HABEAS CORPUS Nº 503.038 - SP (2019/0099012-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEANDRO JOSE OLIVEIRA GOMES (PRESO)
PACIENTE	:	EVELYN SERGIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO JOSÉ OLIVEIRA GOMES e EVELYN SÉRGIO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000468-66.2018.8.26.0540.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incursos nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06. Os paciente foram ainda absolvidos do crime de associação para o tráfico, com fundamento no art. 386, inciso VII,do Código de Processo Penal (fls. 327-332).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento aos recursos, em v. acórdão assim ementado:

> *"Apelações. Crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Sentença que condenou os réus pelo primeiro delito e os absolveu quanto ao segundo. Recursos da defesa e do Ministério Público. 1. Quadro probatório suficiente a evidenciar a responsabilidade penal dos acusados somente pelo crime de tráfico de drogas. 2. Não configuração de um quadro de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. 3. O delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06 reclama uma associação dotada de estabilidade, que não se confunde com o concurso de agentes.*

Panorama não configurado na hipótese. 4. Cenário incompatível com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06. 5. Sanção que comporta alguma alteração. Apelos desacolhidos" (fls. 22 e 447).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na elevação da pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal apenas pela quantidade de droga apreendida, bem com na negativa de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime menos gravoso e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que os pacientes sejam transferidos para o regime inicial benéfico permitido por lei. No mérito, pugna pela redução da pena fixada, reconhecendo a inexistência de circunstância judicial desfavorável, bem como a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime inicial mais benéfico e substituição da pena corporal 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.

Cotejando os autos, nos limites da cognição **in limine**, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do **fumus boni iuris**, não restando configurada, **de plano**, a flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência, devendo a **quaestio**, portanto, 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