

**HABEAS CORPUS Nº 548.172 - SP (2019/0354936-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : PAULO VALILI NETO E OUTROS  
**ADVOGADOS** : PAULO VALILI NETO - SP0374203  
VANESSA ROMÃO CORRÊA - SP375846  
FÁBIO NEVES MACIEL - SP420927  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JEAN CLAYTON DE ALMEIDA CICERO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEAN CLAYTON DE ALMEIDA CICERO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n. 0015515-71.2017.8.26.0037).

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 anos e 10 meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos.

As partes recorreram da sentença e o Tribunal revisor deu provimento ao recurso para fixar a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Ainda, o Tribunal estadual determinou o imediato início da execução da pena, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 12):

*APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de entorpecentes e condutas afins — Defesa requer a absolvição do acusado e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta ou a redução das penas impostas - Descabimento — Provas hábeis a ensejar a condenação, nos termos em que proferida, bem delineado o intuito de mercancia — Penas não comportam maior abrandamento - Acusação pleiteia o afastamento da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas, bem como da substituição da pena reclusiva — Cabimento — Circunstâncias do caso concreto a denotar a dedicação do réu à atividade criminosa, impedindo a aplicação do redutor mencionado e demonstrando a inviabilidade da substituição operada, absolutamente insuficiente à conscientização da ilicitude e prevenção da reincidência - Recurso defensivo não provido e Recurso ministerial provido.*

Não satisfeita, a defesa impetrou o presente *habeas corpus*, no qual alega, em síntese, que, após a determinação da imediata execução da pena pelo Tribunal de origem, foi impetrado o HC n. 491.368/SP perante esta Corte Superior, em que foi concedida a ordem para resguardar o direito de o paciente aguardar o esgotamento da instância ordinária em liberdade.

Contudo, com o esgotamento da jurisdição de segunda instância, foi novamente expedido mandado de prisão em desfavor do paciente, antes do trânsito em julgado da condenação, contrariando o recente entendimento firmado pela Suprema Corte, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 45.

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem para que o paciente responda ao processo em liberdade até o trânsito em julgado.

É o relatório, **decido**.

Busca-se, no caso, obstar a determinação de execução provisória da pena após o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias, contida no acórdão que julgou a apelação defensiva.

O paciente foi condenado em segunda instância à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, determinando-se a expedição de mandado de prisão e o imediato início da execução provisória da sanção imposta.

Efetivamente, esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292:

*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, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe 17/5/2016).*

Vale lembrar que, para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Teori Zavaski, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerrava a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Porém, o Tribunal Pleno do STF, em 7/11/2019, por maioria, revendo o entendimento proferido na Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema 925 , julgou procedente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, decidindo pela constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal que prevê a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, por estar em consonância com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como se extrai do portal de notícias do STF:

*[...], por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>);*

No referido julgamento, salientou-se que não há vedação da prisão antes do esgotamento dos recursos, mas se estabeleceu a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – *para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*

Portanto, prevalece agora o entendimento de que **a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação viola o princípio constitucional da presunção de inocência**, e a prisão, antes do esgotamento dos recursos, somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, segundo consta do acórdão, o paciente foi condenado em primeiro grau a cumprir penas restritivas de direitos (e-STJ fls. 12/13):

*(...) ao julgar procedente a ação penal condenou o réu à pena de três anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 388 dias-multa, no piso legal, substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direito, a saber: prestação pecuniária consistente no pagamento da importância equivalente a um salário mínimo a entidade beneficente a ser designada em sede de execução criminal; e prestação de serviços à comunidade pelo período da pena privativa de liberdade substituída, em entidade a ser designada em sede de execução criminal.*

Porém, ao final do julgamento, deu provimento ao recurso ministerial e determinou oportunamente a expedição do mandado de prisão (e-STJ fls. 25/26):

*Via de consequência, NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto pela defesa, e DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial, para adequar as penas impostas ao acusado, bem como afastar a substituição operada, nos moldes acima, condenando Jean Clayton de Almeida Cícero, qualificado nos autos, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, no piso legal, por infração ao art. 33, "caput" da Lei nº 11.343/06, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida.*

***Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.***

Ocorre que a questão da possibilidade ou não de execução provisória da pena do paciente já foi examinada por esta Corte. A Quinta Turma,

em **23/4/2019**, reconheceu a ilegalidade na execução provisória da pena imposta ao paciente, diante da pendência de recurso sujeito a julgamento do Tribunal revisor, como se verifica da ementa do HC 491.368/SP:

*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.*

*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 APRECIÇÃO 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 para garantir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento das instâncias ordinárias.*

O mandado de prisão, por sua vez, só foi expedido em **19/6/2019** (e-STJ fl. 30) e o réu foi preso, conforme informação colhida do *site* do Tribunal

# *Superior Tribunal de Justiça*

de Justiça do Estado de São Paulo (Ação Penal n. 0015515-71.2017.8.26.0037). Porém, o processo ainda se encontra na fase de agravo em recurso especial (e-STJ fl. 31).

Como visto, o cumprimento do mandado deu-se com base no entendimento anterior, não havendo, à época, constrangimento ilegal na determinação da prisão, tendo sido observado inclusive a ordem concedida pela Quinta Turma no julgamento do 491.368/SP, cujo ato coator é novamente apresentado no presente *writ*.

Porém, esta Corte não é competente para rever os seus próprios julgados.

Todavia, diante da alteração jurisprudencial superveniente, havendo interesse da defesa, a matéria poderá ser reexaminada pelas instâncias ordinárias à luz da nova diretriz da Suprema Corte acerca do tema.

Ante o exposto, com base no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente** o pedido.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator