



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.441 - PE (2016/0107388-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTROS
ADVOGADO : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : FLAVIO XAVIER DE LIRA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Não há falar em *reformatio in pejus* diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou o habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 02 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.441 - PE (2016/0107388-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTROS
ADVOGADO : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : FLAVIO XAVIER DE LIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FLAVIO XAVIER DE LIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Embargos de Declaração nº 0036167-24.2007.8.17.0001).

Colhe-se dos autos que o paciente, juntamente com outro, foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/1990, c.c. o art. 71 do Código Penal, tendo o Magistrado singular permitido-lhe recorrer em liberdade (fls. 15 a 30).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença. Confira-se a ementa do acórdão (fls. 61 e 62):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. RECURSO DO PRIMEIRO RECORRENTE. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29, II, DA LEI Nº 11.514/97. NÃO CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA PELA FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS NA SENTENÇA. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. INACOLHIMENTO. TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR OMISSÃO QUANTO A PEDIDO DE DILIGÊNCIA NA FASE DE DEFESA ESCRITA. REJEIÇÃO. MÉRITO. AMBOS OS RECORRENTES SUPPLICAM A ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. O PRIMEIRO APELANTE REQUER A REDUÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. SITUAÇÃO QUE SE ESTENDE AO CORRÉU. PENAS REDUZIDAS.

1. Não se conhece a arguição de inconstitucionalidade suscitada porquanto, no presente caso, não se vislumbrou qualquer interesse no exame incidental da inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, tendo em vista que não lesionou direito das partes envolvidas e, ainda que tenha havido referência a esta norma no auto de infração, a denúncia oferecida e a sentença proferida sequer mencionam a Lei reputada inconstitucional, e eventual deliberação a respeito não teria consequência alguma para as partes ou mesmo para a resolução da causa.

2. Concluiu-se que o alegado cerceamento de defesa pela falta de individualização das condutas criminosas e de ilegitimidade passiva são matérias que não podem ser objeto de análise em sede de preliminar, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvem o próprio mérito da acusação, momento adequada para a sua análise.

3. A legislação processual penal adotou o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a defesa (art. 563, CPP), de modo que cabia ao réu demonstrar o dano alegado, o que no caso não restou demonstrado satisfatoriamente. Ante a regular instrução do feito e a não demonstração de prejuízo, faz-se mister o afastamento da preliminar de cerceamento de defesa por omissão quanto a pedido de diligência.

4. No que tange à autoria, relativamente à ausência de individualização da conduta, sabe-se que o entendimento jurisprudencial dominante é o de que, em se tratando de crimes societários, é dispensável a minuciosa descrição e individualização das condutas de cada acusado, sendo suficiente que a denúncia narre o fato de forma a assegurar o exercício da ampla defesa, como ocorreu no presente caso, em que os apelantes desempenhavam efetivamente a função de gerência e administração da sociedade empresarial, restando, portanto, demonstrado o nexo necessário.

5. Sobre o mérito, uma análise apurada dos elementos constantes nos autos permite mesmo concluir que os acusados efetivamente estavam na gerência da empresa na época das fraudes contra a Fazenda Estadual, razão por que se impõe a manutenção de suas condenações.

6. Relativamente à pena imposta, quanto ao vetor motivos do crime, sabe-se que o "lucro" decorrente da atividade empresária comercial é o ganho advindo, lícitamente, com a venda do produto. Fato é que a consequência lógica da fraude é a apropriação indevida de certa quantia de dinheiro, o que demonstra tratar-se de elemento inerente ao tipo penal. Dessa forma, afasta-se a valoração negativa do vetor "motivos do crime", porque inerente ao próprio tipo penal, razão por que se reduziu a pena-base para 3(três) anos e 6(seis) meses de reclusão, situação que deve ser estendida ao corrêu que contra a pena não se insurgiu, já que se encontra na mesma situação.

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados. O Desembargador Relator determinou, desde logo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, *verbis* (fls. 87 e 88):

Ante o exposto, não vislumbrando no acórdão embargado qualquer vício passível de correção pela via eleita, **rejeito os presente embargos declaratórios.**

É como voto.

Senhores, por fim, faz-se necessário ressaltar que os autos registram encontraram-se os apelantes em liberdade.

Dessa forma, em havendo confirmação da condenação em 2º grau, nada obsta venha a condenação a ser imediatamente executada, dadas as características processuais de eventuais recursos contra dita condenação.

De se observar, na espécie, que a responsabilidade criminal dos recorrentes foi reconhecida pelo órgão julgador de segundo grau após o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual, sua prisão, neste momento, não ofende a norma do art. 5º, LVII, da CF/88, que preceitua: "ninguém será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Destaco que, embora tenha defendido este posicionamento por muito tempo, posteriormente, curvando-me ao entendimento que estava sedimentado na jurisprudência pátria, passei a não mais adotá-lo.

Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância, quando, então, no julgamento do *habeas corpus* nº. 84.078, passou-se a condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva.

Ocorre que, em recente decisão, o STF reafirmou o posicionamento anterior, no sentido de que a **pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância**.

Conforme se extrai do site da Suprema Corte, ao negar o *habeas corpus* nº. 126.292, por maioria de votos, o Plenário do STF “**entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena**”.

Ainda de acordo com o portal, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal confirmada em segundo grau deve se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou ao STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

Afirmou o ministro que “*ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado*”.

Com certeza, se os recursos ordinário e especial não têm efeito suspensivo, mesmo quando admitidos, nada obsta comece, de logo, a cumprir a pena que foi importa 1º grau e confirmada por este Tribunal em grau de recurso.

Por tudo isso, determino que, de imediato, **expeçam-se mandados de prisão**.

No presente *mandamus*, sustenta, em suma, que a prisão após o julgamento em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação carece de fundamentação idônea, afrontando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Aduz que “a Autoridade Coatora não poderia modificar a decisão do MM. Juízo de piso, a qual determinou que os acusados só fossem presos após o eventual trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e assim o fazendo incorreu no *reformatio in pejus*, inadmitido pelo direito brasileiro e, particularmente, por esse Egrégio STJ” (fl. 7).

Alega que “a determinação da expedição do mandado de prisão no julgamento dos embargos de declaração caracteriza manifesta ilegalidade, uma vez que no julgamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso de Apelação, caso existisse recurso ministerial seria o momento próprio para essa eventual medida, contudo, nada ficou consignado" (fl. 9).

Ressalta que "há completa ausência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que justifique a prisão do Paciente. A propósito, o que se vê na decisão hostilizada é a manifesta falta de demonstração da necessidade da custódia cautelar, o que materializa nítido constrangimento ilegal" (fl. 10).

Requer a concessão da ordem "para determinar a suspensão da prisão do paciente pela 2ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco (...) até o trânsito em julgado da ação penal nº. 0036167-24.2007.8.17.0001 (0287591-2)" (fl. 14).

A liminar foi indeferida às fls. 95/98.

Com as informações, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 282/294).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.441 - PE (2016/0107388-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Não há falar em *reformatio in pejus* diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem qualquer fundamentação, decorrente do julgamento do apelo na origem.

Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, se o processo ainda não alcançou termo e não há qualquer alteração processual a revelar necessidade do encarceramento cautelar do paciente (**que até então se encontrava solto**), penso que não se afigura plausível a privação da liberdade.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró preleciona:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso da prisão preventiva, o *periculum in mora* costuma ser identificado com o *periculum libertatis*. Todavia, as situações concretas que caracterizam as hipótese de *periculum* - garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal - devem estar demonstradas, estremes de dúvidas, para que o juiz decrete a prisão. (...) Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória.

(Processo Penal, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 989/991.)

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

Referido entendimento, embora emanado do Pleno da Suprema Corte, foi tomado num caso concreto, no qual não foi reconhecida a repercussão geral, não possuindo efeitos *erga omnes* ou eficácia vinculante. Este Superior Tribunal de Justiça, portanto, está legitimado a manter seu entendimento tradicional, reafirmando que a Constituição estabelece claramente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII).

Ademais, conforme posição que já manifestei em votos proferidos nos EDcl no Resp n.º 1.484.415/DF (Sexta Turma) e na QO na Apn n.º 675 (Corte Especial), considero prematuro que essa Corte procure simplesmente se adequar ao novo entendimento do Pretório Excelso sem que sequer tenhamos tido a oportunidade de examinar a fundo os argumentos lá adotados, dada a inexistência de publicação do acórdão.

Não obstante, fiquei vencida tanto na Turma quanto na Corte Especial, de modo que, **ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.**

Vale ressaltar que não vislumbro, em uma superficial análise do acórdão do Tribunal *a quo* (Apelação n.º 0036167-24.2007.8.17.0001), flagrante ilegalidade a justificar que se excepcione a aludida compreensão.

Por fim, não há falar em *reformatio in pejus*. Note-se que, nos autos do HC 336.759/MG, julgado em 3.5.2016, entendi que a liberdade do acusado estava albergada pelo manto da coisa julgada, haja vista a decisão desta Corte, em anterior *writ*, garantindo-a até o trânsito em julgado. No entanto, fiquei vencida mais uma vez, prevalecendo nesta Sexta Turma o entendimento no sentido de ser possível a execução antecipada da pena.

Dessarte, tendo em vista o recente julgamento do Pretório Excelso, esta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma entende que cabe ao Tribunal de origem determinar, após o julgamento da apelação, a imediata execução da pena, independentemente de eventuais decisões anteriores que condicionassem a prisão à sentença definitiva.

In casu, vale ressaltar que o magistrado *a quo* limitou-se a proferir decisão de praxe no sentido de que, após o trânsito em julgado, fossem adotadas diversas providências, incluindo a expedição de mandado de prisão.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.441 - PE (2016/0107388-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente, acompanhando na íntegra o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, inclusive no que se refere às ressalvas, **denego** a ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0107388-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 354.441 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120070361674 00361672720078170001 02875912 120070361674 2875912
361672720078170001

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTROS
ADVOGADO : RICARDO LOPES CORREIA GUEDES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : FLAVIO XAVIER DE LIRA
CORRÉU : PEDRO ANTÔNIO DE LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. RICARDO LOPES CORREIA GUEDES, pela parte PACIENTE: FLAVIO XAVIER DE LIRA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou o habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.