

HABEAS CORPUS Nº 466.025 - SP (2018/0217154-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : WAGNER GOMES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER GOMES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por WAGNER GOMES, em favor próprio, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O impetrante/paciente expõe que impetrou no STJ o HC n. 445.375/SP mas, "por *decisum* da Eminentíssima Min. Laurita Vaz, o pleito foi remetido e processado no TJSP pelo Des. Camilo Lellis, pois o STJ considerou supressão de instância analisar o mérito do pleito".

Argumenta que o TJSP não conheceu do *mandamus*, ao argumento de que o recurso adequado seria o agravo em execução.

Alega que não era mais possível interpor agravo em execução, por causa da perda do prazo para tal recurso, restando possível somente o remédio heróico do *habeas corpus*.

Requer, dessa forma, liminarmente e no mérito, que seja determinado ao Tribunal *a quo* o exame do mérito do HC n. 0023070-22.2018.8.26.0000.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 18/19) e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 26/61), opinou o Ministério Público Federal "pela concessão do *habeas corpus* - para devolução dos autos ao TJ - para julgamento como de direito" (e-STJ fls. 80/81). Colheu-se, ainda, a manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 75/76).

É o relatório. **Decido.**

Constata-se que, em princípio, mostra-se inviabilizado o conhecimento da questão suscitada no presente *writ* diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que o tema – reconhecimento de falta grave – não chegou a ser apreciado pelo Tribunal estadual. A propósito, confira-se o seguinte julgado desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais admite a utilização do *habeas corpus* como substituto do recurso próprio (recurso ordinário, recurso especial, agravo em execução ou revisão criminal), assim também não o fazendo as instâncias ordinárias, de modo a não frustrar a sua finalidade que é a de atuar de forma célere e efetiva no caso de manifesta violência ou coação à liberdade de locomoção do cidadão por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da CF).

Assim, verificada hipótese de impetração de *habeas corpus* em lugar do instrumento próprio, de rigor o seu não conhecimento, a menos que

constatada ilegalidade flagrante, caso em que a ordem pode ser concedida de ofício, como forma de cessar o constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. (...). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 6/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 6/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. [...] (HC 218.537/SP Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13/8/2013).

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal estadual limitou-se ao não conhecimento do *writ* originário, sem avaliar a existência de eventual ilegalidade perpetrada em desfavor do ora paciente. Muito embora tecnicamente correta a decisão, nos moldes da orientação do STJ e do STF, é indispensável que se afaste por completo a existência de flagrante constrangimento ilegal, sob pena de ofensa ao art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Nesse contexto, a solução passa pelo retorno dos autos à origem para que a Corte *a quo* examine, ainda que sucintamente, se a hipótese é de concessão da ordem, de ofício. Veja-se:

2. - De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de existir recurso próprio e adequado para questionar as decisões proferidas em tema de Execução Penal, a

ação de habeas corpus substitutiva de agravo em execução deve ser analisada pela Corte de origem com o intuito de verificar a existência de flagrante ilegalidade, desde que não seja necessário o reexame de fatos e provas, como na espécie, em que se discute o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos à progressão de regime. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo examine o mérito do Habeas Corpus n. 0160802-21.2013.8.26.0000 como entender de direito (HC 282.251/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 19/3/2014).

No mesmo sentido: RHC 38.921/SP, Relatora Ministra. REGINA HELENA COSTA, DJ 17/12/2013, HC 273823/SP; Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 19/9/2013).

Por outro lado, a questão suscitada na presente impetração não me parece demandar o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que possibilita o exame do suposto constrangimento ilegal apontado no *habeas corpus* originário.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para determinar que o Tribunal *a quo* aprecie, como entender de direito, a existência de eventual constrangimento ilegal perpetrado em desfavor do paciente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator