



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.538 - SP (2017/0203937-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA - SP0334912
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALERIO ADRIANO BERNARDINO DE LUCENA

EMENTA

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. MAUS ANTECEDENTES. RECRUDESCIMENTO DO REGIME. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. 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).

2. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto 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.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.

4. "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" (Súmula 440/STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, o regime mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta, qual seja, o fato de o paciente possuir maus antecedentes.

6. *Habeas corpus* denegado.

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

Brasília (DF), 19 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.538 - SP (2017/0203937-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA - SP0334912
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALERIO ADRIANO BERNARDINO DE LUCENA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de VALÉRIO ADRIANO BERNARDINO DE LUCENA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001679-94.2013.8.26.0126).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 1 ano de reclusão, em regime semiaberto, além de multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi improvido, momento em que foi determinada a imediata execução da pena, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 9):

APELAÇÃO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DOSIMETRIA DA PENA ESTABELECIDADA DE MODO CORRETO. REGIME SEMIABERTO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO, COM CORREÇÃO DA MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, FEITA DE OFÍCIO E COM ORDEM PARA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO.

1. No caso dos autos, a conjugação dos elementos probatórios leva ao suficiente grau de certeza quanto à materialidade e à autoria dos fatos descritos na denúncia. A confissão judicial do réu, o seguro relato do agente público, que o prendeu em flagrante delito, e a prova pericial serviram para fundamentar satisfatoriamente o desate condenatório.

2. A remissão feita pelo Magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (Al 825.520 AgR-ED/SP - Rel. Min. Celso de Mello - j. 31.05.2011; Al 814.640/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02.12.2010; HC 92.020/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010; HC 101.911/RS - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010; HC 94.384/RS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.06.2007; HC 98.814/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23.06.2009; HC 94.243/SP - Rel. Min. Eros Grau - j. 31.03.2009; HC 96.517/RS - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009; RE 360.037/SC - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007; HC 75.385/SP - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997).

3. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconseqüente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (HC 87.662/PE - Rel. Min. Carlos Ayres Brito - j. 05.09.06; HC 73.518-5 - Rel. Min. Celso de Mello DJU 18.10.96; HC 70.237 - Rel. Min. Carlos Veloso - RTJ 157/94) e do STJ (AgRg no AREsp 262.655/SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze - j. 06.06.13; HC 177.980/BA - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 28.06.11; HC 149.540/SP - Rel. Min. Laurita Vaz - j. 12.04.11 e HC 156.586/SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho-j. 27.04.10).

Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penai e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ (HC 290.371/SP - Rel. Min. Moura Ribeiro - j. 27.05.14; RHC 45.173/SP - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 26.05.14 e HC 109.105/SP - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - j. 23.02.10).

4. Os crimes previstos na Lei de Armas (Lei n. 10.026/03) relacionam inúmeras condutas criminosas e reprováveis para fins penais, a saber: o art. 12, da Lei n. 10.826/03, relaciona a conduta de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa; o art. 14, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido; o art. 16, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito; o art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Têm natureza, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, de "crime de mera conduta e de perigo abstrato", a lei não exigindo qualquer outro requisito para a sua configuração. Possibilidade, inclusive, de tipificação do crime, ainda que a arma de fogo esteja desmuniada ou desmontada, o bem jurídico tutelado sendo a segurança pública e a paz social. Precedentes do STF (HC 119.154/BA - 2ª T. - Rel. Min. Teori Zavascki - j. 26.11.2013 - DJU 11.12.2013; HC 117.206/RJ - 2ª T. - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 05.11.2013 - DJE 20.11.2013; RHC 117.566/SP - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - j. 24.09.2013 - DJE 16.10.2013) e do STJ (AgRg no REsp 1.423.792/MG - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - j. 03.03.2015 - DJE 12.03.2015; AgRg no AREsp 603.097/R0 - 6ª T. - Rel. Min. Nefi Cordeiro - j. 03.02.2015 - DJE 13.02.2015; HC 244.700/MG - 6ª T. Rel. Min. Marilza Maynard - j. 20.03.2014 - DJU 10.04.2014; HC 217.403/SC - 5ª T. - Rel. Min. Laurita Vaz - j. 08.10.2013 - DJU 16.10.2013).

5. Dosimetria da pena estabelecida de modo correito.

6. O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade continua sendo o semiaberto, não havendo nada a reclamar o apelante neste quesito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Improvimento do recurso defensivo, com alteração, de ofício, de reclusão para detenção, como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade e com ordem para expedição de mandado de prisão em desfavor do réu.

A defesa alega, em síntese, a ilegitimidade da execução provisória da condenação pendente de trânsito em julgado, por revelar-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de presunção de inocência.

Sustenta que a modalidade de regime de cumprimento de pena aplicada é justamente o objeto de discussão do recurso interposto pela Defensoria Pública, assim, a execução provisória da pena configura evidente prejuízo ao paciente (e-STJ fl. 5).

Ressalta que a ordem de prisão não faz sequer menção aos requisitos do art. 312 do CPP.

Pede, liminarmente e no mérito, seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso especial interposto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.538 - SP (2017/0203937-2)

VOTO

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

Busca-se, em síntese, a revogação da determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, estabelecida pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação, que manteve a condenação imposta em primeira instância pela prática do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena, haja vista, sobretudo, que a sentença condenatória, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade e a defesa interpôs recurso especial questionando justamente o regime de cumprimento 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126292, 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 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 28/06/2016, 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.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...) A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA (COM MINORAÇÃO DA PENA). PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto 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. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas Corpus* não conhecido. (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

3. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que não há falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

Precedentes.

4. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO CABÍVEL.

UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS III E V, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

Diante da ausência de previsão legal, não é possível a incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao delito descrito no artigo 273, § 1-B, do Estatuto Repressivo, uma vez que a referida causa de diminuição de pena se restringe aos crimes tipificados no caput e no § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. Precedentes.

PACIENTE CONDENADA A RESGATAR A REPRIMENDA CORPORAL NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTRIÇÃO PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido.

Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

3. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclusos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 373.120/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017).

HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tribunal Pleno, decidiu 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, previsto na Constituição Federal.

2. Não prospera a alegação do impetrante de reformatio in pejus para o paciente, uma vez que desnecessário o pedido por parte do Ministério Público, sendo um efeito automático da condenação. Do contrário, seria inviável, em qualquer caso, a determinação do cumprimento da execução provisória.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 371.527/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão: HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016 e HC 366.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial eventualmente interposto, isso porque, como se sabe, o recurso especial não é dotado de efeito suspensivo.

Na espécie, como visto, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de multa pela prática do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, tendo-lhe sido concedido o direito de recorrer em liberdade.

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo e determinou a imediata execução da pena.

Segundo alega a impetrante, diante do julgamento do apelo defensivo, foi interposto recurso especial questionando o regime imposto para o início do cumprimento da pena.

Ressalta-se que a concomitante interposição de recurso especial pelo paciente, que está em fase de processamento na origem, não impede o exame da insurgência, sobretudo por envolver a suscitada inadequação do regime prisional, questão que demanda pronto exame.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, sendo inidôneo a mera menção à gravidade abstrata do delito.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *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*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, segue a fundamentação exarada na sentença condenatória para a fixação do regime inicial semiaberto (e-STJ fl. 58):

Para o cumprimento da reprimenda, com base no artigo 33, parágrafo segundo, do Código Penal, fixo o regime inicial semiaberto, e assim o faço em razão das condenações definitivas ostentadas pelo Réu, que se não servem para configurar maus antecedentes ou reincidência, bem demonstram a inadequação de regime menos gravoso para o desconto da reprimenda em razão da pouca adequação social por ele demonstrada.

Assim, extrai-se da transcrição supra que o regime prisional mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta e idônea, qual seja, o fato de o paciente possuir maus antecedentes.

Com efeito, o paciente é primário, foi condenado a pena que não excede 4 anos de reclusão mas possui maus antecedentes, razão pela qual não se mostra excessiva a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. 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. Como é cediço, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis (maus antecedentes) e a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, o regime semiaberto se mostra mais adequado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

4. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos tendo em vista que as circunstâncias judiciais não são favoráveis.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 411.559/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017).

Assim sendo, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto 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, **denego a ordem.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0203937-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 412.538 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016799420138260126 16799420138260126 20170000434907

EM MESA

JULGADO: 19/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA - SP0334912
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALERIO ADRIANO BERNARDINO DE LUCENA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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, denegou a ordem."

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