HABEAS CORPUS Nº 503.236 - SP (2019/0099809-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP0320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISTIAN CONCEICAO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de CRISTIAN CONCEIÇÃO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0011685-49.2017.8.26.0635.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, inc. IV da Lei n. 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo), à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 dias-multa.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa:

> *"Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida - Recurso defensivo requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal, a compensação da circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a fixação de regime diverso do fechado para início de cumprimento da pena imposta, observando-se o instituto da detração penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Provas francamente incriminadoras dando conta de que o apelante foi o autor do delito, consubstanciadas nos depoimentos dos policiais militares e na sua própria confissão espontânea - Pena-base fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal de maneira adequada, diante da finalidade criminosa e dos maus antecedentes do réu - Preponderância da circunstância agravante da reincidência sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, mesmo porque se trata de réu reincidente, o que é preponderante, nos termos da legislação penal substantiva - Regime inicial fechado mantido, diante dos maus antecedentes e da reincidência do réu - Competência para se discutir a respeito da detração penal é do juízo das execuções - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Quantidade de pena superior a 04 (quatro) anos e réu que possuiu maus antecedentes e é reincidente. Negado provimento."* (fls. 45/52)

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal em virtude da majoração da pena-base, afirmando que a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem não poderia implicar no referido aumento, em face do disposto no enunciado da Súmula n. 444/STJ.

Argumenta que o aumento gerado pela reincidência, na segunda fase da dosimetria, deve ser compensado com a confissão espontânea por se tratar de circunstâncias igualmente preponderantes.

Afirma, ainda, que o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o semiaberto, nos termos da Súmula n. 269/STJ.

Por fim, alega ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do § 3º do art. 44 do CP, por não se tratar de reincidência específica.

Requer, em liminar, a fim de que o paciente seja transferido para regime menos gravoso, e no mérito, a redução da pena, abrandamento de regime e substituição por pena restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, entendo razoável o processamento do feito apenas para verificar a eventual existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência. Além disso, o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito do *writ* e deve ser reservado para análise perante o douto colegiado da Quinta Turma, após manifestação ministerial.

Por tais razões, **indefiro o pedido de liminar**.

Solicite-se informações ao juízo de primeiro grau e à autoridade apontada coatora, a serem prestadas, preferencialmente, por meio eletrônico, e o envio de senha para acesso ao processo no site do Tribunal, quando for o caso.

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

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator