



RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO DA SILVA FERREIRA, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0018912-61.2015.8.26.0344.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 157, **caput**, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, tendo sido absolvido pelo d. Juízo de primeiro grau, consoante r. decisão juntada às fls. 9-13.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso para condenar o paciente à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 7 (sete) dias-multa, determinando ainda a expedição de mandado de prisão para início da execução provisória da pena, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Apelação. Roubo tentado. Absolvição em primeira instância por insuficiência probatória. Recurso ministerial pretendendo a condenação do acusado nos exatos termos da denúncia. Acolhimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de robusto conjunto probatório, suficiente para embasar a condenação do réu. Recurso ministerial provido, com expedição de mandado de prisão" (fl. 30).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante aduz, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na determinação da execução provisória da pena, pois não seria aplicável ao presente caso a decisão proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP.

Alega que *"Primeiramente, não se pode deixar de notar como é impressionante a diferença que as decisões dos Tribunais Superiores encontram no E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando são benéficas aos réus (vide, a título meramente exemplificativo, o diuturno descumprimento de Súmulas que determinam que a fixação do regime inicial não pode ser feito com base na periculosidade em abstrato da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta, dentre outros inúmeros exemplos da recalcitrância do Tribunal impetrado em resistir às orientações jurisprudenciais superiores quando não lhes é conveniente) e, ao revés, como ganham corpo e status de verdadeiras súmulas vinculantes as decisões inter partes que encampam entendimentos que prejudicam os acusados. É o que se observa neste caso, em que incidentalmente, em um habeas corpus, por maioria de votos e em sentido diametralmente oposto a toda a jurisprudência já consolidada (além do texto Constitucional mais do que evidente), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, com a confirmação da decisão condenatória pelo segundo grau de jurisdição. Este “precedente” (se é que pode ser chamado como tal) vem sendo aplicado a torto e a direito pelo Tribunal de Justiça paulista, sem qualquer fundamento que não seja a condenação pelo próprio órgão colegiado” (fl. 3).

Sustenta que o paciente foi absolvido em primeira instância e posto em liberdade, sendo que algumas matérias constantes do v. acórdão combatido serão impugnadas pela Defensoria Pública por meio dos recursos próprios, quando de sua intimação, dentre elas o aumento da pena-base com fundamentos em condenação pretérita já alcançada pelo período depurador e a fixação do regime inicial fechado, estabelecido com base na gravidade abstrata do crime e nos maus antecedentes, os quais se pretende afastar.

Aduz que *“Tais pontos serão objeto de embargos de declaração e, oportunamente, recurso especial e extraordinário; entretanto, não se mostra justo ou adequado que aguarde em cárcere todo esse íterim, que seguramente pode levar meses ou, até mesmo, anos, em detrimento ao seu direito de ir e vir e, ainda, à presunção de sua inocência”* (fls. 4-5).

Sustenta que *“diante de todas as peculiaridades acima descritas, a espécie trata de hipótese distinta daquela que gerou a decisão da Suprema Corte pelo cabimento da execução provisória da pena, de modo que não se justifica a aplicação deste precedente a substrato fático tão díspare daqueles que geraram a sua formação”* (fl. 5).

Requer, ao final, a concessão da ordem *“para o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado; ainda, diante da ilegalidade patente*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dosimetria da pena e da fixação do regime inicial, requer a concessão da ordem para reduzir a pena imposta ao paciente (afastando o aumento em razão dos supostos maus antecedentes), bem como para fixar regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena" (fl. 6).

Pedido liminar **indeferido** às fls. 43-44.

Informações prestadas às fls. 53-88.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 92-95, manifestou-se pela *"concessão parcial da ordem, para que se determine o recolhimento do mandado de prisão, até que se opere o esgotamento da jurisdição do tribunal de segunda instância"* (fl. 95).

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 371.870 - SP (2016/0246792-6) **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF SEGUIDO POR ESTA CORTE SUPERIOR. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA ATÉ O EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

I - "*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*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

II - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

III - No presente caso, contudo, nota-se das informações prestadas pelo Tribunal de origem e do andamento processual que ainda não houve a intimação da Defensoria Pública Estadual acerca do v. acórdão de apelação, razão pela qual se mostra ilegal a imediata expedição de mandado de prisão sem o esgotamento da instância ordinária (precedentes).

Ordem concedida apenas para que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o impetrante seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedido ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, tendo em vista que haveria flagrante ilegalidade no v. acórdão de apelação, consistente no aumento da pena-base com fundamento em condenação já alcançada pelo período depurador, bem como na fixação do regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito, matérias que seriam impugnadas por meio dos recursos próprios.

Parcial razão assiste à impetrante.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o art. 283 do Código de Processo Penal, 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.

Este 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 **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/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. 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, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis per faz 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 (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).

Insta destacar, sobre o tema, **que a possibilidade de execução provisória da pena foi recentemente confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

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, especialmente conforme as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 53-54), bem como mediante consulta ao sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem, que, muito embora o recurso de apelação tenha sido julgado em **4/08/2016**, ainda não se encerrou a jurisdição em segunda instância, haja vista que o processo foi baixado à primeira instância para intimação da Defensoria Pública Estadual, o que não ocorreu até a presente data, sendo possível a oposição, por exemplo, de embargos de declaração pela defesa.

Diante desse contexto, na hipótese, não se mostra possível, portanto, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal, sendo manifestamente ilegal a determinação de imediata expedição de mandado de prisão pelo Tribunal de origem sem o esgotamento da instância ordinária, o que efetivamente ocorreu, conforme se nota do mandado de prisão juntado à fl. 87 (expedido em 29/8/2016).

Cito, ainda, neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte, que



corroboram tal posicionamento: **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

"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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. [...]

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, **não se encerrou a jurisdição do eg. Tribunal de origem.**

Por fim, as matérias relativas a suposta ilegalidade decorrente do aumento da pena-base e da fixação do regime inicial fechado não podem, por ora, serem apreciadas por esta Corte Superior, tendo em vista a ausência de esgotamento da jurisdição do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **conheço do writ e concedo a ordem** apenas para que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

É o voto.