



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.628 - SP (2018/0273573-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI**
ADVOGADO : **SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **BENEDITO ANTÔNIO GUIMARÃES MENDES**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu 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 (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). Tese confirmada pelo Pleno da Corte Suprema, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016. Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator. Inocorrência da alegada *reformatio in pejus*. Precedentes. Tal orientação foi ratificada pelo Plenário Virtual, no julgamento do ARE n. 964.246/SP (DJe de 25.11.2016), submetido à sistemática da repercussão geral, assim conferindo eficácia erga omnes e efeito vinculante ao pronunciamento.

3. Na espécie, 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, porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Precedentes do STJ.

4. Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.628 - SP (2018/0273573-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI
ADVOGADO : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO ANTÔNIO GUIMARÃES MENDES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BENEDITO ANTONIO GUIMARÃES MENDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002844-49.2014.8.26.0642).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Encerrada a instrução criminal perante a primeira instância, a conduta foi desclassificada para a prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006, sendo o paciente condenado à pena de 5 meses de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa relacionado à dependência química, *declarando, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, extinta a pena do agente, tendo em vista que este já cumpriu a pena em cárcere cautelar* (e-STJ fl. 18).

Irresignado com o referido *decisum*, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça, sendo o recurso ministerial provido para condenar o réu nos termos da denúncia à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 18):

MATERIALIDADE auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação que o material apreendido é droga.

AUTORIA depoimento policial que indica a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO destinação a terceiros indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário; apreensão de quantia em dinheiro e de balança de precisão que indica a intenção de separar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a expressiva quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico; a condenação anterior por tráfico de drogas; e, réu que declarou ser usuário de crack, logo não iria usar a cocaína apreendida tipo congruente.

PENA base fixada acima do mínimo legal, ante a quantidade de droga apreendida na segunda fase a pena ficou mantida tal como fixada na fase anterior, por ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 por estar comprovado que ele se dedicava a atividade criminosa.

REGIME circunstâncias desfavoráveis Beccaria regime fechado necessidade inviável a substituição da pena em face da alta reprovabilidade e do quantum de pena artigo 44, I e III, do CP provimento ao recurso ministerial para condenar o réu pela prática de tráfico de drogas.

Ainda, houve a oposição de embargos de declaração pela defesa, os quais foram rejeitados, determinando-se a execução provisória da pena, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 34):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO alegação de contradição e omissão e prequestionamento da matéria inexistência de contradição quanto à condenação por tráfico de drogas ainda que não demonstrada comercialização da droga tipo penal que não exige comprovação de dolo específico conduta que não requer fim especial de agir ausente contradição na primeira fase da dosimetria pena-base fixada acima do mínimo legal em função da quantidade de entorpecentes ausente omissão na terceira fase da dosimetria afastamento do redutor fundamentado na indicação da profissionalização e dedicação do réu à prática delitiva rejeição, com determinação.

Não satisfeita, a defesa impetrou o presente *habeas corpus*, no qual ressalta a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mormente quando pendente o julgamento de recurso especial.

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem e expedição do respectivo contramandado de prisão e/ou alvará de soltura para que o paciente responda ao processo em liberdade até o trânsito em julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ, recebendo o parecer a seguinte ementa (e-STJ fl. 85)

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE DETERMINA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Execução provisória da pena; HC nº 126.292; Tribunal Pleno do STF que indeferiu liminar na ADC nº 43 e na ADC nº 44; possibilidade de execução antecipada da pena.

- Parecer pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 474.628 - SP (2018/0273573-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015;- e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, suspender a execução provisória da pena imposta pelo Tribunal *a quo* ao negar provimento ao recurso defensivo e prover o apelo ministerial.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126.292, 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. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da apelação.

3. *Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado. (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).*

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Sexta Turma, julgado em 4/6/2013, DJe 17/6/2013).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA (COM MINORAÇÃO DA PENA). PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

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 tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 6/9/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

3. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

Precedentes.

4. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

5. Habeas corpus concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 17/2/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedentes.*

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS III E V, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

Diante da ausência de previsão legal, não é possível a incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao delito descrito no artigo 273, § 1-B, do Estatuto Repressivo, uma vez que a referida causa de diminuição de pena se restringe aos crimes tipificados no caput e no § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. *Precedentes.*

PACIENTE CONDENADA A RESGATAR A REPRIMENDA CORPORAL NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTRIÇÃO PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequação da constrição ao modo de execução estabelecido. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

3. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclamos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 373.120/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017).

HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tribunal Pleno, 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, previsto na Constituição Federal.

2. Não prospera a alegação do impetrante de reformatio in pejus para o paciente, uma vez que desnecessário o pedido por parte do Ministério Público, sendo um efeito automático da condenação. Do contrário, seria inviável, em qualquer caso, a determinação do cumprimento da execução provisória.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 371.527/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão: HC n. 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 22/09/2016; HC n. 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 14/06/2016; e HC n. 366.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 7/2/2017, DJe 14/2/2017.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos.

No caso, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público e reformou a sentença proferida em primeiro grau para condenar o paciente à pena de 5 anos e 10 meses, em regime inicial fechado, tendo ocorrido o exaurimento do julgamento perante aquela instância, após o julgamento dos embargos de declaração lá opostos, ocasião em que se determinou expressamente a execução provisória da pena.

Assim, 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.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0273573-4

HC 474.628 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028444920148260642 20180000510798 20180000725776 28444920148260642

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI
ADVOGADO : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO ANTÔNIO GUIMARÃES MENDES

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.