possível *"após o trânsito em julgado"* (fl. 331) da condenação, conforme precedentes exarados por esta Corte, mencionados às fls. 344-348, e em homenagem ao postulado da presunção de inocência, de envergadura constitucional.

Contrarrazões apresentadas pelo *Parquet* local às fls. 401-419.

A Corte de origem admitiu o recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo *"conhecimento e desprovimento do recurso especial"* (fls. 442-450).

É o relatório.

Decido.

Acerca da ventilada ofensa ao art. 334-A, § 1.º, incisos I e IV, associada à dicção dos arts. 2.º e 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 399/68, vale repisar os fundamentos consignados pelo Juízo primevo ao proceder a *emendatio libelli*, seguida da absolvição dos Imputados (fls. 173-181; grifos diversos do original):

> *"A inicial acusatória imputou aos denunciados a prática do crime previsto no art. 334 -A, § Iº, incisos I e IV, do Código Penal c/c*

arts. 2º e 3º do Decreto n° 399/68, tendo em vista que [...]:

No dia 24 de abril de 2015, por volta das 17h30min, na Travessa Cinco, s/n, Bairro Vicentina, São Leopoldo/RS, ANDERSON LUIZ MULLER CAMARGO MARTINS e MILTON MULLER, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, praticaram fato assimilado, em lei especial, a contrabando, porquanto, mantinham em depósito, em proveito próprio ***e em atividade comercial****,* ***mercadoria de procedência estrangeira e de introdução proibida no País****,* ***qual seja 460 pacotes de cigarros ou 4.600 maços do cigarro de procedência paraguaia****,* ***de marcas diversas****, sendo 259 pacotes* ***da marca Classic****, 147 pacotes da* ***marca Bill****, 37 pacotes da* ***marca Light*** *e 17 pacotes da marca Blitz* ***encontrados no interior do veículo*** *VW/Kombi, placas IDD 1897, cujo veículo, no momento da abordagem, era conduzido por MILTON e também tripulado por ANDERSON, momento no qual os cigarros foram encontrados por policiais civis em abordagem de rotina (evento 6, INQ2, do IPL)*

[...]

A defesa de MILTON*, por sua vez, nos seus memoriais,* ***sustentou****,* ***em síntese****,* ***que o denunciado praticou o crime de contrabando*** *em razão da dificuldade financeira que enfrentava (evento 63).*

[...]

A materialidade do fato está suficientemente comprovada pelos documentos anexados aos autos *do Inquérito Policial n° 5008072-93.2016.4.04.7108, relacionado à presente ação penal, em especial: a) pelo Boletim de Ocorrência n° 100911/2015/4501 e 4275/2015 (evento 6, INQ2 e evento 15, REGOP3); b) pelo Auto de Apresentação e Apreensão (evento 6, INQ2); c) pelo Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias e Guarda Fiscal - AITAGF n° 1010700/38/2015, (evento 17, PROCADM2); e d) pelas declarações da testemunha Rafael Haubert (evento 6, INQE2).*

[...]

Apesar de ter a denúncia capitulado os fatos nas hipóteses delitivas dos artigos 334-A, § Iº, I e IV, do Código Penal c/c arts. 2º e 3º do Decreto n° 399/68, entendo de forma diversa, de acordo com as considerações que seguem.

[...]

De início, observo que as condutas principais de cada um dos tipos - as que estão no caput do art. 334 e do art. 334-A - se distinguem pelo fato de, no primeiro caso, o objeto material do ilícito tratar-se simplesmente de ***mercadoria****, enquanto, no segundo caso, tratar-se de* ***mercadoria proibida****.*

[...]

Analisando o caso dos autos, observa-se que a denúncia imputa aos réus a conduta de manter em depósito, em proveito próprio e em atividade comercial, ***mercadoria de procedência estrangeira e de introdução proibida no País****.*

No entanto, o MPF não fez prova de que os cigarros que estariam na posse dos acusados ***sejam de importação proibida****. E, em se tratando de fato que integra o próprio tipo penal, é da acusação o ônus de fazer esta prova.*

[...]

Não há, portanto, nenhum elemento a indicar que seria proibida a importação dos cigarros; e tampouco está provado o fato, que caracterizaria a proibição, de as marcas dos cigarros em posse dos denunciados não sejam comercializadas em seus países de origem.

[...]

Desse modo, não se lhes pode imputar a conduta do art. 334-A, caput*, seja porque não se trata de mercadoria proibida, seja porque não importaram, eles próprios, os cigarros; quanto às condutas do § 1.° do art. 334-A, a conduta do inciso I não se aplica ao caso dos autos; a do inciso II, como dito acima, não se lhes aplica; a do inciso III é inaplicável porque não se trata de mercadoria brasileira reintroduzida no território nacional; e as condutas dos incisos IV e V não podem ser aplicadas porque não há prova de que estas marcas de cigarro sejam de importação proibida, como antes mencionado.*

Deve-se analisar a conduta*,* ***agora****,* ***sob a ótica do crime de descaminho*** *(art. 334).*

[...]

No caso dos autos, não há qualquer prova da proibição de importação das marcas de cigarros indicadas na denúncia, de modo que crime, se houve, foi o ***do art. 334, § 1.°, III****: vender, expor à venda, manter em depósito, ou de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem.*

[...]

Havendo desclassificação da conduta para o crime de descaminho, não há motivo para deixar de aplicar a jurisprudência pacífica há decádas, acerca do princípio da insignificância*, aplicável nos casos em que os tributos não pagos tem* ***valor inferior a R$ 20 mil****:*

[...]

No caso dos autos, a soma dos tributos iludidos, segundo a denúncia, é de R$ 9.568,00*,* ***o que determina a aplicação do princípio da insignificância****."*

O Tribunal ordinário, ao prover o reclamo ministerial, explicitou (fls. 310-312; grifos diversos do original):

"Na sentença restou desclassificada a conduta dos acusados para o tipo previsto no art. 334, caput*, do Código Penal ante a falta de provas que os cigarros seriam de importação proibida.*

Ao contrário do que restou decidido, a conduta praticada amolda-se ao delito de contrabando*, devendo ser imputado aos réus o*

tipo penal previsto no art. 334-A, § 1º, I e IV do Código Penal c/c art. 3º do Decreto-lei n° 399/68, tendo em vista que foram encontrados no veículo conduzido pelos acusados 460 pacotes de cigarros de origem estrangeira.

[...]

Não procede a tese de que o mero transporte de cigarros é conduta atípica, dissociada a internalização em território nacional.

[...]

Com efeito, o ato de transportar a mercadoria internalizada irregularmente em território nacional constitui o iter criminis, *ato de execução. Entender de forma contrária, significaria aceitar que somente praticaria o delito o aquele que efetivamente internaliza a mercadoria na fronteira com o país vizinho, o que não atingiria quem, na forma do art. 29 do Código Penal, de alguma forma colabora para o delito, mesmo que imediadamente após a internalização.*

Deve ser provido o recurso, imputando aos réus o tipo previsto no art. 334-A, § Iº, I e IV c/c arts. 2º e 3º do Decreto-lei n° 399/68 em razão da prática de contrabando de cigarros de origem estrangeira.

Por fim, ***em se falando na prática do crime de contrabando, não há o que se falar na aplicação do princípio da insignificância****.*

[...]

É orientação pacífica da jurisprudência deste Tribunal que, nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade do fato e a autoria são comprovadas, via de regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade competente e responsável pela diligência fiscalizatória por ocasião da apreensão das mercadorias (Receita Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícias Federal, Civil ou Militar, etc.), que serviram de lastro para o Inquérito Policial e para propositura da ação penal, em que se acrescerão as demais provas que se revelem necessárias [...]

A materialidade se comprova pelo Boletim de Ocorrência 4275/2015 (fls. 4-5 do evento 6 do IPL), Auto de Apreensão (fl. 6 do evento 6 do IPL), Auto de Restituição (fl. 7 do evento 6 do IPL), Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (evento 17 do IPL), que comprova a procedência estrangeira dos cigarros.

A autoria se comprova pelos documentos acima e pelo Termo de Depoimento do réu Anderson em sede policial (fl. 8 do Evento 6 do IPL) e em juízo (evento 56_VÍDE03), Termo de Depoimento de Milton Muller em sede policial (fl. 9 do evento 6 do IPL) e em juízo (evento 69_VÍDE02) e Termo de Depoimento do Policial Civil Rafael Haubert em Juízo (evento 56_VÍDE02).

Em sede policial, o réu Milton confirmou que estava conduzindo veículo com cigarros oriundos do Paraguai, que buscava em bancas de camelô em Porto Alegre.

Já em juízo, alterou a versão, afirmando que buscava os cigarros em estacionamento na Avenida Mauá, em Porto Alegre, revendendo-os em supermercados e armazéns. Negou que Anderson trabalhasse com ele, afirmando que na data dos fatos ele estava no veículo junto com seu filho,

estando ambos apenas passeando com destino a Lajedo.

Entretanto, deve ser levada em conta a versão apresentada por Milton em sede policial, consoante com o restante de depoimentos prestados, tendo inclusive o ***réu Anderson confessado que estava praticando o crime junto com seu tio****.*

O policial civil Rarael Haubert relatou que uma Kombi velha, conduzida por um rapaz e homem que parecia ser seu pai, foi apreendida com 450 maços de cigarros fabricados no Paraguai em frente a um bar, provavelmente onde distribuiriam a mercadoria.

[...]

Tendo em vista o conjunto probatório já citado, estão devidamente demonstradas a materialidade e a autoria da prática delitiva, devendo ser condenados os réus pela prática do delito previsto no art. 334-A, §1°, I e IV, do Código Penal c/c art. 2º e 3º do Decreto-lei n° 399/68."

Da compreensão dos fragmentos destacados, infere-se que o acórdão recorrido, no capítulo em exame, converge ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que, em *"se tratando de* ***cigarros importados com elisão de impostos****,* ***não há apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado****,* ***mas a outros interesses públicos****,* ***configurando-se a conduta contrabando****,* ***e não descaminho****. No caso, muito embora também haja sonegação de tributos,* ***trata-se de produto sobre o qual incide proibição relativa****. O alto grau de reprovabilidade da conduta impede o reconhecimento da atipicidade material pela incidência do princípio da insignificância. Precedentes do STJ e STF"* (AgRg no AREsp 459.625/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 07/04/2014; grifos diversos do original.).

Em caso análogo, este Tribunal Superior já exortou:

"RECURSO ESPECIAL. CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PROIBIÇÃO RELATIVA. CRIME DE CONTRABANDO E NÃO DE DESCAMINHO.

1. ***A introdução de cigarros no território nacional está sujeita a observância de diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro****.* ***Há proibição relativa para sua comercialização****,* ***constituindo sua prática crime de contrabando e não de descaminho****.*

2. ***A questão não está limitada ao campo da tributação****,* ***abrangendo****,* ***sobretudo****,* ***a tutela à saúde pública****, pois a introdução de cigarros, sem qualquer registro nos órgãos nacionais de saúde, pode ocasionar grandes malefícios aos consumidores.*

3. A incidência do princípio da insignificância requer: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma

> *periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada,* ***circunstâncias não evidenciadas na espécie****.*
>
> *4. Recurso especial provido para que, afastada a incidência do princípio da insignificância, seja dado prosseguimento à presente ação penal."* (REsp 1.342.262/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013; grifos diversos do original.)

Ademais, e apenas *ad argumentandum*, não se olvida ser cediço por esta Corte que *"sem a* ***identificação das marcas*** *dos cigarros, não há como averiguar se eles não estão incluídos na Relação das Marcas de Cigarro de comercialização permitida no país"* (AgRg no CC 159.967/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 19/09/2018; grifos diversos do original.), mister necessário à eventual constatação da subsunção da conduta do agente ao tipo de contrabando.

Na espécie, ao se cotejar o delineamento fático apresentado, circunscrito na apreensão de *"****mercadoria de procedência estrangeira*** *e* ***de introdução proibida no País****,* ***qual seja 460 pacotes de cigarros ou 4.600 maços do cigarro de procedência paraguaia****,* ***de marcas diversas****, sendo 259 pacotes da* ***marca Classic****, 147 pacotes da* ***marca Bill****, 37 pacotes da* ***marca Light*** *e 17 pacotes da marca* ***Blitz encontrados no interior do veículo****"* (fl. 173; grifos diversos do original), com a relação de marcas de cigarros comercializadas no país, destaque-se, "sem registro", disponibilizada no *site* da ANVISA, reputa-se acertado e plausível o édito condenatório do Recorrente, conforme doravante se verifica (*<http://portal.anvisa.gov.br/informacoes-tecnicas13/>. Acesso em 12 abr.2019)*:

51 BOX AZUL	*EURO PRATA*	*MILL BLUE*	*REYES VERMELHO*
51 BOX VERMELHO	*EURO PREMIUM*	*MILL BLUE LABEL*	*RICA AZUL*
111	*FLY*	*MILL RED*	*RODEO*
BILL	*FLY RED*	*MILL RED LABEL*	*SAN MARINO*
BLITZ	*FOX*	*MIX*	*SAN MARINO AZUL*
BROADWAY SUAVE	*FUNK*	*MIX FULL FLAVOR*	*SAN MARINO EXPRESS*
CALVERT	*GIFT AZUL*	*MIX LOW TAR*	*SAN MARINO FILTRO BRANCO*
CALVERT LIGHT	*GIFT VERMELHO*	*MP*	*SAN MARINO KS FILTER*
CLASSIC	*HOBBY*	*PAGODE AZUL*	*SOFT*
CLASSIC AZUL	*HUDSON*	*PAGODE VERMELHO*	*TE*
COLT	*K9*	*PALERMO*	*TE GUARANI*
CONVAIR	*K9 VERMELHO*	*PARIS AZUL*	*US*

DJARUM BLACK	*KIRBY*	*PARIS DOURADO*	*US FOX*
EGIPT	*KOOP*	*PARIS PRATA*	*US MILD*
EIFFEL	*KOP*	*PBY PRETO*	*VANGUARD*
EIGHT	*KOP AZUL*	*PLAY*	*VILA RICA*
EIGHT AZUL	*KOP VERMELHO*	*PLAY LISTA VERMELHO*	*VIP*
EIGHT FBL	*MADISON*	*PLAZA BOQUERON* *SUAVE* *SOFT*	*WS BLUE*
EIGHT KS	*MADRID*	*POINT*	*WS RED*
EIGHT VERMELHO	*MAXXI*	*POLO*	*YANK*
EURO	*MEGA STAR*	*R7 AZUL*	*YANK RED*
EURO AZUL	*MIGHTY*	*R7 VERMELHO*	
EURO MILD	*MILL*	*REYES AZUL*	

Outrossim, verifica-se que o Tribunal de origem, após exauriente reexame do delineamento fático e probatório coligido aos autos no carrear da instrução criminal, concluiu pela existência de elementos suficientes a fundamentar a justa causa do decreto condenatório do Apenado, na forma encampada no art. 334-A, § 1.º, incisos I e IV, do Código Penal, c.c. arts. 2.º e 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 399/68.

Nessa linha, além da prova oral, colhida nas fases policial e processual, insta sublinhar que a própria defesa do corréu, *"nos seus memoriais, sustentou, em síntese, **que o denunciado praticou o crime de contrabando** em razão da dificuldade financeira que enfrentava"* (fl. 174; grifos diversos do original).

Logo, a desconstituição do julgado, fundada em suposta contrariedade aos preceitos aludidos, associados ao regramento do art. 386, incisos III e VII, do CPP, no afã absolutório de reconhecer-se a atipicidade da conduta denunciada, nos moldes expendidos pelo Juízo singular às fls. 173-182, não encontra guarida na via eleita, visto que seria necessário a esta Corte o revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível, conforme inteligência do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ.

A propósito:

> *"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONTRABANDO. [...] DECRETO-LEI 399/68, QUE DEFINE O CIGARRO COM MERCADORIA RELATIVAMENTE PROIBIDA. [...]* ***AFRONTA AO ART. 334-A, § 1º, IV, DO CPP. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. INCABÍVEL. SÚMULA 7/STJ****. AFRONTA AO ART. 186. DESRESPEITO AO DIREITO AO SILÊNCIO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*

6. A Corte local concluiu que o acusado não era mero transportador da mercadoria apreendida e que, embora não houvesse comprovação de que ele havia introduzido a mercadoria no país, teria ele participado ativamente da prática criminosa, pois mantinha no veículo que conduzia a mercadoria proibida com fim de comercializá-la junto aos bares da cidade. O fato de a mercadoria haver sido localizada no interior do veículo não desconfigurou, no entender do Tribunal de origem, a participação do recorrente na empreitada criminosa consistente em manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. ***Para reverter o entendimento das instâncias ordinárias e concluir que o recorrente não praticou ou não participou da prática criminosa descrita no artigo 334-A, § 1º, IV, do Código Penal, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos, providência inviável nos termos da Súmula n. 7/STJ.***

[...]

8. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.619.509/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 11/10/2018; grifos diversos do original.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 31 E 344-A, AMBOS DO CP. ***CONTRABANDO. ATIPICIDADE DA CONDUTA****. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DELITO PLURIOFENSIVO.* ***AFRONTA AOS ARTS****. [...]* ***ARTS 386, III****, 647 E 648, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [...] REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.*

[...]

2. "Conforme jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, é inaplicável o princípio da insignificância quando configurado o crime de contrabando, uma vez que, por se tratar de delito pluriofensivo, não há como excluir a tipicidade material do referido delito à vista apenas do valor da evasão fiscal" (AgRg no REsp 1472745/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 22/09/2015).

3. ***É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar se existe ou não indícios de materialidade e autoria delitiva aptos à*** *[...]* ***manutenção da persecução criminal. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.***

4. Agravo regimental não conhecido." (AgInt no AREsp 869.013/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016; grifos diversos do original.)

Noutro enfoque, quanto ao invocado ultraje ao art. 147 da Lei n.º 7.210/1.984, a Corte regional averbou (fls. 315-317):

> *"4. Execução imediata das penas*
>
> *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do* Habeas Corpus *n° 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC n° 84.078, firmando orientação no sentido da* ***possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição****. […]*
>
> *Idêntica orientação vem da Súmula n° 122 deste Tribunal que diz:* 'Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário'*[...], pelo que deverá ser oficiado ao juízo de primeiro grau para as providências que entender cabíveis.*
>
> *[...]*
>
> *Ocorre que, além de tal julgamento não ter efeito vinculante, vai de encontro a* ***recentes julgados do STF****,* ***proferidos no sentido de que a execução provisória das penas restritivas não viola o princípio da presunção de inocência****:*
>
> *[...]*
>
> *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****."*

Da intelecção dos trechos epigrafados, depreende-se que o aresto recorrido, neste quadrante, está em dissonância com o atual e ainda vigente entendimento sufragado pela Terceira Seção desta Corte, que – ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, e não obstante a existência de decisões monocráticas ou de órgãos fracionários proferidas pelo Pretório Excelso, via controle difuso de constitucionalidade, em sentido contrário, e ressalvado o entendimento desta própria relatoria sobre a conclusão majoritária externada pelo aludido Colegiado - ratificou a higidez e eficácia normativa do art. 147 da Lei de Execuções Penais, que, até então, não pode deixar de ser aplicado, sob pena de malferimento à cláusula de reserva de plenário.

Desse modo, *"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"* (AgRg no AREsp 1.380.161/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 01/03/2019; grifos diversos do original.).

Nessa perspectiva:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. TRÂNSITO EM JULGADO RETROATIVO. EARESP 386.266/SP. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *[...]*
>
> *5. No julgamento do EResp 1.619.087/SC, adotou-se a orientação quanto à **impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal**, entendimento reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP.*
>
> *[...]*
>
> *9. Embargos de declaração rejeitados."* (EDcl nos EDcl no AgRg nos EAREsp 571.532/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 13/03/2019; grifos diversos do original.)

> *"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; grifos diversos do original.)

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial para, nessa extensão, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de que, ressalvado entendimento pessoal desta relatoria em sentido contrário e observado o princípio da

colegialidade incidente, seja suspensa a execução provisória das penas alternativas impostas ao Apenado até ulterior trânsito em julgado da condenação de fls. 309-317.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora