HABEAS CORPUS Nº 500.724 - PE (2019/0085381-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	YDIGORAS RIBEIRO DE ALBUQUERQUE JUNIOR E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCELO FLÁVIO TIGRE BARRETO - PE027543 YDIGORAS RIBEIRO DE ALBUQUERQUE JUNIOR - PE027482
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	:	CASSIO ALVES DA SILVA BEZERRA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de CASSIO ALVES DA SILVA BEZERRA, contra determinação de execução provisória de pena, contida em v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.000 (mil) dias-multa, como incurso na sanção do art. 35, da Lei n. 11.343/2006. (fl. 122).

Irresignada com os termos da condenação, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o eg. Tribunal de origem negou provimento, determinando, no mesmo ato, fosse expedido **mandado de prisão para o cumprimento provisório da pena**, nos termos do v. acórdão de fls. 54-70, assim ementado:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. 1ª PRELIMINAR. ILEGALIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NÃO ACOLHIDA. ILEGALIDADE SUPERADA PELA DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. 2ª PRELIMINAR. ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. REJEITADA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA CONFORME OS PRECEITOS LEGAIS. 3ª PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REJEITADA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 4ª PRELIMINAR. CONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DO CRIME*

DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REJEITADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INICIADA. PRESCRIÇÃO REGULADA SOBRE A PENA UNIFICADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SANÇÃO JUSTA E PROPORCIONAL. DOSIMETRIA CORRETA. APELOS NÃO PROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME.

1. A pretensão de reconhecer a nulidade do flagrante resta superada quando superveniente novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, o decreto preventivo mantido na sentença condenatória. Precedentes do 573.

2. Não há de se falar em ilegalidade das interceptações telefônicas quando a medida foi autorizada judicialmente, dentro das hipóteses legais de admissibilidade, bem como quando suas prorrogações foram devidamente justificadas e autorizadas por autoridade competente.

3. Tratando-se de decisáo condenatória em que o juiz cumpre todos requisitos legais e expõe com clareza e precisão suas razões de convencimento, todas amparadas no conjunto probatório dos autos, é incabível a alegação de nulidade da sentença por fundamentação inidônea.

4. Somente nos casos em que a execução não foi iniciada, é que a prescrição deve ser regulada pela pena de cada crime isoladamente. Quando a execução já teve início, como é o caso destes autos, a prescrição se regula sobre a pena unificaria pela Vara de Execução Penal.

5. Hipótese em que resta comprovada a prática dos crimes de associação para o tráfico, de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo pelas diversas interceptações telefônicas e pela prova testemunhal coligidas nos autos, as quais demonstram a existência de um grupo criminoso com animus associativo e estruturado com hierarquia funcional e divisões de tarefas destinadas a prática de ilícitos penais.

6. Havendo a devida individualização e realizada a dosimetria das penas de modo adequado proporcional às circunstâncias legais do crime, não há de se falar em exacerbação da pena e, por conseguinte, na sua redução.

7. Hipótese em que se reconheceu, de ofício, a extinção da punibilidade do acusado Gabriel Maciel de Lima pela prescrição em relação ao crime descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003.

8. Rejeição das preliminares arguidas. Apelações não providas no mérito. Decisão unânime." (fls. 42-43).

Daí o presente **mandamus**, no qual alegam os impetrantes que não foi encerrada a discussão perante as instâncias ordinárias ante a possibilidade de interposição de embargos de declaração.

Pugnam, ao final, pela concessão da ordem para que possa o paciente aguardar em liberdade até o exaurimento das instâncias ordinárias.

A liminar foi **deferida,** às fls. 29-32, para suspender a ordem de prisão em desfavor do paciente, até o exaurimento das instâncias ordinárias.

As informações foram prestadas às fls. 39-234.

O Ministério Público Federal, às fls.115-117, manifestou-se **pela concessão da ordem**, conforme parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EVENTUAIS ACLARATÓRIOS. PENDENTES.*
>
> *A hipótese é de não conhecimento do pedido, porquanto, data venia, o impetrante está utilizando o habeas corpus como sucedâneo de recurso especial.*
>
> *No caso, mesmo em juízo perfunctório, é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado, bem como a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.*
>
> *A rigor, com a nova orientação introduzida pelo Plenário da Corte Suprema, no julgamento do HC 126292/SP, de Relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, em data de 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, - renovada em julgamento conjunto ocorrido em 05 de outubro de 2016 – MC na ADC 43/DF e MC na ADC 44/DF(DJ de 10/10/2016) - admitindo a execução provisória de sentença condenatória quando um Órgão colegiado, seja um Tribunal de Justiça ou um Tribunal Regional Federal, proceda à confirmação do decreto condenatório ou a condenação do réu, é de ser determinada a imediata execução provisória da pena aplicada.*
>
> *Na situação dos autos, contudo, embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, na espécie, a Defesa informa não ter exaurido, até o momento, a instância ordinária, porquanto cabível a oposição de embargos de declaração.*

> *Diante disso, ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau, visto que não exaurida a cognição fático-probatória dos autos, imperiosa a manutenção do Paciente em liberdade até o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos pela Defesa.*
>
> *Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. Todavia, deve ser concedida a ordem, de ofício, para assegurar que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos pela Defesa, confirmando-se a liminar deferida."* (fls. 237-238).

É o relatório.

Decido.

Quanto à execução provisória da pena, estando pendentes de julgamento os aclaratórios da Defesa, tenho que assiste razão aos impetrantes.

Com efeito, o **Supremo Tribunal Federal** modificando anterior 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 esgotamento das instâncias ordinárias.

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).

Tal entendimento foi posteriormente confirmado por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44.

O mesmo 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.*
>
> *[...]*
>
> ***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), grifei.

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena, sem violação a princípios constitucionais ou a normas legais, após a conclusão do 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.

Não é esse, no entanto, o caso dos autos.

Extrai-se, das informações acostadas às fls. 36-234, que que o em. Desembargador Relator da Apelação Criminal n. **0033463-962011.8.17.0001**, após o deferimento da medida liminar nos presentes autos, revogou a determinação de execução provisória da pena, **verbis**:

"**Considerando-se a necessidade de esgotamento da jurisdição**, bem como da verificação da situação jurídica de cada um dos Apelantes, **torno sem efeito a determinação da expedição imediata dos mandados de prisão**." (fl. 39, grifei).

Assim, não ocorrido o **esgotamento das instâncias ordinárias**, não se aplica, por enquanto, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, referente à possibilidade de execução provisória da pena.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

> *"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" (HC 371.870/SP, **Quinta Turma**, **de minha relatoria,** DJe 01/02/2017).

*"**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.*

[...]

2. No particular, 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 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 13/4/2016), grifei.

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**.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para, confirmando a liminar anteriormente concedida, permitir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

P. e I.

Brasília (DF), 13 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator