



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.118 - SP (2016/0160129-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ENDREO DIOGO SILVA DA SILVA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se pendente o julgamento, pelo Tribunal *a quo*, dos embargos infringentes opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.

3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.118 - SP (2016/0160129-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ENDREO DIOGO SILVA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ENDREO DIOGO SILVA DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região (Apelação Criminal n.º 0001015-80.2012.4.03.6105/SP).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, e 40, I, da Lei n.º 11.343/06. O regime inicial fixado foi o aberto e, na oportunidade, o juiz revogou seu encarceramento cautelar, permitindo-lhe o direito de recorrer da sentença em liberdade (fls. 33/40).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu "parcial provimento ao recurso da acusação para afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, com modificação do regime inicial de cumprimento para o semiaberto e afastamento da substituição de pena, **determinando-se a expedição de mandado de prisão**, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator, acompanhado pelo voto do Senhor Desembargador Federal Souza Ribeiro; vencido o Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, que lhe negava provimento" (fl. 92). Eis, no que interessa, o teor aresto (fl. 90):

Em vista do precedente firmado no julgamento do HC 126.292 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e ora fixado o regime semiaberto, deve ser dado início ao cumprimento de pena, com recolhimento do réu à prisão.

Nesta via, a impetrante aponta que **interpôs recurso especial** em face do acórdão da apelação e que "pela lógica do sistema, uma vez que se reconhece a alguém o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tal direito só poderá ser suprimido por situação concreta superveniente que torne presentes os requisitos e pressupostos da prisão preventiva (ou das demais medidas cautelares pessoais), sob pena de imposição ao acusado de verdadeira execução provisória da sanção a ele fixada, o que ensejaria irreparável violação à presunção de inocência, assegurada como direito fundamental no art. 5.º, LVII, da Constituição da República".

Requer, liminarmente, a "expedição de salvo-conduto para que se impeça o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento do mandado de prisão expedido pelo E. TRF3, tendo em vista que não há notícia do cumprimento do referido mandado".

No mérito, pugna pela "confirmação da liminar, com a consequente concessão da ordem para reconhecer a ilegalidade da decisão que se baseia exclusivamente em precedente inconstitucional e ainda não publicado do STF".

Subsidiariamente, pleiteia a compatibilização da custódia ao modo de execução de pena fixado no édito condenatório.

A liminar foi indeferida (fls. 101/102).

Foram prestadas informações às fls. 111/121.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario Ferreira Leite, manifestou-se "pela concessão da ordem, ressalvada nova expedição de mandado de prisão, após definição dos embargos pendentes de julgamento na origem" (fl. 132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.118 - SP (2016/0160129-7)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se pendente o julgamento, pelo Tribunal *a quo*, dos embargos infringentes opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.

3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca, especialmente, o exame acerca da prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem qualquer fundamentação, decorrente do julgamento do apelo na origem.

Nessa senda, imperioso trazer algumas considerações. Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, se o processo ainda não alcançou termo e não há qualquer alteração processual a revelar necessidade do encarceramento cautelar do paciente **(que até então se encontrava solto)**, penso que não se afigura plausível a privação da liberdade.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró preleciona:

No caso da prisão preventiva, o *periculum in mora* costuma ser identificado com o *periculum libertatis*. Todavia, as situações concretas que caracterizam as hipótese de *periculum* - garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal - devem estar demonstradas, estremes de dúvidas, para que o juiz decrete a prisão. (...) Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória.

(Processo Penal, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 989/991)

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, **confirmada a condenação por colegiado de segundo grau**, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. O aresto restou assim sintetizado:

"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/SP; Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI; Julgamento: 17/02/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Referido entendimento, embora emanado do Pleno da Suprema Corte, foi tomado num caso concreto, no qual não foi reconhecida a repercussão geral, não possuindo efeitos *erga omnes* ou eficácia vinculante. Este Superior Tribunal de Justiça, portanto, está legitimado a manter seu entendimento tradicional, reafirmando que a Constituição estabelece claramente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, conforme posição que já manifestei em votos proferidos nos EDcl no REsp n.º 1.484.415/DF (Sexta Turma) e na QO na Apn n.º 675 (Corte Especial), considero prematuro que essa Corte procure simplesmente se adequar ao novo entendimento do Pretório Excelso, sem maiores digressões sobre a *quaestio*, que ainda suscita considerações não pacificadas dos próprios Ministros daquela Corte Suprema.

Não obstante, fiquei vencida tanto na Turma quanto na Corte Especial, de modo que, **ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.**

Contudo, na espécie, de se notar que, embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão (fl. 92), **consta do sítio eletrônico do Tribunal de origem que a defesa do paciente opôs embargos infringentes, ainda pendentes de julgamento**, os quais possuem efeito suspensivo e impedem, por ora, a expedição da ordem de prisão.

Dessarte, **ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau**, visto que não exaurida a cognição fático-probatória dos autos, imperiosa a manutenção do acusado em liberdade.

Esse entendimento, inclusive, foi proferido pela Corte Especial, no acórdão citado alhures, do qual se transcreve a seguinte ementa:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO RÉU.

1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavaski, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

2. **Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática.**

3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, **tendo sido rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial.**

4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque **eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.**

Determinada a expedição, *incontinenti*, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena."

(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do sufragado pelo órgão especial deste Superior Tribunal, colho a seguinte passagem:

"(...) numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, como é público, mudou sua orientação para permitir, sob o *status* de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão **após exaurido duplo grau de jurisdição.**"

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento dos seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0160129-7

HC 360.118 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010158020124036105 10158020124036105 201261050010156

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ENDREO DIOGO SILVA 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.