RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.879 - PR (2019/0145898-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MARCOS AURÉLIO FALLEIRO
ADVOGADO	:	MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCOS AURÉLIO FALLEIRO, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento à apelação da defesa para manter a sentença que condenou o réu à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e pagamento de 10 dias-multa, pela prática da conduta descrita no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 (e-STJ fl. 1083).

Os elementos existentes nos autos indicam que o réu foi denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, por ter, na qualidade de sócio-gerente e administrador da empresa M. A. Falleiro & Cia. Ltda., no ano de 2009, deixado de recolher aos cofres da União os tributos federais do PIS e CONFINS, no valor total de R$ 313.565,93 (trezentos e treze mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e noventa e três centavos) (e-STJ, fls. 3-8).

Julgada procedente a denúncia, o réu foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e pagamento de 10 dias-multa (e-STJ, fls. 980-990).

A sentença foi mantida pela Corte de origem, em apelação da defesa (e-STJ fl. 1083).

Inconformada, a defesa opôs embargos de declaração, apontando omissão, uma vez que a determinação de cumprimento provisório da pena não pode ser aplicada no caso de penas restritivas de direito, por violação ao art. 147 da LEP.

Ponderou que não foram apreciados os argumentos relativos à ausência de dolo do acusado.

Os embargos de declaração foram rejeitados pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 1113).

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 1123-1139), a defesa alega violação do art. 147 da Lei de Execução Penal, sustentando a impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos.

Pondera que foram afrontados os arts. 387 e 395, inciso III e 617, todos do Código de Processo Penal, argumentando que resultou em *reformatio in pejus* a determinação de execução provisória da pena pelo Corte de apelação, em recurso exclusivo da defesa, uma vez que o Juiz sentenciante não retirou do recorrente o direito de só executar a pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aduz, ainda, que foi desrespeitado o art. 489, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, defendendo que foi desproporcional os valores da pena de multa fixada em aproximadamente R$15.000,00 e da prestação pecuniária imposta em aproximadamente R$20.000,00.

Requer, ao final, o provimento do especial para reforma do acórdão recorrido.

A insurgência não foi contrarrazoada (e-STJ fl. 1149), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 1162-1165), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do inconformismo. (e-STJ, fls. 1184-1194)

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca da execução provisória das penas restritivas de direito, assim ficou assentado pela Corte *a quo*, *ipsis litteris*:

> *6. Execução provisória da pena. Esta Corte editou a Súmula n° 122: '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.'*
> *Portanto, determino o seu cumprimento (e-STJ fls. 1083).*

Verifica-se que a Corte regional decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior, a qua firmou o entendimento de que, 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, esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no artigo 147 da Lei de Execução Penal, que preceitua:

> *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.*

Com efeito, destaca-se que o tema já foi apreciado, inclusive, perante a Terceira Seção deste Sodalício que, considerando "a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP", concluiu não se afigurar possível "a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação" (EREsp 1619087/SC, Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 24/08/2017).

Nesse sentido, confiram-se os recentes precedentes:

> *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)*

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *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 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/5/2016).*
> *II - Entretanto, no caso das penas restritivas de direitos, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, consoante julgamento dos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/11/2017.*
> *III - Esta Quinta Turma manifestou a mesma orientação no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP.*
> *Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no RHC 77.056/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, **QUINTA TURMA**, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. [...]. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. ERESP 1.619.087/SC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
> *[…]*
> *5. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, adotou orientação quanto à impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos.*
> *6. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 407.757/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018).*

Assim, pelos motivos acima expostos, merece acolhimento o pleito da defesa, com vistas a afastar o cumprimento das penas restritivas de direitos.

Pelos mesmos fundamentos, julga-se prejudicado tema acerca da *reformatio in pejus.*

No que se refere ao valor da multa, o Tribunal *a quo* registrou o seguinte:

> *A defesa nada postula especificadamente sobre a dosimetria, razão pela qual a mantenho na íntegra, observando que a dosimetria obedeceu aos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade* (e-STJ fl. 1083).

Da leitura do excerto supra, constata-se que a matéria acerca do valor da pena de multa e a prestação pecuniária não foi em nenhum momento apreciada pela Corte *a quo*.

Caberia aos recorrentes, ter provocado o pronunciamento do Tribunal de origem, levando o tema em eventual embargos de declaração, o que não ocorreu. Assim,

inviável a sua análise por este Sodalício, pela ausência do prequestionamento, à luz dos óbices previstos nos Enunciados 282 e 356, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia ao recurso especial.

É pacífico o entendimento nesta Corte de que "*a configuração do prequestionamento pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação do preceito evocado pelo recorrente*" (STJ – 2ª T., AgRg no AREsp 218932/RJ, rel. Min. Humberto Martins, DJe 10/10/2012).

Nesse sentido, vejam-se:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 297 DO CP E 600 DO CPP.* ***FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.*** *DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.*
>
> *2. A Corte de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca da tese jurídica levantada no recurso especial. Se não houve debate sobre o dispositivo legal tido por violado nem sobre a questão jurídica nele tratada, fica afastado o prequestionamento, explícito ou implícito, indispensável para o conhecimento do recurso especial.*
>
> *3. É de se destacar, outrossim, que, ainda que a violação de lei federal tenha origem no acórdão proferido pelo Tribunal local, o requisito do prequestionamento pode (e deve) ser suprido por meio dos embargos de declaração, que, in casu, não foram sequer opostos.*
>
> *4. A análise da tese defensiva de desclassificação da conduta exigiria, inevitavelmente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, sobretudo diante das conclusões firmadas no Tribunal de origem, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.*
>
> *5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 381.500/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 25/05/2015).*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO*

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 93, CAPUT, E § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. TEMA DEVIDAMENTE APRECIADO PELA CORTE A QUO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 8.906/94. CRIME DE CALÚNIA. IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (I) - ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (II) - ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

*1. **É condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventiladas, no contexto do acórdão objurgado, as teses jurídicas indicadas na formulação recursal, emitindo-se, sobre elas, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.***

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 706.037/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 30/06/2015.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento ao recurso especial** para afastar a execução provisória da penas restritivas de direitos enquanto não transitada em julgado a condenação expedida nos autos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator