



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.015 - SP (2017/0156670-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA E OUTRO**
ADVOGADOS : **RODOLFO SEBASTIANI - SP275599**
: **AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA - SP0184565**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO**
PACIENTE : **JOEL BATISTA DE MOURA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES PENDENTES DE JULGAMENTO. NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRISÃO PREMATURA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que 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 (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016). Tese confirmada pelo Pleno da Corte Suprema, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016. Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator. Inocorrência da alegada *reformatio in pejus*. Precedentes.

2. Na espécie, todavia, embora eventuais recursos especial e extraordinário não sejam dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias ainda não se encerrou. Contra o julgamento do recurso de apelação foi oposto, no caso, embargos declaratórios com efeitos infringentes que, segundo andamento processual obtido no endereço eletrônico do Tribunal de origem, pende de julgamento. Desse modo, diante da ausência de exaurimento no julgamento nas instâncias ordinárias, revela-se prematuro o início da execução provisória da pena.

3. *Habeas corpus* concedido para garantir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento das instâncias ordinárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.015 - SP (2017/0156670-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA E OUTRO**
ADVOGADOS : **RODOLFO SEBASTIANI - SP275599**
 AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA - SP0184565
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**
PACIENTE : **JOEL BATISTA DE MOURA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOEL BATISTA DE MOURA contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (apelação n. 2007.61.26.005965-8/SP).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração aos arts. 168-A, § 1º, I, c/c o art. 71, e 337-A, III, c/c os arts. 71 e 69, todos do Código Penal, à pena de 4 anos, 4 meses e 14 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de multa.

Irresignadas, defesa e Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal *a quo*, contudo, deu parcial provimento ao apelo defensivo e provimento ao recurso ministerial, momento em que determinou a imediata execução da pena, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 409/410):

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SÓCIAS "LARANJAS". ABSOLVIÇÃO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS EM RELAÇÃO AOS ADMINISTRADORES DE FATO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DOS ADMINISTRADORES. DOSIMETRIA DA PENA. PATAMAR REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA EXASPERADO. AFASTADO O CONCURSO FORMAL DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DAS PENAS DE MULTA.

1. Os réus foram denunciados como sócios-gerentes de empresa por terem deixado de recolher as contribuições previdenciárias descontadas da folha de pagamento de empregados, bem como por terem omitido informações de guias de pagamento, com escopo de reduzir o valor devido a título de contribuições previdenciárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Imputado à parte ré a prática de apropriação indébita previdenciária, tipificada no art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal e de sonegação previdenciária, tipificada no artigo 337-A, III do Código Penal.*

3. *A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada nos autos, em especial, pela Representação Fiscal para Fins Penais e pelas NFLD nº 37.017.194-2 e nº 37.017.195-0.*

4. *Da análise do contrato social e suas alterações, observa-se que os quatro réus detinham poderes de gerência quando da prática delitiva, de dezembro de 2001 a agosto de 2006. No entanto, a prova testemunhal evidencia que somente os réus SIVALDO e JOEL exerciam a administração da empresa de fato, sendo as rés SIMONE e ROSELI apenas sócias "laranjas", sendo sua absolvição medida de rigor, nos termos do artigo 386, IV do Código de Processo Penal.*

5. *Autoria e dolo restaram comprovados nos autos em relação aos sócios efetivos da empresa.*

6. *Dosimetria da pena. Consoante jurisprudência firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que concorrem as causas de aumento do concurso formal de crimes e da continuidade delitiva incide apenas o relativo ao artigo 71 do Código Penal, sob pena de bis in idem. Por conseguinte, deve ser afastado, de ofício, o aumento de pena relativo ao concurso formal de crimes, aplicando-se apenas o aumento relativo à continuidade delitiva.*

7. *Configurada a continuidade delitiva em relação aos delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, aplica-se o aumento consoante o período em que se reiterou a conduta delitiva, conforme entendimento consolidado desta E. Corte.*

8. *A pena de multa deve ser redimensionada para que seja observado o princípio da proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade. Da mesma forma, deve ser afastada a incidência do artigo 72 do Código Penal, pois tal dispositivo refere-se somente aos casos de concurso formal ou material, enquanto o caso dos autos é crime continuado.*

9. *Em relação ao réu Joel Batista, verifica-se que o dano causado à Previdência em decorrência de apropriação indébita ultrapassa R\$ 166.000,00 (cento e sessenta e seis mil reais), e mais de R\$ 519.000,00 (quinhentos e dezenove mil reais) relativos à sonegação. Portanto, a pena-base deve ser fixada em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a se considerar na segunda fase. Na terceira fase, a continuidade delitiva deve ser de metade, resultando em pena definitiva de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa a substituição conquanto ausentes requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal.

10. Quanto ao réu Sivaldo Francisco, os valores relativos ao prejuízo causado à Previdência atingem as mesmas cifras acima mencionadas, sendo, pois, de elevada monta, contando contra si, além de maus antecedentes, condenação com trânsito em julgado. Assim sendo, fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa. Na segunda fase, deve ser aplicada a atenuante da confissão, restando a pena reduzida para 02 (dois) anos e 09 (nove meses de reclusão e 13 (treze) dias-mulga. Na terceira fase, impõe-se a causa de aumento de metade para a continuidade delitiva, atingindo a pena de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, vedada a substituição por restritiva de direito, em razão do não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal

11. Determinada a expedição dos mandados de prisão.

12. Apelação da defesa parcialmente provida. Apelação ministerial provida.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que não houve o esgotamento das instâncias ordinárias a fim possibilitar a execução provisória da pena, uma vez que foram opostos pela defesa embargos de declaração e infringentes.

Diante disso, requer seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o final pronunciamento da 2ª instância.

Deferida a liminar (e-STJ fls. 2.100/2.104) e prestadas as informações (e-STJ fls. 2.121/2.126), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 2.129/2.131).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.015 - SP (2017/0156670-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, no presente *mandamus* seja concedido ao paciente o direito de aguardarem em liberdade o final pronunciamento da 2ª instância.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. *Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...]* (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. *O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o *Habeas Corpus* n. 126.292, 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. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado. (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o esaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Na espécie, todavia, embora eventuais recursos especial e extraordinário não sejam dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias, no caso em tela, ainda não se encerrou.

Após o julgamento do recurso de apelação, foram opostos, no caso, embargos de declaração e infringentes que, segundo andamento processual obtido no endereço eletrônico do Tribunal de origem, pende de julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, entendo que, não havendo o exaurimento do julgamento nas instâncias ordinárias, mostra-se prematura a execução provisória da pena.

Por tal motivo, **concedo a ordem**, para garantir que o paciente seja mantido em liberdade até efetivo exaurimento do julgamento na segunda instância.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0156670-7

HC 406.015 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059654520074036126 00124032020164030000 124032020164030000 200761260059658
201603000124030 233672016 59654520074036126

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADOS	: RODOLFO SEBASTIANI - SP275599 AGLAER CRISTINA RINCON SILVA DE SOUZA - SP0184565
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: JOEL BATISTA DE MOURA
CORRÉU	: ROSELI BARBOZA DA SILVA
CORRÉU	: SIMONE FRANCISCA DA SILVA
CORRÉU	: SIVALDO FRANCISCO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.