



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 369.454 - SP (2016/0229780-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : RICARDO CASADO  
**ADVOGADO** : RICARDO CASADO - SP242169  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOSE CARLOS DA SILVA ARAUJO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA ORIGEM. JULGAMENTO PENDENTE. NÃO ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/MG e das ADPFs 43 e 44, não há falar em ilegalidade da execução provisória da pena, quando esgotada a via recursal ordinária.

2. *In casu*, todavia, a defesa opôs embargos declaratórios contra o acórdão impugnado, estando o recurso pendente de julgamento, motivo pelo qual a expedição prematura de mandado de prisão se traduz em constrangimento ilegal, uma vez não esgotadas as vias recursais ordinárias.

3. Ordem concedida, para determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o esgotamento das vias recursais ordinárias, perante o Tribunal de origem, se, por outro motivo, não estiver preso.

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

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 369.454 - SP (2016/0229780-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : RICARDO CASADO  
**ADVOGADO** : RICARDO CASADO - SP242169  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOSE CARLOS DA SILVA ARAUJO

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSE CARLOS DA SILVA ARAUJO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0071646-95.2015.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em decorrência da prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 194 dias-multa, tendo sido deferido o direito de apelar em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (fls. 20/29).

Neste *mandamus*, aduz a defesa que é desarrazoado o decreto prisional fundado exclusivamente no entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do HC 126.292, de relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki.

Salienta que o apenado obteve a liberdade provisória no curso da ação penal e vem se dedicando, desde então, a atividade lícita. Invocando do princípio constitucional da inocência, ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente.

Anota, também, ter havido a oposição embargos de declaração defensivos ao aresto vergastado, ainda pendentes de julgamento.

Pugna, assim, pela expedição de contramandado de prisão, em favor do sentenciado.

O pedido de liminar foi indeferido, às fls. 36/37.

Prestadas as informações, às fls. 47/61 e 63/74, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 78/82, pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.454 - SP (2016/0229780-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, obstaculizar o cumprimento antecipado da pena, visto que a condenação do paciente ainda não transitou em julgado.

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 específica, 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punitivo brasileiro, 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 **pletora 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 positivação 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 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 comunhão social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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).*

Acrescente-se ainda, que em 5/10/2016, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após o escoamento dos recursos na via ordinária.

No caso em debate, todavia, a determinação do cumprimento antecipado da pena do paciente decorre do acórdão proferido no mencionado julgamento da Apelação Criminal n. 0071646-95.2015.8.26.0050, ao qual, segundo informações prestadas pelo Tribunal de origem (fls. 63/74), foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento.

Pelo que se pode verificar, ainda não foi esgotada a jurisdição do Tribunal *a quo*, fato que obsta a expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena em desfavor do apenado. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO E DE FORMAÇÃO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL PROVISÓRIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.

I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, 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, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

**III - Não é o que ocorre, na hipótese, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos infringentes pela defesa, pendentes de julgamento, não estando exauridas, portanto, as vias recursais ordinárias.**

Ordem concedida para, confirmando a liminar de fls. 83/84, determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias, sendo vedada, no meio tempo, a formação de processo de execução criminal provisório (HC 358.257/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/8/2016)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. ORDEM CONCEDIDA.

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. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***pendente o julgamento, pelo Tribunal a quo, dos embargos infringentes opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.***

3. 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 360.118/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/8/2016)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. POSSIBILIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. JULGAMENTO PENDENTE. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão que confirma a condenação, em sede de apelação criminal, nos termos da nova orientação da Sexta Turma que, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e o REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJU de 17/5/2016), segundo o qual a execução provisória da condenação penal, na ausência de decreto de prisão ou de recursos com efeito suspensivo, não afronta o constitucional princípio da presunção de inocência.

***2. Ocorre que, tendo sido opostos embargos infringentes contra o acórdão impugnado, os quais ainda pendem de julgamento, a expedição de mandado de prisão evidencia o constrangimento ilegal.***

3. Ordem concedida para garantir à paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento dos embargos infringentes opostos perante o Tribunal de origem (HC 359.377/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/8/2016)

Constata-se, assim, a aventada ilegalidade flagrante, consistente na determinação de expedição de mandado de prisão após o julgamento da apelação quando ainda não esgotadas as vias recursais ordinárias.

Ante o exposto, voto no sentido de conceder a ordem, para determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o esgotamento das vias recursais ordinárias, perante o Tribunal de origem, se, por outro motivo, não estiver preso.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0229780-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 369.454 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00716469520158260050 20160000579948 4052015 53532015 716469520158260050

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : RICARDO CASADO  
ADVOGADO : RICARDO CASADO - SP242169  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSE CARLOS DA SILVA ARAUJO

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