

HABEAS CORPUS Nº 427.565 - SP (2017/0315578-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TADEU JOSE MIGOTO FILHO - PR061564
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON FERNANDO DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JEFERSON FERNANDO DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o Juízo da Execução indeferiu o indulto da pena (Decreto n. 8.172/13) do ora paciente em 11/11/2015 (fl. 64), com base no resultado desfavorável do exame criminológico.

Esta Corte Superior, porém, concedeu a ordem, de ofício, nos autos do HC n. 394.003/SP, para determinar nova análise do benefício, tendo em vista que o referido Decreto não exige a realização de exame criminológico.

Assim, em 30/6/2017, o Juízo da Execução proferiu a decisão de fl. 76, na qual indeferiu o indulto pelo fato de a pena existente à época do Decreto ter sido cumprida em 20/10/2016.

Inconformada, a defesa impetrou o HC n. 2140542-44.2017.8.26.0000, o qual não foi conhecido, conforme acórdão assim ementado:

Habeas corpus - Impetração requerendo a declaração de indulto de penas, determinando a data de início e de término de cumprimento de penas da execução, respectivamente em 06.04.2011 e 24.12.2013 - Inviável a apreciação do pedido por habeas corpus, diante de seu estrito âmbito de incidência - Situação que comporta Agravo em Execução nos termos da Lei 7.210/84 - Não conhecimento (fls. 11/16).

No presente *mandamus*, a impetrante alega que, em razão da natureza declaratória da decisão referente ao indulto, a extinção da pena retroage à data da publicação do Decreto (24/12/2013).

No caso, a pena relacionada à 1ª execução foi extinta em 20/10/2016, pelo

cumprimento. Se concedido o benefício, a extinção retroagirá para 24/12/2013 e, automaticamente, será antecipado o início de cumprimento da pena referente à 2ª execução, o que beneficiará o paciente.

Requer, em liminar e no mérito, a reforma da decisão de primeiro grau, para que a extinção da pena referente à 1ª execução retroaja à data da publicação do Decreto n. 8.172/13.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 83/84).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 89/91).

É o relatório.

Decido.

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a concessão da ordem para reconhecer o caráter declaratório do indulto e determinar que a extinção da pena referente à 1ª execução retroaja à data da publicação do Decreto n. 8.172/13.

Entretanto, da análise do acórdão impugnado, verifica-se que o Tribunal de origem não conheceu da impetração originária por inadequação da via eleita deixando de se pronunciar acerca do tema, o que impede esta Corte de analisar o pedido, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Ocorre que, tratando-se de tema eminentemente de direito, devidamente suscitado no *writ* originário, entendo caracterizada negativa de prestação jurisdicional, devendo a questão ser submetida àquela Corte para que se manifeste sobre as alegações do paciente.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO INDEFERIDO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. FALTA GRAVE COMETIDA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT PELA CORTE DE ORIGEM, POR SER

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE APRECIÇÃO DE EVENTUAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO, APENAS PARA DETERMINAR AO TRIBUNAL ESTADUAL QUE VERIFIQUE A EXISTÊNCIA DE EVENTUAL ILEGALIDADE PERPETRADA EM DESFAVOR DO PACIENTE.

1. Na hipótese, verifica-se que o Tribunal estadual não conheceu do habeas corpus impetrado na origem (HC n. 2020174-40.2016.8.26.0000), por ser substitutivo de recurso próprio.

2. O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais admite a utilização do habeas corpus como substituto do recurso próprio, 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).

3. 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.

[...]

5. **Nesse contexto, a solução passa pelo retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examine a fundamentação expendida pelo impetrante, ora paciente, relativa ao cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo concernentes ao indulto, como entender de direito.**

6. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para determinar que a Corte a quo aprecie a existência de eventual constrangimento ilegal perpetrado em desfavor do paciente (HC 357.265/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/08/2016).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DO REGIME ABERTO. ILEGALIDADE. TESE SOBRE A QUAL NÃO SE PRONUNCIOU O TRIBUNAL A QUO. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO POR SER VIA INADEQUADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - **A não manifestação do eg. Tribunal a quo sobre o**

mérito da impetração, na hipótese, configurou indevida negativa de prestação jurisdicional. Tratando-se de questão relevante, devidamente suscitada no writ originário, e não apreciada, devem os autos ser remetidos à eg. Corte estadual para que se pronuncie acerca da quæstio.

III - Embora a via estreita do writ não se preste à análise aprofundada do tema debatido, é preciso que a ilegalidade prima facie seja afastada de forma fundamentada. Assim, não obstante a previsão de recurso próprio no ordenamento jurídico, é admissível a utilização do mandamus, quando a pretensão não demanda, em princípio, revolvimento de matéria probatória.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o v. acórdão do eg. Tribunal a quo, determinando que este aprecie, como entender de direito, a questão deduzida no mandamus originário (HC 352.244/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO NA CORTE DE ORIGEM.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Porém, ressalva a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A questão relativa ao lapso temporal exigido para progressão de regime a condenado por associação para o tráfico de drogas não foi apreciada pelo Tribunal a quo, embora decidida em primeiro grau de jurisdição.

3. Embora seja o agravo em execução o recurso ordinariamente cabível contra decisão proferida pelo Magistrado das Execuções, é certo que não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a matéria deduzida no writ impetrado no Tribunal de origem for de direito e tiver potencial de causar lesão à liberdade de locomoção do apenado.

4. A apreciação, pela vez primeira, da questão pelo Superior Tribunal de Justiça resulta em defesa supressão de instância. Este Tribunal Superior tem acumulado julgados no sentido de que compete à Corte de origem apreciar o mérito do mandamus lá impetrado para a verificação de eventual constrangimento ilegal pelo indeferimento dos benefícios da execução Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo aprecie o mérito do writ originário (HC 373.619/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 10/02/2017).

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

Ante exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para cassar o acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* n. 2140542-44.2017.8.26.0000, e determinar que o Tribunal de origem aprecie, como entender de direito, as alegações suscitadas no *writ* originário.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

