



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.640 - SP (2018/0281025-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR TEIXEIRA DE NOVAES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 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.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.640 - SP (2018/0281025-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR TEIXEIRA DE NOVAES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VITOR TEIXEIRA DE NOVAES contra acórdão da 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0029580-40.2018.8.26.0576).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 c/c 40, inciso VI da Lei n. 11.343/2006.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da acusação, elevando a pena para 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e desproveu o apelo defensivo. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fls. 12/33):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES e ASSOCIAÇÃO VOLTADA À VIL MERCANCIA. Materialidade e autoria comprovadas. Prisão em flagrante. Versão exculpatória inverossímil, a par de nítida a intenção de fazer recair sobre o comparsa menor a responsabilidade exclusiva pelo ilícito. Relato insuspeito do policial descrevendo as diligências que culminaram na localização da droga e apreensão do menor infrator, segundo indicação precisa do acusado. Quadro que possibilitou individualizar o papel de liderança desempenhado pelo réu sobre a atividade do adolescente, então encarregado do armazenamento e transporte da droga. Situação apta a desnudar o vínculo com o entorpecente apreendido e o liame associativo para o tráfico. Causa de aumento atinente ao envolvimento do adolescente inquestionável. Impossibilidade de condenação concomitante pelo crime do artigo 244-B do ECA, sob pena de inaceitável bis in idem, prevalecendo a causa de aumento aludida, tendo em vista o princípio da especialidade. Apenamento. Remissão. Necessidade, nos moldes alvitados pela Justiça Pública. Circunstância desfavorável representada pela elevada quantidade de droga armazenada (alcançando pouco mais de 1.4ka de maconha) ensejando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração das reprimendas. Causa de diminuição do tráfico inaplicável em face condenação pelo delito previsto no artigo 35 da Lei de Tóxicos. Precedentes. Abrandamento do regime prisional impensável diante da circunstância negativa agora considerada e da prática de delitos envolvendo menor infrator, além do montante da carcerária tornando sem sentido discussão aprofundada sobre o tema. Apelo da acusação provido parcialmente, anotada a improcedência do inconformismo manifestado pela Defesa.

No presente writ, a defesa alega que o paciente estava cumprindo a pena a que foi condenado em primeira instância, tendo obtido a progressão para o regime aberto, e estava trabalhando regularmente.

Afirma que a execução da pena em razão do encerramento do julgamento da apelação viola o princípio da presunção de inocência.

Relata que foram opostos embargos de declaração contra o acórdão.

Argumenta que o paciente já se encontra trabalhando, devidamente registrado, já passou por todas as etapas de progressão, sempre mantendo excelente comportamento, enfim, detém situação impar a reclamar, ainda mais, a necessidade do deferimento liminar do pleito até o julgamento do presente writ (e-STJ fl. 8).

Requer, assim, a suspensão da execução provisória da pena.

A liminar foi deferida às e-STJ fls. 360/363.

Informações às e-STJ fls. 370/421, 423/458 e 463/464.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ (e-STJ fl. 461).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.640 - SP (2018/0281025-4)

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 do Ministério Público.

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 16/6/2015, DJe 3/8/2015).

[...] 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 1º/09/2015, DJe 8/9/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 17/2/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/5/2016, publicado em 17/5/2016, 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 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 28/6/2016, DJe 1º/8/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Portanto, 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 negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso da acusação, elevando a pena para 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Foi determinada a execução provisória da pena. Às e-STJ fls. 425, o Tribunal *a quo* informou que *não consta registro de interposição de recurso*.

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: 2018/0281025-4

HC 475.640 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00295804020168260576 120392016 2016002735 20180000802338 295804020168260576

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR TEIXEIRA DE NOVAES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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.