

**HABEAS CORPUS Nº 515.258 - SP (2019/0167640-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : JOSE EDUARDO LAVINAS BARBOSA  
**ADVOGADO** : JOSÉ EDUARDO LAVINAS BARBOSA - SP217870  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MILAGROS ANTONIA ARQUEDAS BRAVO (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de MILAGROS ANTONIA ARQUEDAS BRAVO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do Habeas Corpus n. 2092900-07.2019.8.26.0000.

Extrai-se do feito que a paciente foi condenada nos autos da Ação Penal n. 0003876-08.2018, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP, às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias multa, por incursa no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

O Juízo da execução homologou o cálculo de pena considerando as frações de crime hediondo em 2/5 (dois quintos) para progressão e 2/3 (dois terços) para o livramento condicional, bem como concluiu que o crime tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, não deve ser considerado como de natureza equiparada à hedionda.

Irresignada, a defesa impetrou o *habeas corpus* originário perante o Tribunal de origem, pleiteando fosse afastado o caráter hediondo do crime, com a determinação de retificação do cálculo da pena para ser observada a fração de 1/6 (um sexto) para a progressão de regime e a fração de 1/3 (um terço) da pena para a obtenção do livramento condicional. O Tribunal não conheceu da impetração, por inadequação da via eleita, em acórdão assim ementado (fl. 19):

*Habeas Corpus Pretensão à retificação do cálculo de penas para exclusão do caráter hediondo da condenação por tráfico de drogas - Via eleita inadequada - Existência de recurso específico - Análise a ser realizada pelo juízo da execução - Inexistência de ilegalidade manifesta - Ordem não conhecida.*

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a paciente faria jus ao cálculo correto de sua reprimenda, afastando-se o caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado pelo qual foi condenada, em atenção ao posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte (Tema 600 dos Recursos Repetitivos).

Requer, assim, em sede liminar e no mérito, a determinação de que o Tribunal de Justiça estadual proceda o julgamento do mérito do HC n. 2092900-07.2019.8.26.0000, ou, caso não seja esse o entendimento, e em atenção aos princípios da segurança jurídica, da celeridade e da economia processual, pede a concessão da ordem, *in limine*, para determinar ao Juízo das execuções que retifique o cálculo de pena, observando a fração de 1/6 (um sexto) para a progressão e 1/3 (um terço) para o livramento condicional, afastando o caráter hediondo da pena imposta à paciente.

É o relatório.

Decido.

A Corte de origem não conheceu do *writ* originário sob o fundamento de inadequação da via eleita, entendendo que a questão discutida desafiava agravo em execução.

Assim, não tendo o Tribunal *a quo* apreciado o tema da exclusão da natureza hedionda do tráfico privilegiado, possibilitando a progressão de regime com a fração de 1/6 e o livramento condicional na fração de 1/3, não compete a esta Corte Superior sua análise, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Contudo, apesar de ser o agravo em execução o recurso ordinariamente cabível para o exame de questões relativas à execução da pena, 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 ora paciente.

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. Nesse diapasão:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR SUPOSTA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. QUESTÃO DE DIREITO QUE INDEPENDE DA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Hipótese em que o Tribunal de origem não conheceu da impetração originária - versando sobre a legalidade na imposição do regime inicial fechado-, por suposta inapropriação da via eleita. Não tendo havido o esgotamento da matéria pelas instâncias de origem, inviável a apreciação por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, não demandando revolvimento fático-probatório, inexistente óbice à análise do pedido formulado no habeas corpus originário, ainda que de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP. Precedentes.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar, o retorno da impetração ao Tribunal de 2º Grau para que este examine o mérito do Habeas Corpus originário, decidindo como entender de direito, mormente quanto à possibilidade de concessão da ordem, de ofício." (HC 349.445/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/04/2016)

"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 Apreciação 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.*

4. *In casu, constata-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 recorrente. 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 CF.*

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)*

Por tais razões, **defiro o pedido de liminar** apenas para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proceda ao exame do writ lá deduzido (HC n. 2092900-07.2019.8.26.0000), verificando a eventual existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Oficie-se à autoridade coatora, bem como ao juízo de execuções a fim de solicitar-lhes as informações pertinentes.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator