HABEAS CORPUS Nº 496.829 - SP (2019/0063364-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	FABIANA FERREIRA DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	FABIANA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP194194
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRE DE MARTINO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de **ANDRE DE MARTINO DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena pela prática dos delitos descritos nos artigos 33, **caput** (duas vezes) e 35, **caput**, c.c. o art. 40, **caput**, todos da Lei n. 11.343/2006.

Afirma a impetrante que após preenchidos os requisitos legais, o paciente requereu ao d. Juízo da Execução Penal a progressão ao regime aberto, mas o pedido foi indeferido, com determinação de que *"fosse retificado o cálculo de pena do sentenciado para que constasse como hediondo o artigo 35 da lei 11.343/06 com os conseqüentes reflexos no cumprimento da pena"* (fl. 5).

Irresignada, a Defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, o qual não foi conhecido, ao argumento de via inadequada, em acórdão assim ementado (fl. 20):

> *"Habeas corpus – Execução criminal - Progressão de regime - Retificação do cálculo das penas - Inviável a análise por meio do habeas corpus – Noticiada interposição de agravo de execução penal - NÃO CONHECIMENTO DO WRIT."*

Daí o presente **mandamus**, no qual a impetrante alega, em síntese, que os cálculos homologados quanto ao crime de associação não podem subsistir, pois não se equipara a crime hediondo.

Argumenta, ainda, que os requisitos legais necessários à

progressão de regime encontram-se preenchidos, devendo ser cassada a decisão que determinou a retificação dos cálculos de pena, bem como mantida a exigência da fração de 1/6 para a progressão.

Requer, ao final, a concessão da ordem para *"cassar a r. decisão que sem fundamento legal mandou retificar o cálculo, fazendo que conste como fração para progressão de regime no crime previsto no artigo 35 da lei 11343/06 a fração 1/6 (um sexto) e não 2/5, concedendo ao requerente o regime aberto"* (fl. 18).

Pedido liminar **indeferido** às fls. 471-473.

Informações prestadas às fls. 479-534 e 537-545.

O Ministério Público Federal, às fls. 547-552, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ,** em parecer com a seguinte ementa:

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE NA ORIGEM. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NESTA CORTE SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO."*

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. Assim,

incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso ordinário.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A Defesa busca, em síntese, por meio do presente **habeas corpus**, a progressão ao regime aberto, afastando os reflexos de hediondez do crime do art. 35, da Lei 11.343/2006 nos cálculos da da pena.

Infere-se dos autos que os pedidos de progressão ao regime aberto e o afastamento da fração de 2/5, relativa ao reflexo da hediondez do crime do art. 35, da Lei 11.343/2006, não foram apreciados pelo eg. Tribunal de origem, que entendeu pela impossibilidade da análise do tema em sede de **habeas corpus**, conforme decisão proferida no **mandamus** n. 2004609-31.2019.8.26.0000 (fls. 19-25), não conhecido.

Assim, se o eg. Tribunal **a quo** sequer se manifestou acerca das questões ora suscitadas, fica impedida esta Corte Superior de proceder a sua análise, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

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

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*
>
> *1. O eg. Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, esteve adstrito a questões relacionadas à autoria e à materialidade do delito, nada tratando acerca da pena imposta.*
>
> *2.* ***Assim, a redução da pena-base, objeto desta impetração, não foi debatida pelo Tribunal de origem, o que impede a sua análise diretamente por este Sodalício, sob o risco de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.*** *Precedentes.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido"* (HC n.

429.145/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi,** DJe de 22/03/2018, grifei).

> *"HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> ***1. Não debatida a matéria na instância ordinária, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça inaugurar o enfrentamento da tese, sob pena de indevida supressão de instância.***
>
> *[...]*
>
> *6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa"* (HC n. 400.229/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro,** DJe de 08/03/2018, grifei).

Contudo, noto que a ausência de manifestação do eg. Tribunal **a quo** configurou **indevida negativa de prestação jurisdicional.**

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

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 fático-probatória.

Colaciono, a seguir, precedentes desta Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...] IV - No que tange ao pedido de reconhecimento da minorante inserta no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se do v. acórdão combatido que ***referida tese não foi apreciadas pelo Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise desta, sob pena de indevida supressão de instância*** *(precedentes).*

V - Contudo, constata-se também que referida tese foi suscitada pela defesa, configurando a omissão do Tribunal a quo indevida negativa de prestação jurisdicional.

Ordem parcialmente concedida para determinar ao eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que, nos autos da Apelação Criminal n. 0303278-21.2013.8.05.0080, aprecie, como entender de direito, o pedido de reconhecimento da minorante inserta no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06" (HC n. 363.003/BA, **Quinta Turma**, de **minha relatoria,** DJe de 21/03/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. ***O tema relativo ao regime prisional não foi debatido pela Corte de origem, o que impossibilita a análise da questão diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Entretanto, tendo havido indevida negativa de prestação jurisdicional, pois, embora suscitado pela defesa tal ponto, a Corte estadual permaneceu silente, é cabível a concessão da ordem de ofício para determinar que o Tribunal a quo analise o pedido como entender de direito.***

> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que a Corte de origem verifique a possibilidade de fixação do regime mais brando, nos termos do art. 33 do Código Penal"* (HC n. 421.020/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas** DJe de 16/02/2018, grifei).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Entretanto, **concedo a ordem, de ofício,** para anular a decisão proferida nos autos do **habeas corpus** n. 2004609-31.2019.8.26.0000, determinando que sejam apreciadas pelo eg. Tribunal **a quo**, **como entender de direito**, as questões ali suscitadas.

P. e I.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator