HABEAS CORPUS Nº 494.266 - SP (2019/0048171-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de LUCIANO RODRIGUES DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0009078-38.2017.8.26.0320.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 29-37).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de drogas Preliminar afastada - Prisão em flagrante efetuada por guardas municipais Provas ilícitas Inocorrência - Autoria e materialidade delitiva comprovadas Decisão condenatória que se impõe Penas readequadas Afastado aumento da pena-base - Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo, da Lei de Drogas, em razão da quantidade de entorpecente apreendido Precedentes STJ e 15ª Câmara Criminal Regime inicial fechado devido Recurso provido em parte"* (fl. 53).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na ilegalidade da apreensão realizada por guardas municipais, ou seja, ilicitude das provas amealhadas, bem como na negativa de aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com consequente fixação de regime diverso do fechado e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final do presente **writ**, expedindo-se contramandado de prisão. **No mérito**, busca o reconhecimento da ilicitude da apreensão realizada pelos guardas municipais com a consequente absolvição do paciente, **subsidiariamente**, a fixação de regime diverso do fechado para início de cumprimento da pena, aplicando-se o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que 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 pertinente (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **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 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi**

Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Na hipótese, compulsando os autos, denota-se que o pedido liminar se confunde com o próprio **mérito** da impetração, não restando configurada, **de plano**, flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Assim, nos limites da cognição **in limine**, ausentes os indícios para a configuração do **fumus boni iuris**, a **quaestio** deverá ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator