HABEAS CORPUS Nº 516.104 - SP (2019/0174259-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	TARCISIO FERNANDO BLUMER TEIXEIRA LEITE
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MAYKON WILLIAM SILVA LAGARES (PRESO)
PACIENTE	:	PAULO RODRIGO PEREIRA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de pedido liminar, deduzido em sede de **habeas corpus**, impetrado em favor de **MAYKON WILLIAM SILVA LAGARES** e **PAULO RODRIGO PEREIRA DA SILVA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenado às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incursos nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento somente ao apelo de **MAYKON WILLIAM SILVA LAGARES**, apenas para reconhecer a atenuante da confissão, sem reflexos na pena, nos termos do acórdão juntado às fls. 11-19, com a seguinte ementa:

> *"APELAÇÃO - Tráfico de entorpecentes - Materialidade e autoria demonstradas - Réu surpreendido com 71 porções de cocaína - Confissão judicial amparada nas provas produzidas durante a instrução processual - Condenação de rigor.Recurso defensivo do corréu Maykon parcialmente provido apenas para reconhecimento da atenuante da confissão, sem reflexos na pena. Recurso do Ministério Público - Elevação da pena-base não acolhimento - Quantidade de drogas insuficientes a ensejar a exasperação pretendida - Exclusão do redutor do §4° do art. 33 de Lei 11.343/06 - Impossibilidade - Réu primário, sem antecedentes e ausência de elementos concretos de que se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização desta natureza - Recurso ministerial não provido."*

No presente **writ**, o impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da liminar, para a readequação do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls.2-10).

É o breve relatório.

Decido.

O 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. 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.

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.

Compulsando os autos, denota-se a presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar, a saber, **fumus boni iuris** (plausibilidade do direito alegado) e **periculum in mora** (iminência de constrangimento ilegal na liberdade ambulatorial).

No presente caso, denota-se que o regime mais gravoso foi estabelecido com lastro apenas na gravidade abstrata do delito, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

Assim, presentes os requisitos do **periculum in mora** e do **fumus**

boni iuris, concedo parcialmente a liminar e fixo o regime aberto aos paciente, para início de cumprimento da reprimenda, até o julgamento final deste **writ**.

As demais insurgência deverão ser apreciadas pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

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

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Comunique-se com urgência.

P. e I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator