HABEAS CORPUS Nº 472.064 - SP (2018/0257743-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	ADELFO VOLPE
ADVOGADO	:	ADELFO VOLPE - SP021925
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALCIDES MENANI JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALCIDES MENANI JUNIOR apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado à *"pena de 09 anos, 07 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar o valor correspondente a 50 dias-multa em seu mínimo unitário, por infração ao disposto no artigo 312, 'caput', por três vezes na forma do artigo 70, no artigo 312, 'caput', e no artigo 312, 'caput', por 25 vezes na forma do artigo 71, operada a soma das penas a teor do artigo 69, todos do Código Penal. A decisão ainda impôs ao acusado o pagamento da quantia mínima de R$ 20.597,34, a fim de reparar o erário pelos prejuízos causados*" (e-STJ fl. 24).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fls. 23/24):

> *Apelação - Preliminares de nulidade - Cerceamento de defesa - Ausência de intimação da data de oitiva de testemunha no Juízo deprecado - Defensor e réu que tomaram ciência da expedição de carta precatória - Dever da defesa em acompanhar a designação da audiência - Falta de intimação que não acarreta a nulidade do ato Súmula 273 do STJ - Nomeação de defensor 'ad hoc' - Inexistência de exame de corpo de delito, insuficiente a alterar ou a modificar a prova da do crime, cuja materialidade foi demonstrada por outros elementos de convicção - Inteligência do artigo 167 do CPP - Não requerida a produção de outras provas pela Defesa - Correlação entre a sentença e a denúncia - "Emendatio libelli" - Nova classificação jurídica dada à conduta, indicada de modo expresso na denúncia - O acusado defende-se dos fatos relatados na denúncia, e não de sua capitulação - Manifestação da defesa, em alegações finais, quanto à alteração da classificação jurídica das infrações imputadas ao réu - Ausência de prejuízo à defesa - Preliminares rejeitadas - Provas suficientes para a condenação - Réu que, na condição de gerente de serviços da unidade, se apropriou de valores*

> *e simulou despesas inexistentes, auferindo vantagem pessoal - Materialidade delitiva comprovada pelo procedimento administrativo e pela farta prova oral - Negativa judicial inverossímil e isolada nos autos - Condenação mantida - Impossibilidade de desclassificação da imputação para aquela prevista no artigo 168 do CP - Réu que atuou na condição de funcionário do Banco do Brasil - Inteligência do artigo 327, § 1º, do CP - Pena-base fixada no mínimo legal em relação a todas as infrações - Causa de aumento de pena prevista no artigo 327, § 2º, bem reconhecida - Acertado o reconhecimento do concurso formal quanto aos crimes ocorridos em 22.12.2011, e do crime continuado em relação aos delitos praticados entre 12.07.2012 e 02.08.2012 - Penas de multa que deveriam ter sido somadas, a teor do artigo 72 do CP, o que fica mantido, haja vista a inércia do representante do Ministério Público - Penas somadas por conta do concurso material de infrações - Erro no cálculo que beneficiou o acusado e também fica mantido, haja vista a resignação da Justiça Pública - Regime fechado adequado ao "quantum" da pena - Decorrido o prazo para oposição de eventuais Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes, expeça-se mandado de prisão - Recurso de apelação desprovido, com determinação.*

No presente *writ*, a defesa alega que "*a determinação de expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da decisão não deve prevalecer, razão pela qual sua revogação é medida de rigor, tendo em vista que no prazo legal o paciente interpôs recurso especial para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, pelo que a decisão de segunda instância não transitou em julgado*" (e-STJ fl. 6).

Sustenta que "*a decisão proferida pela 3ª Câmara de Direito Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de expedição de mandado de prisão contra o paciente antes do trânsito em julgado do v. acórdão, fere o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que consagra o princípio de inocência ou de não culpabilidade, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória*" (e-STJ fl. 6).

Por isso, requer, inclusive liminarmente, a revogação da decisão proferida pela autoridade coatora, "*determinando-se que se aguarde o trânsito em julgado da decisão contida no v. acórdão"* (e-STJ fl. 10).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 63/66).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 71/105).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não

conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 107/111).

É, em síntese, o relatório.

Consoante se extrai do relatório, o impetrante insurge-se contra a determinação de execução provisória da pena do paciente.

Contudo, razão não lhe assiste.

Isso porque a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é a de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

Essa orientação foi, em seguida, adotada pela Corte Especial deste Superior Tribunal, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:

> *Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo* (QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016

Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

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 (HC 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO MANTIDA EM ACÓRDÃO QUE CONFIRMA CONDENAÇÃO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/MG, prolatado julgamento condenatório por Tribunal de apelação, e na pendência de recursos especial ou extraordinário sem efeitos suspensivos concedidos, não há que se falar em ilegalidade da execução provisória da pena a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Habeas corpus denegado, e revogada a liminar anteriormente deferida (HC 311.433/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado

> *pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, 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 (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).*
>
> *3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação Do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.*
>
> *4. Habeas Corpus não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal* (HC 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016).

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, transcrevo a decisão proferida pela Sexta Turma desta Casa, sumariada no Informativo de Jurisprudência n. 595, de 15 de fevereiro de 2017, relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz:

> *Cinge-se a controvérsia analisar hipótese de exceção ao entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246-SP, sob o regime de repercussão geral, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão de segundo grau e antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com o hodierno entendimento, os arts. 637 do CPP c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuírem efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido ou confirmado por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Na hipótese, contudo, há peculiaridade a ser observada.* ***O Juiz de primeiro grau concedeu à ré, na sentença penal condenatória, o direito de recorrer em liberdade, por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, e, em consulta eletrônica, é possível identificar que não houve prévio esgotamento da jurisdição do Tribunal, pois há registro de interposição de Embargos de***

> ***Declaração ainda não julgado. Como o acórdão condenatório é passível de integração e não há, ainda, pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça passível de ser impugnado por meio de recurso especial e de recurso extraordinário, deve ser afastada a possibilidade de execução das penas impostas. Não se olvida que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e apenas interrompem o prazo para a interposição dos recursos cabíveis. No entanto, dada a falibilidade que é característica do ser humano, excepcionalmente, existe a possibilidade de atribuir efeito infringente aos aclaratórios. Assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça*** (grifei).

Sendo assim, nos moldes da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, não há falar, na hipótese, em vedação à execução provisória da pena.

À vista do exposto, **denego a ordem**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator