

HABEAS CORPUS Nº 306.752 - SP (2014/0264289-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCELO FELLER E OUTRO**
ADVOGADO : **MARCELO FELLER E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **[REDACTED]**

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de **[REDACTED]**, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06, e art. 16, **caput**, da Lei 10.826/03 por, em tese, ter em depósito e transportar drogas, consistente em 1.070 (mil e setenta) gramas de 'maconha", além de 4 (quatro) cartuchos íntegros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fl. 15).

Por força do que preceitua o art. 55, da Lei 11.343/06, o paciente apresentou defesa postulando por "*inépcia formal e material da denúncia*", além da atipicidade do fato, o que não foi objeto de análise pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, o qual conheceu parcialmente do **writ**, e, nesta extensão, concedeu a ordem, em ementa cujo teor transcrevo a seguir:

"Habeas Corpus – Inexistência de ameaça à liberdade de locomoção do paciente – Excepcional conhecimento apenas para tornar definitiva liminar anteriormente concedida com vistas à preservação de instrumentos do crime e à adequação do rol de testemunhas

Não se conhece de habeas corpus, cuja finalidade seja diversa de garantir a liberdade de locomoção do paciente, ameaçada por violência ou coação, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, sem justa causa.

Excepcionalmente cabe, todavia, a manutenção de determinações constantes de liminar parcialmente deferida, consistentes em sobrestamento da determinação de adequação do rol de testemunhas àquele descrito na Lei n. 11.343/06, e em preservação de instrumentos


Superior Tribunal de Justiça

do crime apreendidos, a fim de viabilizar, se for o caso, a eventual futura produção das provas pela defesa. Todas essas questões deverão ser, todavia, objeto de recursos próprios, nos termos da legislação processual em vigor, diversos da ação de habeas corpus" (fl. 73).

Daí o presente **writ**, no qual repisa os mesmos aduzidos na impetração originária, postulando a concessão da ordem "*para que sejam enfrentadas as matérias que não foram conhecidas com a impetração perante o eg. TJSP*" (fl. 14).

A liminar foi indeferida às fls. 90-91.

As informações foram prestadas às fls. 99-275.

 a República, às fls. 279-281, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem, porquanto houvera supressão de instância.

É o relatório.

Decido.

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a

concessão da ordem de ofício.

Passo a analisar essa possibilidade.

Verifica-se que o v. acórdão objurgado não apreciou, de fato, os pedidos formulados pelo impetrante, sob o fundamento de que não houve ameaça à liberdade de locomoção do paciente, e que as questões postas deverão ser objeto de recursos próprios. Assim, fica impedida esta Corte Superior de Justiça de proceder a análise da questão, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido é o entendimento das Turmas que compõem a 3ª Seção desta eg. Corte de Justiça, **verbis**:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. EFEITO INTERRUPTIVO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT ORIGINÁRIO INDEFERIDO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA. QUESTÃO DE DIREITO, DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR AO TRIBUNAL A QUO O EXAME DO MÉRITO DO HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO.

1. [...]

2. **Tendo em vista que a questão de fundo não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não pode esta Corte Superior apreciá-la, diretamente, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.**

3. *Por outro lado, verifica-se o constrangimento ilegal, em razão da não apreciação da questão pelo Tribunal a quo, em face da desnecessidade, na espécie, de qualquer incursão na seara fático-probatória dos autos, na medida em que se trata de questão de direito, concernente ao exame da tese de constrangimento ilegal em virtude do efeito interruptivo do lapso temporal para fins de progressão de regime, decorrente da prática de falta grave.*

4. [...]

5. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Tribunal de origem que aprecie o mérito do habeas corpus originário como entender de direito" (HC n. 301.883/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 10/11/2014 - grifei).**

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. TESE DE ILEGALIDADE NA INTERRUÇÃO DOS PRAZOS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA

Superior Tribunal de Justiça

PELA CORTE DE ORIGEM, POR SER CABÍVEL AGRAVO EM EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE, NA ESPÉCIE, DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. QUESTÃO DE DIREITO. VIABILIDADE DO WRIT ORIGINÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tendo em vista que a Corte de origem não analisou o mérito da impetração originária, é vedada sua apreciação por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não há impedimento ao conhecimento do writ pelo Tribunal a quo, nem se constata, na espécie, inadequação da via eleita, uma vez que a análise da questão sub examine prescinde de qualquer [REDACTED] ando-se de questão de direito, consubstanciada na tese a respeito da possibilidade, ou não, de interrupção, pelo cometimento de falta disciplinar de natureza grave, do lapso temporal para a obtenção de benefícios atinentes à execução penal. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do habeas corpus originário, decidindo como entender de direito" (HC n. 222.586/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 24/2/2012 - grifei).

Entretanto, tal circunstância não pode ser óbice à apreciação do **mandamus** pela eg. Corte **a quo**.

Com efeito, tratando-se de questão relevante, devidamente suscitada no **writ** originário, e não apreciada pelo eg. Tribunal de origem, devem os autos ser remetidos a este para que se manifeste acerca da **questio**.

O eg. Tribunal de origem, ao não conhecer, no particular, da impetração, afastou a possibilidade do manejo de **habeas corpus** ao seguinte fundamento:

"Não havendo qualquer ameaça à liberdade de locomoção do paciente, não há como se conhecer da presente ordem, por expressa disposição constitucional. Os impetrantes, com efeito, sequer alegam que Robson Flares Lopes Pontes estaria arbitrariamente preso ou, ao menos, correndo o risco de vir a sofrer segregação arbitrária [...].

Todas essas questões deverão ser, todavia, objeto de recursos próprios, diversos da ação de habeas corpus, nos termos da legislação processual em vigor" (fls. 75-76).

No entanto, se há possibilidade de evidenciar flagrante ilegalidade no

Superior Tribunal de Justiça

caso concreto, deve o eg. Tribunal bandeirante não somente analisar a ação, bem como cassar a decisão eventualmente em desacordo com o ordenamento pátrio. A via estreita do **writ** não se presta à análise aprofundada dos temas debatidos, mas é preciso que a ilegalidade **prima facie** seja afastada de forma fundamentada.

Esta Corte tem se posicionado no sentido de que, não obstante a previsão de recurso no ordenamento jurídico, é admissível a utilização do **mandamus** quando a pretensão não demanda, em princípio, revolvimento de matéria probatória.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. ILEGALIDADE DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Da leitura do acórdão objurgado, observa-se que em momento algum o mérito do writ originário foi enfrentado pela Corte de origem, que, equivocadamente, entendeu que se tratariam de temas que demandariam a análise de matéria probatória, o que evidencia a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, ensejando constrangimento ilegal passível de ser remediado com a concessão da ordem de habeas corpus, ainda que de ofício.

[...]

5. Recurso não conhecido. **Ordem concedida de ofício para determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que aprecie o mérito do mandamus lá impetrado.**" (RHC 51300/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 28/05/2015).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. WRIT NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. SUSTENTADA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO OBSTA A ANÁLISE DE MÉRITO DO MANDAMUS. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

1. Não há empecilho à utilização de habeas corpus quando

Superior Tribunal de Justiça

se tratar de matéria exclusivamente de direito, quando não houver necessidade do exame aprofundado de provas e quando houver possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do paciente.

2. *É cabível, em sede de habeas corpus, a análise da questão suscitada perante a Corte a quo e aqui reiterada, qual seja, saber se é possível o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar.*

3. *Conforme orientação pacificada neste Superior Tribunal, a previsão de recurso específico para a espécie - no caso dos autos, agravo em execução - não obsta o manejo de habeas corpus, dada a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo.*

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de [REDACTED] Justiça de São Paulo que analise o mérito do HC n. 990.10.137435-8, lá impetrado em favor do paciente" (HC 188.654/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/11/2011, grifei).*

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORDEM ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE COM BASE EM FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PRECEDENTES.

[...]

2. *Apesar de ser a apelação o recurso próprio cabível contra sentença condenatória, não poderia a Corte a quo ter se omitido, sob pena de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobretudo porque, nos termos em que o Impetrante delimitou a matéria não se faz necessário reexame de provas, sabidamente incabível na via do habeas corpus.*

[...]

5. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedida a ordem para determinar ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que profira novo julgamento no HC n.º 1.099.186.3/0, conhecendo das questões referentes à dosimetria da pena, e para assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade." (HC 94.626/SP, Quinta Turma, Relª. Ministra Laurita Vaz, DJe 05/05/2008, grifei).*

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, não conheço do **writ**. **Concedo, entretanto, a ordem de ofício** apenas para cassar o v. acórdão do **habeas corpus** n. 2107551-20.2014.8.26.0000, da lavra da col. 8ª Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando sejam apreciadas, como entender de direito, as questões deduzidas na inicial do **mandamus** referido.

P. e I.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2015.

