



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.749 - SP (2016/0307149-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : PAULO HENRY GIROTTE POLISSISSO
ADVOGADO : PAULO HENRY GIROTTE POLISSISSO - SP262142
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON FERNANDES FURLAN (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, recentemente consignou, por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246/SP, que *"fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).

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 - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela defesa, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

Habeas corpus concedido, tão somente para permitir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.749 - SP (2016/0307149-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de EDSON FERNANDES FURLAN, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente, denunciado pela prática do delito descrito no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, foi absolvido pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem que, à unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial, condenando o ora paciente à pena 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, e determinando, ainda, a execução provisória da reprimenda.

Daí o presente mandamus, no qual aduz o impetrante, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em razão da ilegalidade na determinação de execução provisória da pena, *"na medida em que inequívoca falta de provas para ensejar a condenação em desfavor do Paciente, quiçá, uma execução provisória de sentença"* (fl. 2).

Sustenta, ainda, que a determinação da execução provisória de ofício pelo Tribunal **a quo** violaria os princípios do **in dubio pro reo**, da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Informa, por fim, que encontra-se pendente de julgamento embargos de declaração opostos perante a col. Corte **a quo**.

Requer, por isso, a suspensão da execução provisória da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 52-53.

As informações foram prestadas às fls. 75-97.

O Ministério Público Federal, às fls. 80-81, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.749 - SP (2016/0307149-2)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, recentemente consignou, por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246/SP, que *"fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).

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 - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela defesa, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

Habeas corpus concedido, tão somente para permitir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: **Inicialmente**, cumpre ressaltar que o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Esse era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **eg. Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, negou provimento a pedido formulado no **ARE n. 964.246/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1- Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

*2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão deral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).*

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.

3. Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

4. A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/6/2016).

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

Contudo, no presente writ, verifico, conforme as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fl. 62), que muito embora o recurso de apelação tenha sido julgado em 29/9/2016, ainda não se encerrou a jurisdição promovida em segunda instância, haja vista a oposição de embargos declaratórios pela defesa, **ainda pendentes de julgamento.**

Não se mostra possível, portanto, no caso, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal.

Cito, ainda, neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte, que corroboram tal posicionamento:

"HABEAS CORPUS. DUPLICATA SIMULADA. ART. 172, C/C O ART. 71 DO CP. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM.

1. Nos termos do disposto no art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

2. No caso, muito embora o Juiz tenha garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação e apesar de o Ministério Público não ter recorrido nem apresentado pedido de prisão, a Câmara julgadora, ao negar provimento à apelação, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o apelante.

3. Nem o recurso especial, nem o recurso extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, obstam o início da execução provisória da pena, uma vez que os julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

4. Quanto a eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.

5. Para que seja ajuizada medida cautelar ou impetrado habeas corpus em tais circunstâncias, há de haver plausibilidade jurídica nas teses apresentadas no recurso.

6. Na espécie, não há verossimilhança das alegações deduzidas, não sendo perceptível, a propósito dos pontos suscitados, contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada desta Corte, seja pela ausência de flagrante ilegalidade, seja pela inviabilidade do reexame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida apenas para garantir a liberdade do paciente até que os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação sejam julgados na Corte estadual" (HC n. 349.749/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/6/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. No particular, a paciente respondia ao processo em liberdade e, em primeira instância, sua conduta foi desclassificada para a adequação típica do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em recurso da acusação, entretanto, ela foi condenada, por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado. O Tribunal de origem determinou, ainda, a imediata expedição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandado de prisão.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre 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. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. 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).

4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar.

5. Ademais, e por outro lado, não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes) opostos pela defesa. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime. Constrangimento ilegal configurado.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa" (HC n. 343.302/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/6/2016).

Vislumbro, portanto, ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, já que verificada, na hipótese, **a inexistência de encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem.**

Ante o exposto, **concedo a ordem**, tão somente para que o paciente aguarde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem, permitindo-se, posteriormente, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo Supremo Tribunal Federal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0307149-2

HC 379.749 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013831520158260575 13831520158260575 20160000729708 6712015

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO HENRY GIROTTE POLISSISSO
ADVOGADO	: PAULO HENRY GIROTTE POLISSISSO - SP262142
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDSON FERNANDES FURLAN (PRESO)
CORRÉU	: LUCAS GABRIEL DE OLIVEIRA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.