



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.600 - SP (2016/0230714-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : JOSE ANTONIO PAVANI E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO PAVANI E OUTRO(S) - SP072302
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS DE LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES PENDENTES DE JULGAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246/SP, sob o regime de repercussão geral, assenta que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. No caso, opostos embargos infringentes, ainda pendentes de julgamento, não é possível a execução imediata da pena, porquanto não foi encerrado o debate sobre fatos e provas, discussão a que se volta o recurso interposto, de modo que não ocorreu o exaurimento da instância ordinária.

3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento dos embargos infringentes em liberdade, com o consequente exaurimento da instância ordinária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.600 - SP (2016/0230714-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : JOSE ANTONIO PAVANI E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO PAVANI E OUTRO(S) - SP072302

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTONIO CARLOS DE LIMA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANTONIO CARLOS DE LIMA, paciente neste habeas corpus substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000721-32.2013.8.26.0022.

Depreende-se dos autos que o Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Amparo – SP absolveu o paciente quanto à suposta prática do delito de receptação e, quanto à imputação do crime de tráfico de drogas, desclassificou o delito para o previsto no art. 28, I e II, da Lei n. 11.343/2006, condenando o réu às penas de advertência e prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 5 meses. Na mesma oportunidade, concedeu o direito de o paciente recorrer em liberdade.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento para condenar o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa. Ao final, em virtude da condenação em segunda instância, a Corte de origem determinou a expedição de mandado de prisão, com fulcro no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP.

Nesta Corte, alegam os impetrantes, em suma, que "a coação ilegal se caracteriza pela ausência de justa causa para a expedição do mandado de prisão, uma vez que a sentença condenatória ainda não transitou em julgado e o único fundamento utilizado para justificar a ordem de prisão é 'o pronunciamento do Pretório Excelso no julgamento do HC 126292 – SP', que não possui qualquer relação com os fatos discutidos no processo em que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente é parte" (fl. 3).

Requerem "A concessão de liminar, expedindo-se o competente contramandado de prisão, ou alvará de soltura, caso esteja preso em favor de ANTONIO CARLOS DE LIMA, para que aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*" (fl. 10).

Concedida a medida liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que pugnou "pelo não conhecimento do writ, podendo a ordem ser concedida de ofício, para garantir ao paciente aguardar em liberdade ao deslinde definitivo do feito perante o colegiado *a quo*" (fl. 79).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.600 - SP (2016/0230714-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES PENDENTES DE JULGAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246/SP, sob o regime de repercussão geral, assenta que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. No caso, opostos embargos infringentes, ainda pendentes de julgamento, não é possível a execução imediata da pena, porquanto não foi encerrado o debate sobre fatos e provas, discussão a que se volta o recurso interposto, de modo que não ocorreu o esgotamento da instância ordinária.

3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento dos embargos infringentes em liberdade, com o consequente esgotamento da instância ordinária.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

O Juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade. O Tribunal de Justiça, a seu turno, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual e condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa. Ao final, em virtude da condenação em segunda instância, a Corte de origem determinou a expedição de mandado de prisão, **com fulcro no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Execução imediata da pena - impossibilidade

No caso, após o julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual, a Corte de origem determinou o imediato cumprimento das penas fixadas no acórdão vergastado, destacando a compreensão exarada pelo Pretório Excelso no julgamento do HC n. 126.292/SP. Com efeito, em tal oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu 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" (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

O Ministro Teori Zavascki ressaltou que:

[...] o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal (destaquei).

A matéria foi objeto de novo exame pela Corte Suprema, em 5/10/2016, **nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44**, ocasião em que o Plenário, ao indeferir a tutela cautelar, **conferiu interpretação conforme ao art. 283 do Código de Processo Penal** ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva") para assentar que **encontra guarida no texto constitucional o início da execução da pena após prolação de acórdão condenatório.**

Tal entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do **ARE n. 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral**, instituto inserido no contexto da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dado que a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante disposto nos arts. 1.039, *caput* e parágrafo único, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.040, I, II e II, ambos do Código de Processo Civil, **de maneira a conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em recurso extraordinário.**

Ilustrativamente:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.

2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema.

3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento.

4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte.

5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação fixada em sede de repercussão geral.

7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.

8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação.

10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade.

11. No caso presente tal medida não se mostra necessária.

12. Não-conhecimento da presente reclamação (Rcl n. 10.793/SP, Rel. Ministro **Ellen Gracie**, Tribunal Pleno, DJe 6/6/2011).

Portanto, consoante o entendimento firmado pelo Pretório Excelso, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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**" (ARE n. 964.246/SP, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 25/11/2016, destaquei).

Todavia, na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça condenou o paciente por maioria de votos, **o que permitiu a oposição dos respectivos embargos infringentes**, os quais foram enviados à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo para manifestação, havendo retornado em 29/11/2016, **estando, assim, pendentes de julgamento**.

Trata-se aqui de recurso vocacionado à imersão no acervo fático-probatório, distinto daqueles "com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória", como bem apontou o Ministro Teori Zavascki, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo do HC n. 126.292/SP.

A propósito, constitui a oposição dos embargos infringentes pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, dado o não exaurimento da instância ordinária, já que possível ainda a discussão sobre fatos e provas, decorrência imediata do efeito regressivo do recurso. "A característica principal do efeito regressivo é a possibilidade de retificação das conclusões pelo mesmo juiz da causa" (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1324).

Esse é o teor das Súmulas n. 281 do Supremo Tribunal Federal e 207 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula n. 281 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súmula n. 207 do STJ: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

Em situação análoga à espécie, destaco os seguintes precedentes:

[...]

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de 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.

3. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, **ainda não está concluída a fase ordinária, porque a defesa interpôs embargos infringentes - ainda pendentes de análise pelo colegiado na origem - cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, uma vez que ainda não se exauriu a anterior instância.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem concedida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso (**HC n. 375.682/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 22/11/2016, destaquei).

[...]

3. Na espécie, todavia, embora eventuais recursos especial e extraordinário não sejam dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias ainda não se encerrou. O julgamento do recurso de apelação foi tomado por maioria, **tendo sido oposto, no caso, embargos 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.**

4. Proposta reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que a liminar deferida no presente habeas corpus teria desrespeitado o entendimento adotado por aquela Corte no HC n. 126.292/SP, o eminente Ministro Edson Fachin registrou que a decisão reclamada seguiu, expressamente, a trilha do decidido no HC 126.292/SP. Observou-se, contudo, que no caso específico, o recurso de apelação havia sido julgado por maioria, de modo que seriam cabíveis embargos infringentes. Nessa linha, não teria se verificado o esgotamento do enfrentamento da matéria de fato, pressuposto da decisão tomada pelo Plenário deste Tribunal. (STF - RCL n. 23.535/DF, Rel. Ministro EDSON FACHIN, DJe 17/5/2016).

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para garantir que os pacientes aguardem em liberdade o exaurimento das instâncias ordinárias. (**HC n. 351.804/MA**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 27/10/2016, destaquei).

Destarte, não encerrada até então a análise de fatos e provas pela instância ordinária, não é cabível a execução imediata da pena.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento dos embargos infringentes em liberdade, com o consequente exaurimento da instância ordinária.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0230714-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 369.600 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007213220138260022 20160000451246 7213220138260022

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE ANTONIO PAVANI E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO PAVANI E OUTRO(S) - SP072302
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS DE LIMA

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

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.