



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.864 - MT (2016/0218704-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : OTAVIO SIMPLICIO KUHN
ADVOGADO : OTAVIO SIMPLICIO KUHN - MT0142380
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : LOURIVAL XIMENEZ REMEDI (PRESO)

EMENTA

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.

3. O impetrante deixou de anexar ao presente remédio constitucional cópia da íntegra da ação penal, documentação indispensável para que se pudesse analisar a eiva suscitada.

4. O rito do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.864 - MT (2016/0218704-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : OTAVIO SIMPLICIO KUHN
ADVOGADO : OTAVIO SIMPLICIO KUHN - MT0142380
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : LOURIVAL XIMENEZ REMEDI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LOURIVAL XIMENEZ REMEDI, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no julgamento do HC n. 76027/2016.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos, 6 (seis) meses e 3 (três) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 1210 (mil duzentos e dez) dias-multa, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003.

Buscando a anulação da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, que não foi conhecido.

Sustenta o impetrante que o remédio constitucional em apreço não visaria a suprir o recurso de apelação, mas cessar o constrangimento ilegal que estaria sendo imposto ao paciente pelo Juízo da Vara Única da comarca de São José dos Quatro Marcos/MT.

Entende que a análise do mérito da impetração não demandaria o exame de provas, pois o magistrado singular já teria confirmado a existência de peças processuais que não teriam sido acostadas ao processo.

Argumenta que o só fato de haver recurso específico para impugnar a questão não obstaría o conhecimento do *habeas corpus*, mormente quando há violação ao direito de locomoção e se alega a existência de nulidade processual.

Afirma que o flagrante do paciente só teria sido possível por meio de interceptação telefônica que não teria sido disponibilizada ao seu defensor.

Alega que o conteúdo da quebra do sigilo telefônico não se encontraria encartado nos autos da ação penal, o que configuraria cerceamento do direito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa.

Salienta que, embora o togado singular tenha confirmado a inexistência das peças processuais referentes às interceptações telefônicas no feito, teria indeferido o pedido de sua juntada.

Adverte que somente com o acesso integral ao produto das investigações a defesa poderia exercer o seu mister, nos termos do verbete 14 da Súmula Vinculante.

Requer a concessão da ordem para que o processo em apreço seja anulado, reabrindo-se a instrução processual e garantindo-se à defesa o acesso irrestrito às provas e documentos obtidos na fase investigatória, em especial ao conteúdo das interceptações telefônicas.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 206/207.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 218/219 e 226/228), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 237/241, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.864 - MT (2016/0218704-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a anulação do processo desde a instrução processual.

Compulsando os autos, constata-se a impossibilidade de análise da alegada nulidade da ação penal em razão de não constar nos autos documentação reputada indispensável pela defesa, uma vez que tal questão não foi apreciada pela Corte de origem no aresto impugnado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NULIDADE. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Não se deve conhecer de matéria não apreciada pelo Tribunal de origem, para evitar indevida supressão de instância.

(...)

3. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(RHC 71.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

Por outro lado, não se vislumbra qualquer irregularidade no indeferimento liminar do *mandamus* originário, pois, como bem consignado no acórdão impugnado, "a pretensão do impetrante, em verdade, é a desconstituição de sentença penal condenatória, matéria cujo debate não pode ser contemplado, da maneira como foi posta, pela presente Ação Constitucional", tendo havido a "interposição de Recurso de Apelação Criminal por parte do paciente, não sendo, sequer, em tais circunstâncias, recomendado o conhecimento do writ, já que o Recurso de Apelação permite maior amplitude e profundidade na análise das pretensões deduzidas, permitindo o imprescindível revolvimento de matéria fático-probatória" (e-STJ fl. 199).

Nesse sentido tem se orientado a jurisprudência deste Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça, que entende não ser cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

(...)

5. Writ não conhecido.

(HC 286.515/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

(...)

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 284.842/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 25/02/2015)

Ademais, observa-se que a defesa não anexou ao *mandamus* a íntegra do processo criminal em tela, documentação indispensável para que se pudesse examinar a eiva suscitada.

Como é cediço, o procedimento do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio de documentação que evidencie a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu o impetrante, profissional da advocacia.

Nessa direção, orienta-se a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. (...) INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. Não tendo sido juntado aos autos o decreto preventivo, fica inviável a comprovação da alegada ausência de fundamentos.

4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 359.225/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (...) AFASTAR REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. Precedentes.

5. In casu, o Tribunal a quo, atento ao acervo probatório, concluiu que o paciente era reincidente, e entender em sentido contrário demandaria exame de documentação relativa aos antecedentes do paciente, que não foi acostada aos autos nem foi suscitado pela Defensoria, o que impede a análise do mencionado constrangimento ilegal.

6. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 303.310/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

Em arremate, da leitura do acórdão impugnado, verifica-se que, "segundo informações da autoridade coatora, no julgamento da Ação Penal que resultou na condenação do paciente, os elementos colhidos durante as investigações ocorridas na Operação "Poeira Branca", não foram utilizados como prova em qualquer momento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

persecução penal, não sendo demonstrada a imprescindibilidade pelo impetrante, da prova requerida para a elucidação do caso" (e-STJ fl. 199), o que reforça a inexistência de flagrante ilegalidade passível de ser reparada por este Sodalício.

Ante o exposto, **não se conhece** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218704-7

HC 367.864 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00760278520168110000 01778409220158110000 10998020158110039
1778409220158110000 760272016 760278520168110000

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: OTAVIO SIMPLICIO KUHN
ADVOGADO	: OTAVIO SIMPLICIO KUHN - MT0142380
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE	: LOURIVAL XIMENEZ REMEDI (PRESO)
CORRÉU	: ADAO RENATO CORREA
CORRÉU	: MAILSON JOSE DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.