

HABEAS CORPUS Nº 567.931 - SP (2020/0072607-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : GABRIELA FACCINI
ADVOGADO : GABRIELA FACCINI - SP431497
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUAN GESIEL BUENO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KAUAN GESIEL BUENO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2037517-10.2020.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses em regime inicial fechado, como incurso no crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido surpreendido trazendo consigo, para fins de tráfico, **181,3g (cento e oitenta e um gramas e três decigramas) de maconha.**

A decisão condenatória transitou em julgado.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte de origem sustentando a ilegalidade da fixação de regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

No entanto, a Corte estadual não conheceu da impetração nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 42):

PENAL. "HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

Impetração que busca reforma de decisão condenatória transitada em julgado. Descabimento. Impetrante alega que embora o paciente tenha declarado que não pretendia recorrer, a atual defesa entende que a sentença deve ser reformada para alteração do regime inicial imposto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Ocorrência de trânsito em julgado. Inadequação da via eleita. Matéria a ser discutida em revisão criminal. Ausência de qualquer ilegalidade relacionada à liberdade de locomoção do paciente, a exigir medidas de ofício por este Tribunal.

Indeferimento "in limine"

Superior Tribunal de Justiça

Na presente impetração, a defesa reafirma as alegações originárias no tocante à inidoneidade da fixação do regime inicial fechado.

Aduz, ademais, que não foram expedidas guias provisória ou definitiva de recolhimento, o que permitiu que ele cumprisse 1 ano e 5 meses de sua reprimenda em regime inicial fechado.

Requer, liminarmente, que lhe seja possibilitado aguardar em liberdade o deslinde do presente *writ*.

No mérito, requer a fixação de regime inicial aberto.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

De início, verifico que o Tribunal de Justiça não conheceu da impetração sob o fundamento de que o instrumento utilizado pela defesa mostra-se inidôneo ao questionamento da situação vivenciada pelo paciente, aduzindo, no entanto, ao contrário do que alega a defesa, que foi expedida guia de recolhimento definitiva (e-STJ fl. 44).

Contudo, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que *"é bem verdade que o STJ não mais tem admitido a impetração de habeas corpus, quando substitutivo de recursos próprios. Todavia, tal posicionamento não tem o condão subtrair do magistrado a verificação quanto à existência de ilegalidade flagrante, caso em que deverá conceder habeas corpus de ofício. Inteligência do art. 654, § 2º, do CPP"* (HC n. 301.883/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 10/11/2014).

No mesmo sentido:

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.

1. O Superior Tribunal de Justiça não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

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 esaurimento 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, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016, grifei.).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO QUE TERIA DECORRIDO DE DENÚNCIA ANÔNIMA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. MANDAMUS NÃO CONHECIDO SOB O ARGUMENTO DE QUE SERIA MERA REITERAÇÃO DE OUTROS DOIS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS JÁ APRECIADOS NA ORIGEM. WRIT EM QUE SE IMPUGNA QUESTÃO DIVERSA DAS DECIDIDAS NOS PROCESSOS JÁ JULGADOS NA ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

1. A questão referente à nulidade do inquérito policial porque teria sido instaurado a partir de denúncia anônima não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre o tópico, evitando-se com tal medida a atuação em indevida supressão de instância.

2. Embora tenham sido impetrados outros dois habeas corpus na origem buscando o trancamento da ação penal por falta de justa causa, observa-se que neles observa-se que nele foram discutidas matérias distintas da levantada no presente mandamus, o que revela que a decisão proferida pelo Tribunal de origem incorreu em negativa de prestação jurisdicional, ensejando constrangimento ilegal passível de ser remediado com a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a baixa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região para que aprecie o mérito do HC 5563-PE como entender de direito. (HC 308.801/PE, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 07/08/2015)

Portanto, a ausência de manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do pedido formulado na impetração originária configura indevida negativa de prestação jurisdicional, principalmente considerando que a análise do aventado constrangimento ilegal não necessita de revolvimento de matéria probatória, envolvendo apenas questão de direito.

Nesse contexto, tratando-se de questão relevante de direito, deve a Corte estadual analisar a matéria suscitada no *writ* originário.

Ante o exposto, **não conheço do *writ*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprecie o mérito do *habeas corpus* originário como entender de direito.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator