HABEAS CORPUS Nº 491.486 - SP (2019/0029896-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FRANCIANE DE FATIMA MARQUES - SP100729 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSUEL GIRALDI DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de **JOSUEL GIRALDI DA SILVA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo das Execuções indeferiu a comutação de penas em favor do paciente, com base no Decreto n. 9.246/17.

Inconformada, a Defesa interpôs agravo em execução, para o qual o eg. Tribunal de origem negou provimento, ante o deferimento de **comutação anterior**, nos termos do v. acórdão de fls. 21-23, assim ementado:

> *"Agravo em Execução Pedido de comutação de pena com base em decreto instituidor do indulto natalino. Necessidade da satisfação dos requisitos objetivo e o subjetivo Hipótese em que o preso não satisfez sequer o requisito objetivo, porque obteve comutação decorrente de Decreto anterior. Agravo não provido."*

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a Defensoria Pública estadual, em apertada síntese, argumenta que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que o disposto no artigo 7º, § único, do Decreto Federal n° 9.246/2017 não configura óbice ao deferimento de comutação, quando o apenado já tiver sido agraciado com **indulto**.

Requer a concessão da ordem para *"determinar que, diante do preenchimento dos requisitos legais e impossibilidade de paralisação do julgamento pela ADI 5874, o pedido DE COMUTAÇÃO/2017 seja apreciado e*

deferido" (fl. 5).

Sem pedido liminar.

As informações foram prestadas, às fls. 35-52 e 53-58.

O Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento e denegação da ordem de **habeas corpus**, em parecer de fls. 60-63, com a seguinte ementa:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMUTAÇÃO DE PENAS. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 9.246/17. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS EXIGIDOS. PACIENTE JÁ BENEFCIADO PELO DECRETO 8.380/14, O QUE VIOLARIA O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º, DO DECRETO 9.246/17. REINCIDÊNCIA EM CRIMES DE ROUBO MAJORADO. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA NÃO IMPLEMNTADO. ART. 1º, INCISO III, DO DEC. 9.246/17. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."*

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.

Inicialmente, registre-se que, para a concessão do benefício de **comutação**, deve o reeducando preencher os requisitos de natureza **objetiva** e **subjetiva**, nos termos do decreto presidencial concessório.

No caso dos autos, a controvérsia reside no fato de o paciente ter sido beneficiado, nas palavras da Defesa, com anterior "indulto", requerendo agora a comutação de penas. Já o v. acórdão vergastado, baseado na concessão anterior de comutação, negou o atual pedido de comutação.

Ocorre que, conforme se observa dos autos, não foram instruídos com as peças essenciais à efetiva constatação de **se**, anteriormente, o paciente foi beneficiado apenas com indulto (fl. 11 e 19) ou com indulto e comutação.

De nota que o v. acórdão cita a comutação, sendo temerário ignorá-la, até mesmo porque **a Defesa, na origem, não se insurgiu opondo embargos de declaração, assim, oportunizando ao eg. Tribunal sanar o eventual erro material**.

Ora, a matéria aqui ventilada não foi sequer apresentada à origem e, diante disso, o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca do tema da presente impetração, ficando impedida esta Corte de proceder à sua análise, sob pena de **indevida supressão de instância**.

Nesse sentido, o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta eg. Corte de Justiça, **in verbis**:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO RÉU. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE*

INSTÂNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CERTIDÕES CARTORÁRIAS SUCESSIVAS E DIVERGENTES QUANTO AO DESEJO DE RECORRER PELO RÉU. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTEMPORANEIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO DE JULGAMENTO. RÉU REVEL. CITAÇÃO POR EDITAL. IMPRESCINDIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O tema concernente à inexistência de prévia intimação do réu quanto à renúncia pelo advogado constituído do mandato a si outorgado, ***não foi analisado pela Corte de origem, não podendo, por tais razões, ser examinado diretamente por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.***

[...]" (HC 374.752/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 17/02/2017, grifei)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA NOS AUTOS DE DOCUMENTAÇÃO REPUTADA INDISPENSÁVEL PELA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO WRIT IMPETRADO NA ORIGEM. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada nulidade da ação penal em razão de não constar nos autos documentação reputada indispensável pela defesa ***não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.***

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no não conhecimento do mandamus originário, pois este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis e à revisão criminal. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 367.864/MT,

Quinta Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 22/02/2017, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E SONEGAÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DOS TRIBUTOS. NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMPREGO DO WRIT. COISA JULGADA. REASCENDER TESES. AMOFINAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. No seio de habeas corpus, não é possível conhecer de temas não tratados na origem, sob pena de supressão de instância.

[...]

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 400.382/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 23/06/2017, grifei)

Igualmente, se manifesta o col. Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus contra ato de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Condenação transitada em julgado. Deficiência na instrução do writ. Análise de fatos e provas.

1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Hipótese, portanto, de habeas corpus em substituição ao agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte também não admite a utilização do habeas corpus em substituição à ação de revisão criminal (v.g, RHC 119.605-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; HC 111.412-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 114.890, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 116.827-MC, Rel. Min. Teori Zavascki; RHC 116.204, Relª. Minª. Cármen Lúcia; e RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

3. Constitui ônus do impetrante instruir a petição do habeas corpus com as peças necessárias ao exame da pretensão nela deduzida (HC 95.434, Relator o Min. Ricardo Lewandowski; HC 116.523, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 100.994, Rel. Min. Ellen

Gracie; HC 94.219, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

4. O acolhimento da pretensão defensiva – reconhecimento da "nulidade das provas que levaram a condenação do Paciente, diante da ilegalidade da BUSCA E APREENSÃO ILEGAL que as originou" – passa, necessariamente, pelo revolvimento de matéria fática, inviável na via processualmente restrita do habeas corpus.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (HC 130240 AgR, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe-252 16-12-2015, grifei).

Vale ressaltar, ademais, que esta eg. Corte de Justiça já se manifestou no sentido de que, mesmo a nulidade absoluta, não pode ser declarada em supressão de instância. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE DESEMBARGADOR RELATOR PARA PROFERIR DECISÃO. NÃO CONFIGURADA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. DECISÃO DE JUIZ DE 1º GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA MODIFICAR OS ATOS JUDICIAIS. ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Falece competência a esta Corte, a teor do art. 105, I, "c", da Constituição Federal, para julgar habeas corpus impetrado contra despacho de mero expediente proferido por Desembargador Relator, sem qualquer carga decisória, após o Órgão Especial do TJRJ ter determinado a remessa do feito para o 1º Grau.

II - Inviável qualquer manifestação a respeito de decisão declinatória de competência proferida pelo Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, uma vez que, sob o mesmo fundamento legal acima indicado, esta Corte não tem competência para examinar habeas corpus impetrado diretamente contra ato de Juiz de 1º Grau.

*III - **Mesmo a suposta nulidade absoluta deve ser objeto de decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, para que seja inaugurada a competência desta Corte e afastada a supressão de instância.***

IV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no

HC 448.209/RJ, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe de 09/08/2018, grifei)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. ***Com efeito, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).***

4. De mais a mais, "no Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523/STF) , inocorrente na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 349.782/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/12/2017, grifei)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO OBSCENO. NULIDADE DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA UM ANO APÓS OS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. ***Inviável avaliar a alegação de nulidade absoluta do feito se ela não foi levada a exame do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.***

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte

Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]" (RHC 87.472/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/02/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. INCOMPETÊNCIA. SUPRESSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Ademais, as questões aventadas neste habeas corpus - incompetência do Juízo, nulidade da busca e apreensão, assim como do laudo pericial e inépcia da denúncia ***- não foram sequer objeto de análise pelo Tribunal a quo, o que impede também o seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, pois até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária.***

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 395.493/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 25/05/2017, grifei).

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, "a", e art. 210, ambos do RISTJ, **indefiro liminarmente** o presente **writ.**

P. I.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator