



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.295 - RS (2017/0006137-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : WILLIAN BARBIERI DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que o paciente é primário, com pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, mostra-se adequada a fixação do regime semiaberto.

5. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que a pena fixada foi superior a 4 anos.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, 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 (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

7. No caso, a jurisdição das instâncias ordinárias encontra-se encerrada, porquanto na fase de admissibilidade do recurso especial interposto pelo paciente, sendo 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.295 - RS (2017/0006137-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : WILLIAN BARBIERI DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de WILLIAM BARBIERI DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70070956446).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2003, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado (fls. 248/255).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo os termos da sentença (fls. 334/350).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, da fixação do regime fechado, bem como na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Insurge-se, ainda, com a decisão que determinou o início da execução provisória da pena.

Sustenta que a causa especial de diminuição da pena deve ser aplicada na fração máxima, *"até porque o recorrente não registra antecedentes criminais aptos a serem reconhecidos para demonstrar que a atividade se dê com habitualidade e tampouco indica que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa"* (fl. 16). Afirma que com o redimensionamento da pena, o paciente faz jus ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 360/363.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 391/396, pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE JULGAMENTO. INICIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PARECER PELA EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.295 - RS (2017/0006137-8)

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:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, 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, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fixação do regime fechado, na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como na determinação da execução provisória da pena, mesmo que sem o trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fls. 347/348):

Na terceira fase, a defesa postula a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que não pode ser acolhido, porquanto a referida causa especial de redução de pena é inaplicável aos casos de agentes que se dedicam à atividade criminosa.

Note-se, a respeito, que a minorante referida é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, sabidamente, por si só é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional.

Digo isso porque não concordo com o critério de que a primariedade do réu basta para que mereça o benefício; entendo sempre necessária a análise do caso concreto, para garantir que a minorante seja reservada unicamente a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua "profissão".

E a figura do traficante eventual é admissível, ao menos no meu entendimento, apenas com relação àqueles indivíduos chamados "aviõezinhos", que ficam em uma esquina, com pouca quantidade de droga, com a tarefa de vender e repassar o produto da venda ao seu "superior", em troca de uma contraprestação (geralmente dinheiro ou drogas). Afora tais hipóteses, o tráfico sempre exige dedicação.

Seguindo essa premissa, não vejo como afirmar que o réu ora julgado é um traficante eventual (embora a primariedade seja incontestável), pois ele não comprovou qualquer atividade lícita e as investigações prévias, inclusive realizadas por meio de interceptações telefônicas, demonstram que WILLIAN costumava vender drogas sob encomenda.

Com efeito, os policiais já vinham monitorando o réu, pois havia informes de que ele estava traficando drogas e também que andava em uma motocicleta furtada.

A continuidade das investigações apontaram que WILLIAN costumava receber encomenda de drogas, tanto que foi apreendido o entorpecente que ele ia entregar aos usuários, que foram abordados pelos policiais, na data do fato, e também foi encontrado mais entorpecente em seu apartamento, sendo tabletes de maconha embalados, prontos para venda, como, aliás, facilmente se verifica pela fotografia da fl. 20.

Todas essas circunstâncias indicam no mínimo certo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profissionalismo na narcotraficância, não podendo se concluir que o réu é um traficante eventual e que não se dedica a atividades criminosas, por todos os elementos declinados, diante do que ele não faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Dessa forma, ressaí das transcrições supra que o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos para negar a incidência da redutora do art. 33 § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DE VERIFICAÇÃO SE O AGENTE NÃO SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O acolhimento do pedido de absolvição por falta de provas da autoria delitiva e o afastamento da conclusão de que o agente se dedica à atividade criminosa com o objetivo de fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 524.486/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Sexta Turma, DJe 11/11/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. RECONHECIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEVAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VII, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Tendo sido reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação do paciente em atividade criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 207.874/RJ, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, não há se falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, bem como na não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, ainda que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, a quantidade (16,7 g de maconha) não se mostra suficiente para justificar o regime mais gravoso.

Dessa forma, tendo em vista que o paciente é primário, com pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto.

Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o *quantum* da pena supera o limite estipulado pelo art. 44, inciso I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, em relação à determinação do cumprimento antecipado da pena, 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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o *Habeas Corpus* 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. 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 n. 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016, g.n.).

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.

Na espécie, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se a interposição de recurso especial, ora em fase de admissibilidade.

Assim sendo, encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0006137-8

HC 385.295 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00114786720138210073 03058387920168217000 07321300038127 114786720138210073
3058387920168217000 70070956446 7321300038127

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

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

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : WILLIAN BARBIERI DA SILVA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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