

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 519.576 - SP (2019/0192699-9)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**IMPETRANTE : ALEX SANDRO OCHSENDORF**  
**ADVOGADO : ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : MARCOS OLIVEIRA DE CARVALHO**

## DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARCOS OLIVEIRA DE CARVALHO**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes e de Nulidade na Apelação Criminal n. 0003036-80.2016.9.26.0010.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado à pena de 6 (seis) anos de reclusão por infração ao art. 308, **caput**, c.c. o art. 80, ambos do Código Penal Militar (fls. 10-78).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual o eg. Tribunal de origem, por maioria, negou provimento (fls. 79-108).

Opostos embargos infringentes e de nulidade, foram desprovidos, nos termos da seguinte ementa (fl. 110):

**"POLICIAL MILITAR - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE CONDENAÇÃO POR TRÊS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA EM CONTINUIDADE DELITIVA - DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DA PENA - VOTO VENCIDO QUE APLICOU O CRITÉRIO ESTABELECIDO NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO**

**SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM EXASPERAÇÃO DA PENA REALIZADA DE MANEIRA FUNDAMENTADA - RECURSO QUE NÃO COMPORTA PROVIMENTO. Em estrita observância ao princípio da especialidade, a aplicação da pena, quando reconhecida a prática de crime continuado, deve seguir o regramento previsto**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar."*

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos (fls. 114-118):

*"POLICIAL MILITAR – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO APONTANDO A EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO PROLATADO EM EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – OMISSÃO RECONHECIDA – MELHOR ESCLARECIMENTO ACERCA DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE - RECURSO QUE COMPORTA PROVIMENTO PARA SUPRESSÃO DA OMISSÃO APONTADA SEM QUALQUER EFEITO MODIFICATIVO. Dá-se provimento a embargos de declaração opostos com intuito de melhor esclarecimento acerca da observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. É desnecessária a manifestação explícita acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento basta a implícita discussão da matéria impugnada."*

Contra o referido **decisum**, foram interpostos recurso especial e extraordinário pelo ora paciente, sendo que o recurso extraordinário teve seguimento negado; por sua vez, o recurso especial foi admitido, conforme se extrai das informações prestadas pela eg. Corte **a quo** (fl. 131). Depreende-se também, do noticiado, que foi determinada a execução provisória da pena privativa de liberdade imposta ao condenado.

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante sustenta, em síntese, que a determinação de executar provisoriamente a pena não foi fundamentada pelo eg. Tribunal estadual, sendo inviável a determinação de ofício de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, considerando que a Defesa interpôs recursos especial e extraordinário, que poderão resultar na alteração da pena ou, até mesmo, anular a decisão e, em consequência, incorrer-se-á em excesso de execução.

Diante dos argumentos expostos, pleiteia a concessão da ordem, a fim de que o paciente possa permanecer em liberdade até o trânsito em julgado

# Superior Tribunal de Justiça

da condenação.

O pedido liminar foi **indeferido** pela Presidência à fl. 125.

Informações prestadas às fls. 127-250.

O Ministério Público Federal, às fls. 253-255, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

*"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CORRUPÇÃO PASSIVA. ARTIGO 308, CAPUT, CÓDIGO PENAL MILITAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.*

*1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a execução provisória não viola o princípio constitucional da presunção de inocência e, desde o julgamento do HC nº 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, não demanda a fundamentação exigida para a prisão cautelar, vez que, esgotadas as vias ordinárias, a prisão do condenado corresponde ao cumprimento da sanção corporal a ele imposta, ainda que o decreto condenatório não tenha transitado em julgado.*

*2. Parecer pela denegação do habeas corpus."*

**É o relatório.**

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso

especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, busca-se, no presente **writ**, a suspensão da execução provisória da pena até o trânsito em julgado da condenação.

Todavia, no que concerne à determinação de cumprimento provisório da pena, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, sob relatoria do em. Ministro **Teori Zavascki**, entendeu ser possível a execução das condenações a partir dos pronunciamentos proferidos em 2ª instância, independentemente da interposição dos recursos de natureza extraordinária. Confira-se a ementa do aresto:

*"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".*

O entendimento foi sedimentado por ocasião do indeferimento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44/STF e, mais uma vez, confirmado pelo Plenário do **Pretório Excelso**, no julgamento do **ARE n. 964.246**, submetido à sistemática da repercussão geral, no qual foi reafirmada a jurisprudência daquela Col. Corte, no sentido de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min.

# *Superior Tribunal de Justiça*

**Teori Zavascki**, DJe de 25/11/2016).

Com efeito, nos recursos especial e extraordinário, a matéria de fato, ou seja, a apreciação a respeito do arcabouço probatório produzido no processo, e que geralmente conduz à conclusão a respeito da materialidade e autoria do crime, é tema não devolvido à apreciação, seja do col. Supremo Tribunal Federal, quando julga o recurso extraordinário, seja do Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do recurso especial.

Assentada a matéria de fato, pelas instâncias ordinárias, na sentença e/ou acórdão, torna-se inviável a discussão de tais questões nos recursos especial e extraordinário, os quais ficarão adstritos a eventual contrariedade da decisão à Constituição Federal ou à lei federal. E aqui, a presunção de que se deve cogitar é a de que a decisão recorrida, emanada de um Tribunal, esteja afinada com a lei e a Constituição.

De maneira que, sem nenhuma afronta ao princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência, a partir da decisão condenatória do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, é possível a execução da pena.

Assim, a excepcionalidade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado, sendo, contudo, a sua produção, à guisa de execução provisória, a regra decorrente do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição, como sucede na espécie.

Não há que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, à coisa julgada, e tampouco em **reformatio in pejus**, quando o Tribunal de Justiça determina a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

***"AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEMA 339/STF. NÃO OCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DE OUTROS TRIBUNAIS. TEMA 181/STF. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.***

**POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.  
TEMA 925/STF.**

[...]

3. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246, em regime de repercussão geral da matéria, decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência (Tema 925/STF).

Agravo regimental improvido" (AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp n. 988.650/SC, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe de 27/10/2017).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), 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. Quanto à alegação de que não seria possível dar início à execução da pena, pois a sentença condenatória teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tem-se que esta Corte firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

# Superior Tribunal de Justiça

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e pagamento de 60 dias-multa, mantida a legalidade da execução imediata da pena privativa de liberdade" (HC n. 398.781/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 31/10/2017).

"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.

[...]

6. *Habeas corpus* denegado" (HC n. 412.538/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 24/10/2017).

# *Superior Tribunal de Justiça*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 37 DA LEI N.º 11.343/06. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de 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. Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.*

*3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no RHC n. 88.361/PR, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 27/10/2017).

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO INEXISTENTE NO MOMENTO DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA PARA A CONCESSÃO DO REFERIDO EFEITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/16, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato*



# *Superior Tribunal de Justiça*

*início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016.*

*O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.*

*2. Evidenciado que no momento da impetração o recurso especial não havia sido interposto ainda, eis que pendente de julgamento embargos declaratórios opostos pela defesa, não há que se falar em concessão de efeito suspensivo a recurso inexistente.*

*3. O habeas corpus não é a via adequada para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial. Precedentes desta Corte.*

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 380.537/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 1º/8/2017).*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE CÓPIA DOS AUTOS E REMESSA À ORIGEM PARA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PROVIDÊNCIA EMBASADA NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.**

*1. Nos termos do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292, a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias se revela consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal, mormente em razão da ausência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária.*

*2. Agravo regimental desprovido" (AgR no REsp n. 1.604.256/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 1º/8/2017).*

**Destaque-se que, no caso dos autos, após o julgamento do**

# *Superior Tribunal de Justiça*

recurso de apelação criminal (fls. 79-106), dos embargos infringentes e de nulidade (fls. 109-113) e dos embargos de declaração (fls. 114-118), foram interpostos recurso especial e extraordinário pelo ora paciente, sendo que o recurso extraordinário teve seguimento negado e o especial foi admitido, conforme informações prestadas pelo eg. Tribunal de origem (fl. 131). **Tal realidade demonstra que as instâncias ordinárias foram esgotadas.**

Frente a tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade na determinação de que o paciente inicie o cumprimento provisório da pena.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

P. I.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
Relator