HABEAS CORPUS Nº 533.551 - MG (2019/0276490-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	VINICIUS PAPA SOARES E OUTROS
ADVOGADOS	:	RENATO MARTINS MACHADO - MG096403
		LEONARDO DE CARVALHO BARBOSA - MG113013
		THIAGO PIRES SILVA CARNEIRO - MG125140
		VINICIUS PAPA SOARES - MG183978
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	FERNANDO ONOFRE RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FERNANDO ONOFRE RODRIGUES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 45 dias-multa, como incurso nas sanções previstas no art.155, §4º, II e IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para desclassificar a conduta para estelionato, previsto no art. 171 do CP, reduzindo a pena do paciente para 3 anos de reclusão e 30 dias-multa, nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 81):

> *APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE E EM CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART.155, §4º, INCISO II E IV) – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA: AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO – ERRO DE TIPO – ERRO DE PROIBIÇÃO – INVIABILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO – POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DE ATENUANTE GENÉRICA (CP, ART.66) – ALTERAÇÃO PARA REGIME MENOS GRAVOSO – INVIABILIDADE (CP, ART.33, §3º) – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Restando comprovado que os acusados, mancomunados entre si, praticaram o delito de furto, mediante fraude, em desfavor da empresa vítima, utilizando-se da emissão em duplicidade de nota fiscal gerava pagamento indevido, locupletando-se, assim, às expensas da empresa: o proprietário da transportadora recebia os valores referentes ao pagamento de serviço não realizado, validado pela segunda nota fiscal emitida, repassando, ao funcionário da empresa parte do valor referente ao*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AD662E1F-F06B-430F-AE9B-DEEFA2B5397A

> *"lucro" auferido indevidamente, não havendo, pois, que se falar em absolvição com esteio em quaisquer das teses invocadas pelas partes. 2. A diferença entre o delito de furto e o crime de estelionato reside no modo em que o meio utilizado para o cometimento da infração influencia no comportamento da vítima. Na hipótese, não tendo o agente empregado o ardil a fim de reduzir a vigilância da vítima e facilitar a subtração do bem, mas, sim, com a intenção de provocar a entrega voluntária, resta configurado o delito insculpido no art.171, caput do Código Penal. 3. Diante da comprovação da materialidade e autoria delitivas na esfera penal, não há falar em extensão da absolvição obtida no âmbito civil à conduta delitiva devidamente comprovada nestes autos e, em consequência, na atenuação da pena por meio da redução prevista no art. 66 do CP. 4. A despeito do quantum da pena, remanescem a desfavorabilidade de algumas circunstâncias judiciais, pelo que, nos termos do art. 33, §3º do CP, não faz o apelante jus à alteração para regime menos gravoso.*

No presente *writ*, a defesa afirma que, ao final do julgamento da apelação, o Tribunal de origem deliberou pelo início da execução provisória da pena, tão logo exauridos os prazos para interposição de recursos na instância ordinária, bem como que tempestivamente o paciente opôs embargos de declaração perante o Tribunal de origem.

Alega que a execução provisória da pena afronta os mais comezinhos direitos do paciente.

Por isso, requer, inclusive liminarmente, a suspensão da ordem de prisão e/ou a sua revogação, de forma a possibilitar que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 227/230).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *writ* (e-STJ fls. 271/274).

É, em síntese, o relatório.

Verifica-se que o paciente respondeu ao processo em liberdade e que foram rejeitados os embargos de declaração contra o acórdão proferido na Apelação n. 0225417-83.2010.8.13.0518, ainda sem notícia da certificação do trânsito em julgado da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AD662E1F-F06B-430F-AE9B-DEEFA2B5397A

condenação.

Ora, como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP (relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), firmou posicionamento no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, deixando assente 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, posteriormente, foi adotada pela Corte Especial e por ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (*v. g*. QO na APn n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe de 26/4/2016; HC n. 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe de 14/6/2016; HC n. 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe de 24/5/2016).

No entanto, **em 7/11/2019**, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Na hipótese, considerando-se a nova orientação da Suprema Corte acerca da questão e os fatos de o paciente ter respondido ao processo em liberdade, de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação e de sua custódia ter decorrido exclusivamente da determinação de execução provisória da pena outrora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AD662E1F-F06B-430F-AE9B-DEEFA2B5397A

permitida, vislumbro a existência do constrangimento ilegal alegado, no ponto.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, a fim de cassar a decisão do Tribunal de origem quanto à determinação da execução provisória da pena, permitindo que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, ressalvada a possibilidade de estar preso por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: AD662E1F-F06B-430F-AE9B-DEEFA2B5397A