

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.429 - SP (2019/0303291-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRICIO DOS SANTOS OLIVEIRA - SP419524
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO BATISTA DE MELO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de GILBERTO BATISTA DE MELO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0050015-90.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 583 dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas com causa de aumento), conforme sentença de fls. 18/22.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem que negou provimento ao recurso em acórdão de fls. 28/33.

No presente *mandamus*, a parte impetrante sustenta que o paciente faria jus à aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), pois trata-se de réu primário, com bons antecedentes e não há prova que se dedique a atividades criminosas.

Aduz que o regime prisional mais severo foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, o que viola as Súmulas 718 e 719 do STF e a Súmula 440 do STJ e, ainda, contraria o disposto no art. 33, § 2º, "c" e § 3º, do Código Penal, mencionando não haver fundamentação concreta para a manutenção do regime fechado.

Diz que também preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, II e III, do CP.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar de 2/3 (dois terços), a fixação de regime inicial menos

Superior Tribunal de Justiça

gravoso e a substituição da pena.

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, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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.

Confundindo-se com o mérito, a pretensão deve ser submetida à análise do órgão colegiado, oportunidade na qual poderá ser feito exame aprofundado das alegações relatadas após manifestação do *Parquet*.

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

Oficie-se à autoridade coatora, bem como ao juízo de primeiro grau a fim de solicitar-lhes as informações pertinentes, a serem prestadas, preferencialmente, por meio eletrônico, e o envio de senha para acesso ao processo no *site* do Tribunal, se for o caso.

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

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator