HABEAS CORPUS Nº 503.253 - SP (2019/0099903-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	PAULO FELIPE AZENHA TOBIAS
ADVOGADO	:	PAULO FELIPE AZENHA TOBIAS - SP280819
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEANDRO APARECIDO CASITE

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO APARECIDO CASITE, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000773-22.2017.8.26.0302.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 299-307).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

> *"TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE, AUTORIA E DESTINAÇÃO MERCANTIL COMPROVADAS – APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (RÉU LEANDRO) – NÃO ACOLHIMENTO – CONFISSÃO PARCIAL NÃO PODE SER ACEITA COMO ATENUANTE - PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDO –RECURSOS NÃO PROVIDOS"* (fl. 459).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a

ocorrência de constrangimento ilegal quanto a análise do critério de proporcionalidade da pena-base aplicada pelas instâncias ordinárias.

Para tanto, sustenta, que *"Considerando a presença de uma circunstância judicial desfavorável e estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável no Superior Corte de Justiça, fazendo-o incidir sobre a pena-base no mínimo legal (05 anos), resultaria no acréscimo de 07 meses e 15 dias no crime de tráfico. Em sendo assim, obsecra a Defesa pelo de decote da pena basilar em 1/8, perfazendo 05 (cinco) anos, 07 (sete meses) e 15 (quinze) dias reclusão, na primeira fase do sistema trifásico*" (fl. 7).

Assevera, ainda, que *"Na segunda fase da dosimetria, a sentença penal condenatória fixou, sem considerar a eventual incidência da alegada* ***atenuante da confissão espontânea****. Contudo a* ***confissão espontânea da autoria*** *do crime é imperiosamente suficiente para aplicação da atenuante na segunda fase da dosimetria da pena"* (fls. 6-7, grifei).

Afirma, também, que *"[...] a* ***confissão espontânea, ainda que parcial,*** *não pode ser afastada quando o Paciente confessa a propriedade dos entorpecentes apreendidos, subsidiando, com elementos extremamente úteis, a própria persecução penal"* (fl. 8, grifei).

Por isso, argumenta, que *"[...] merece a correspondente atenuante penal, compensando-se integralmente a reincidência, conforme já decidido por este Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos"* (fl. 11).

Por fim, pondera, que *"[...] as instâncias ordinárias reconheceram que o Paciente era reincidente e fixaram o patamar de 1/4 (um quarto), sem qualquer fundamentação"* (fl. 12).

Requer, **liminarmente**, "*O CONHECIMENTO E A CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS para abrandar a pena para 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias, ou, não se atenuando a pena em razão da confissão, que seja a pena final decotada para 07 (sete) anos e 15 (quinze)*

dias" (fl. 13).

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), 08 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator