HABEAS CORPUS Nº 516.118 - SP (2019/0174294-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DIEGO LOPES OLIVEIRA ALMAGRO E OUTRO
ADVOGADOS	:	JESSICA CAROLINE BALDAIA - SP359893
		DIEGO LOPES OLIVEIRA ALMAGRO - SP362793
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIOGO DOS SANTOS MENDES

DECISÃO

Trata-se de pedido liminar, deduzido em sede de **habeas corpus,** impetrado em favor de **DIOGO DOS SANTOS MENDES** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Depreende-se dos autos que, em primeira instância, o paciente foi absolvido da imputação como incurso nas sanções do artigo 2º, parágrafo 2º da Lei n. 12.850/2013.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para condenar o paciente às penas de **04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa**, por infração ao artigo 2º, parágrafos 2º e 3º, da Lei n. 12.850/2013, nos termos do acórdão juntado às fls. 15-37.

Contra o acórdão, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram parcialmente acollhidos, sem efeitos modificativos (fls. 38-46). Eis a ementa:

> *"EMBARGOS DECLARATORIOS - ESCLARECIMENTOS QUANTO À APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO - EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, sem efeito modificativo ao julgado. OMISSÃO NA FUNDAMENTAÇÃO - OCORRÊNCIA. Cabíveis os embargos para sanar omissão na fundamentação de aresto que não analisou, quando da aplicação da pena, a menoridade relativa do réu - Atenuante reconhecida. EMBARGOS DO CORRÉU MAXWELL PARCIALMENTEACOLHIDOS."*

No presente **writ**, o impetrante alega constrangimento ilegal, ao fundamento de que o Tribunal de origem deixou de efetivar a detração da pena,

para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da sanção, de modo que, com o **cômputo do tempo da prisão preventiva**, o paciente teria direito à cumprir regime menos gravoso.

Por fim, sustenta flagrante ilegalidade, em razão da determinação da execução provisória da pena, sem o exaurimento da prestação jurisdicional.

Requer, ao final, a concessão da liminar, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste **writ** (fls. 3-14).

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 semiaberto ao

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