HABEAS CORPUS Nº 503.972 - SC (2019/0103946-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	JONAS FERNANDES MAIA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **JONAS FERNANDES MAIA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 180, **caput,** do Código Penal (receptação), à pena privativa de liberdade de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Em recurso de apelação da Defesa, o eg. Tribunal de origem negou-lhe provimento, em v. acórdão assim ementado (fls. 243-266):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPTAÇÃO DOLOSA (ART. 180, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. AVENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. DESPACHO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA DESPROVIDO DE CONTEÚDO DECISÓRIO E QUE PRESCINDE DA FUNDAMENTAÇÃO PREVISTA NO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÉRITO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, COM O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO REO" E AUSÊNCIA DE DOLO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE ENCONTRADO NA POSSE DE UM TELEVISOR ORIUNDO DE CRIME DE FURTO.* ***INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. DESCONHECIMENTO ACERCA DA ORIGEM ESPÚRIA DO***

> ***BEM NÃO COMPROVADO. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO CORROBORADO PELO TESTEMUNHO DO POLICIAL MILITAR E DEMAIS PROVAS DA FASE JUDICIAL.*** *ADEMAIS, ÁLIBI NÃO COMPROVADO, ÔNUS QUE INCUMBIA À DEFESA, NOS TERMOS DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. ALMEJADO O ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DO SEMIABERTO PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE REINCIDENTE. EXEGESE DO ENUNCIADO 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. APELANTE REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, INCISO II E §3º, DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000021-29.2016.8.24.0015). IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO."* (grifei)

Daí o presente **writ**, no qual a Defesa pleiteia, em resumo, a **absolvição** do paciente, por ser a inversão do ônus da prova, no presente caso, uma verdadeira teratologia.

Aduz que tal posicionamento processual fere o art. 156 do Código de Processo penal, o processo democrático, o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

Afirma que o eg. Tribunal utilizou a inversão do ônus da prova como *"regra de bolso"* (fl. 9), apenas por ocasião da sentença e do v. acórdão.

Requer, inclusive LIMINARMENTE, a concessão da ordem para suspender os efeitos da condenação até o julgamento final desta impetração. No mérito, a confirmação da liminar, com o fim de reconhecer a ilegalidade do v. acórdão.

Liminar indeferida, às fls. 271-273.

Informações, às fls. 275-308 e 312-340.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 342-346, opinou pelo não conhecimento ou denegação da ordem, nestes termos:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCA- BIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ANULAR O PROCESSO DESDE A SENTENÇA.* ***TESE SUSCITADA NÃO FOI APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA****.* ***PRECEDENTE.*** *PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. SE CONHECIDO, PELA SUA DENEGAÇÃO."*

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** substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do **writ**, 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 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.

Conforme muito bem observado pelo d. Ministério Público

Federal, a impetração deve ser liminarmente indeferida pela **indevida supressão de instância.**

No que concerne aos únicos pedidos nesta impetração (absolvição ou anulação do processo desde a sentença), todos foram realizados em razão da suposta ilegal inversão do ônus da prova.

Ocorre que, no recurso de apelação, a d. Defesa se insurgiu em relação a teses diversas da presente, quais sejam: *"preliminarmente, a decretação de nulidade do processo por ausência de fundamentação do ato de recebimento da denúncia. No mérito, busca a absolvição por ausência de provas, com o reconhecimento do princípio do in dubio pro reo e inexistência de dolo. Alternativamente, requer a desclassificação para o delito de receptação culposa, abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fls. 254-255, grifei).

Assim, ausente qualquer manifestação do eg. Tribunal a respeito da insurgência, incabível o presente **mandamus**, porquanto está configurada a **absoluta supressão de instância** com relação a todas as questões expostas, ficando **impedida** esta Corte de proceder à sua análise, uma vez que lhe **falta competência (art. 105, I e II, da CF; e art. 13, I e II, do RISTJ).**

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

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA**. LAVAGEM DE CAPITAIS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL. DESTITUIÇÃO DE ADVOGADA CONSTITUÍDA. ATUAÇÃO TUMULTUÁRIA. OMISSÕES. OBSCURIDADES. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.*
>
> *[...]*
>
> ***2. Não merecem conhecimento as matérias não apreciadas na origem e sob as quais a parte, embora tenha oposto embargos declaratórios, não se insurgiu contra a***

omissão pleiteando a determinação de integração do recurso naquela instância. Tal intervenção nesta Corte Superior configuraria indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no RMS 52.007/PR, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 07/03/2019, grifei).

"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 posicionou no sentido de que, nem sendo a **nulidade absoluta**, 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), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator