



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 370.016 - SP (2016/0233852-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : ADILIO COELHO SAMPAIO
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário – assim como o recurso especial – desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido pela Suprema Corte quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016.

2. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.

3. A tese de aplicação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do HC n. 118.533, que possibilitara a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico privilegiado, não foi aventada no *writ*, configurando-se hipótese de inovação recursal, o que impede sua análise no regimental.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 370.016 - SP (2016/0233852-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : ADILIO COELHO SAMPAIO
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo impetrante contra decisão monocrática, de fls. 141/145, que não conheceu do *habeas corpus* nos seguintes termos:

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOHNNY BARBOSA DE ARAUJO e ADILIO COELHO SAMPAIO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0114242-02.2012.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente JOHNNY à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas) e o paciente ADILIO à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, bem como determinou a expedição de mandado de prisão. Eis a ementa do julgado:

TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO – INVIÁVEL – PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO (fl. 17).

No presente writ, a impetrante sustenta constrangimento ilegal imposto aos pacientes consubstanciado na expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, porquanto ausentes os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da segregação cautelar.

Sustenta que os pacientes foram presos em flagrante em 7.12.2012, posteriormente convertido em prisão preventiva, que foi revogada em 18.3.2013, não havendo, no caso específico, motivos concretos que justifiquem a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Sustenta desproporcionalidade na manutenção da prisão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente ADILIO, sob o argumento de que, em caso de provimento do recurso especial interposto, poderá haver alteração do regime inicial para o cumprimento da pena.

Pugna, assim, em liminar, pela concessão da ordem para determinar a suspensão dos efeitos da ordem de prisão.

Liminar indeferida às fls. 84/85. Informações prestadas às fls. 95/108 e 110/130.

O Ministério Público Federal se manifestou pela concessão parcial da ordem de habeas corpus, conforme parecer de fls. 134/139.

É o relatório.

Decido.

No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta egrégia Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a quaestio em debate conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

*Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem **o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade**. Assim especifica, verbis:*

*(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, **não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz**. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, **é necessário uma validade prática**” (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).*

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

*Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que **talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade** quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em **“sub-rogado universal das impugnações recursais”**, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do writ – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.*

*Certo é que, em decorrência dessa **plethora de meios impugnativos**, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma **infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos** – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do ius puniendi do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a **Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa rearrumação”**.*

*Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positividade na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill of Rights, **mas também à parte contrária**, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunidade social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas**.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. Alla ricerca di un processo penale giusto. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, julgadas em 5/10/2016, o Supremo Tribunal Federal reiterou o posicionamento firmado no âmbito do HC 126.292/SP, afirmando que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após o julgamento da causa pelo órgão jurisdicional colegiado.

No caso em debate, o impetrante se insurge contra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento do recurso de apelação que manteve a condenação dos réus e indeferiu o direito de recorrer em liberdade. Conforme se observa nas informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o acórdão ainda não transitou em julgado.

Dessa forma, tendo em vista a nova orientação perfilhada tanto pela Suprema Corte quanto por este Superior Tribunal de Justiça, o julgamento da apelação esvazia o objeto do presente habeas corpus acerca da custódia cautelar. A restrição da liberdade do ora recorrente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC n. 342.782/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016; HC n. 352.543/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 30/3/2016; HC n. 348.190/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016 e HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 30/3/2016.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço o presente habeas corpus.

Publique-se.

Alega o agravante que a decisão do Juízo de primeiro grau e o acórdão impugnado não trouxeram fundamentação idônea para manter a prisão preventiva.

Sustenta que o início da execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo o crime de tráfico privilegiado, sendo que, dessa forma, passou a ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Pretende, assim, o provimento do agravo e a concessão da ordem nos termos da inicial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 370.016 - SP (2016/0233852-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Compulsando-se os autos da impetração, verifica-se que, de fato, a prisão do agravante decorre de sentença condenatória confirmada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, julgadas em 5/10/2016, reiterou o posicionamento firmado no âmbito do HC 126.292/SP, afirmando que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após o julgamento da causa pelo do órgão jurisdicional colegiado.

Em reforço à jurisprudência colacionada na decisão, temos os seguintes precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

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.

2. No presente caso, ao recurso especial apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi proferida decisão dando provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória.

3. Agravo regimental não provido. (AgInt no REsp 1578272/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/08/2016)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. SEGREGAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada. (HC 360.602/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/08/2016)

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos após a decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no julgamento do HC n. 118.533, que afastou o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, não foi objeto do *habeas corpus*, e, portanto, cuida-se de verdadeira inovação recursal, inadmissível de apreciação.

A esse respeito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06, EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO FIXADA DENTRO DO CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA VINCULADA. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA DA PACIENTE. INOVAÇÃO RECURSAL. TESE NÃO AVENTADA NA EXORDIAL DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na presente hipótese, verifica-se que o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 foi fixado dentro do critério da discricionariedade jurídica vinculada, não sendo possível proceder qualquer reparo em sede de *habeas corpus*.

II - Na linha da pacífica orientação jurisprudencial desta eg.

Corte, mostra-se inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de teses não aventadas na inicial do writ, como no caso, a existência de erro material na segunda fase da dosimetria da pena da paciente (precedentes).

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 337.496/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). [...] PLEITO PELO AFASTAMENTO DA CONSIDERAÇÃO NEGATIVA RELACIONADA À CONDUTA SOCIAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO MANDAMUS. DISCUSSÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO INDEVIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não é possível a análise da suposta ilegalidade na consideração negativa da conduta social, porquanto tal matéria somente foi trazida à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 345.797/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0233852-2

AgRg no
HC 370.016 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01142420220128260050 1142420220128260050 20160000550764

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES - SP138663
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILIO COELHO SAMPAIO
PACIENTE : JOHNNY BARBOSA DE ARAUJO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ADILIO COELHO SAMPAIO
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.