



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.937 - SP (2019/0179494-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON LUIZ VICENTE DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRISÃO PREMATURA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, EM PARTE.

1. 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.

2. Na espécie, todavia, embora eventuais recursos especial e extraordinário não sejam dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias ainda não se encerrou. Contra o julgamento do recurso de apelação, foram opostos, no caso, embargos declaratórios, AINDA PENDENTES DE APRECIACÃO pela Corte Estadual. Desse modo, diante da ausência de exaurimento no julgamento nas instâncias ordinárias, revela-se prematuro o início da execução provisória da pena.

3. *Habeas corpus* concedido, em parte, para garantir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento das instâncias ordinárias.



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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.937 - SP (2019/0179494-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON LUIZ VICENTE DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WASHINGTON LUIZ VICENTE DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo (AC n. 0060839-11.2018.8.26.0050)

Segundo consta dos autos, o paciente teve sua prisão preventiva decretada e foi denunciado em virtude da suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Encerrada a instrução criminal, foi prolatada sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão contida na exordial acusatória e condenou o acusado como incurso no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a pena de advertência aplicada neste ato c/c prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 5 meses.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Apelação Criminal perante o Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso para condenar o réu por infração ao art. 33, *caput*, da referida lei, ao cumprimento da pena de 9 anos e 26 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 906 dias multa, na fração unitária mínima, estabelecendo a imediata expedição do mandado de prisão, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 19):

USO DE DROGAS. Pedido de condenação por tráfico. CABIMENTO. Ante o local dos fatos; pela confissão informal; pela quantidade de droga, juntamente com dinheiro e pelos antecedentes do agente, não há dúvidas de que a droga se destinava a terceiros. Inviável acolher impugnação genérica aos depoimentos dos policiais. No confronto entre a negativa do réu e a palavra de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha, os que têm compromisso com a verdade devem ter seu testemunho mais valorizado. Caracterizado o tráfico, realizou-se a dosimetria da pena levando em consideração os maus antecedentes, a multirreincidência e a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, que tem caráter objetivo. Incabível o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a substituição da pena corporal ou a suspensão, pela ausência dos requisitos autorizadores. O regime adequado é o fechado. DÁ-SE PROVIMENTO AO APELO para condenar o réu por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Na presente oportunidade, a Defesa afirma que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão da determinação do Tribunal de origem de execução provisória da pena, considerando que não ocorreu o esgotamento das instâncias ordinárias.

Sustenta que, antes do trânsito em julgado, ainda há a possibilidade de alteração do julgado, até mesmo com reflexos na pena e no regime.

Diante disso, pede, em liminar e no mérito, a suspensão da execução provisória da pena para que o paciente possa aguardar em liberdade o eventual trânsito em julgado da condenação.

Deferida a liminar para suspender a execução provisória da pena (e-STJ fls. 36/40) e prestadas as informações (e-STJ fls. 46/62), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da parcial da ordem para que seja determinada a execução provisória da pena apenas a partir do esgotamento das instâncias ordinárias (e-STJ fls. 66/70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.937 - SP (2019/0179494-1)

VOTO

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

Busca-se, em síntese, no presente *mandamus*, seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 *Habeas Corpus* 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. 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.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 28/06/2016, 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.

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 ao recurso especial interposto.

Na espécie, todavia, embora eventuais recursos especial e extraordinário não sejam dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias, no caso em tela, ainda não se encerrou.

Após o julgamento do recurso de apelação, foram opostos, no caso, embargos de declaração, ainda pendentes de apreciação pela Corte Estadual.

Assim, entendo que, não havendo o exaurimento do julgamento nas instâncias ordinárias, mostra-se prematura a execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por tal motivo, **concedo, em parte, a ordem**, para garantir que o paciente seja mantido em liberdade até efetivo esgotamento das instâncias ordinárias.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0179494-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 516.937 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00608391120188260050 20190000440539 608391120188260050

EM MESA

JULGADO: 06/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WASHINGTON LUIZ VICENTE DA SILVA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.