HABEAS CORPUS Nº 482.000 - SP (2018/0321887-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO
ADVOGADO	:	RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	A G (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A.G., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o *writ* na origem.

O acórdão do Tribunal *a quo* foi assim ementado (fl. 36):

> *Habeas corpus.*
>
> *Possibilidade de indeferimento liminar pela Turma Julgadora - Interpretação a que conduzem o artigo 93, inciso XV da Constituição Federal, o artigo 663 do Código de Processo Penal e o artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*
>
> *A tese de que à sentença faltou motivação idônea não é acolhida por restar ao desabrigo da leitura daquele julgado.*
>
> *Impugnação a sentença condenatória recorrível, objetivando o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade - Hipótese em que nada existe para justificar a alteração da situação de preso do condenado - Réu preso a quem a sentença condenatória impôs pena de reclusão em regime fechado pode ser mantido custodiado ainda que recorra - Ademais, no caso presente este Tribunal já reconheceu a necessidade da prisão.*
>
> *Habeas corpus como substitutivo de apelação - Não cabimento em hipótese na qual a decisão pretendida necessita de exame de prova - A escolha da pena depende da produção de prova - Impropriedade do mandamus.*
>
> *Writ denegado.*

O impetrante argumenta, em suma, ausência de fundamentação na sentença para denegar o direito de recorrer em liberdade e constrangimento ilegal quanto à fixação do regime fechado para início da execução provisória, requerendo, liminarmente e no mérito, que seja possibilitado ao paciente recorrer em liberdade ou, subsidiariamente, a alteração para o regime semiaberto.

O paciente foi condenado à pena de quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado, por ofensa ao art. 213, *caput*, do Código Penal, sendo-lhe denegado recorrer em liberdade.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas às fls. 52/75.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

Na origem, o recurso de apelação interposto pela defesa foi incluído na pauta de julgamento do dia 28/2/2019, conforme informações obtidas com o gabinete do Desembargador relator, via contato telefônico, em 11/2/2019.

É o relatório.

DECIDO.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

Expôs a sentença (fl. 30 - com destaque):

> *[...].Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu ADAIR GONÇALVES, já qualificado nos autos, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 213, "caput" do Código Penal.*
>
> *O réu permaneceu preso durante toda a instrução* ***e, inalterada a situação de fato, inexiste razão para a revogação da prisão preventiva****, motivo pelo qual nego ao réu o direito de apelar em liberdade.[...].*

Por sua vez, dispôs o decreto preventivo (fls. 55/56):

> *[...].Há indícios de autoria, não só em razão do flagrante, mas também pelos depoimentos que constam nessa fase inicial do inquérito policial, onde constata-se que o indiciado foi detido, supostamente logo após tentar praticar o delito.*
>
> *Não é caso de prisão domiciliar, pois não se encontra o acusado nas hipóteses do artigo 318, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 12.403/11, pois o delito tem classificação doutrinária como delito comum, material e instantâneo e com pena máxima superior a 04 (quatro) anos.*
>
> *Além disso, a manutenção da prisão é necessária por conveniência da instrução criminal, para evitar qualquer tipo de distorção da prova a ser produzida na forma de pressão ou ameaças para a vítima. Trata-se de delito onde a palavra da vitima assume capital importância.*
>
> *Ressalto que pela natureza do delito, as circunstâncias que ocorreu, e por tratar-se de delito hediondo, impede que o acusado se beneficie de qualquer uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal ou liberdade sem fiança.*
>
> *Nesses termos, de acordo com o artigo 310, inciso II, do*

Código de Processo Penal, por estarem presentes os requisitos dos artigos 311, 312 e 313, inciso II, todos do Código de Processo Penal, com a nova redação da Lei 12.403/11, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE ADAIR GONÇALVES em PRISÃO PREVENTIVA.[...].

Como se vê, o decreto prisional, reportado pela sentença, apontou a gravidade abstrata do crime de estupro para justificar a segregação, ressaltando a existência de indícios de autoria e afirmando ser necessária a manutenção da prisão, por conveniência da instrução criminal, para evitar qualquer tipo de distorção da prova a ser produzida na forma de pressão ou ameaças para a vítima, não destacando, porém, quais ameaças foram feitas pelo paciente.

Logo, não há indicação de circunstâncias que concretamente demonstrem a necessidade da medida cautelar mais gravosa.

Cumpre observar, ainda, que o decreto prisional nada aponta acerca da existência de um eventual histórico delitivo em desfavor do réu, ora paciente, ou mesmo outras circunstâncias gravosas que pudessem justificar a segregação cautelar, permitindo-se concluir que não foi apresentada fundamentação idônea à sua decretação.

No tocante ao regime prisional arbitrado, assim se manifestou o Juízo de 1º Grau na sentença (fls. 30/31 - com destaques):

[...]. Passo à dosimetria da pena.

Em primeira fase, as circunstâncias do delito merecem maior reprovabilidade, tendo em vista a menoridade da vítima, as conseqüências do delito se apresentam mais elevadas, em razão de tratar-se de pessoa em desenvolvimento. Assim, uma vez que o órgão acusador deixou de capitular o delito na forma qualificada, utilizo a circunstância para a majoração da pena em primeira fase, em 1/3, do que resulta a pena de 08 anos de reclusão.

Não há circunstâncias a considerar em segunda fase.

Em terceira fase, incide a causa de diminuição de pena relativa à tentativa. Considerando o iter criminis percorrido, reduzo a pena em 1/2 e fixo-a definitivamente em 04 anos de reclusão.

Tendo em vista as circunstâncias desfavoráveis e a natureza hedionda do delito, com fundamento no art. 33, § 3º do CP e art. 2º, § 1º da Lei n° 8.072/90, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu ADAIR GONÇALVES, já qualificado nos autos, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 213, "caput" do Código Penal.

O réu permaneceu preso durante toda a instrução e,

> *inalterada a situação de fato, inexiste razão para a revogação da prisão preventiva, motivo pelo qual nego ao réu o direito de apelar em liberdade.*
>
> *Não há nos autos elementos suficientes para os fins do § 2° do art. 387 do Código de Processo Penal, de forma que a viabilidade da detração e eventual progressão deverá ser analisada pelo Juízo da Execução Competente, sem prejuízo da imediata expedição de Guia de Recolhimento Provisória. Ressalto que a aplicação do citado dispositivo legal só é possível nos casos em que o regime inicial é fixado exclusivamente tendo em conta o montante de pena aplicado, o que não é o caso dos autos. Acrescento que permanece vigente o sistema progressivo de cumprimento de pena, o qual se pauta, para além da pena cumprida, no mérito do condenado, circunstância subjetiva que só pode ser aferida pelo juízo da execução.[...]*

Como se vê, valeu-se a juíza singular de circunstância especial no caso – menoridade da vítima – para majorar a pena-base em 1/3, fixando-a, nesta primeira fase, em oito anos de reclusão. Todavia, na terceira e última fase, pela tentativa – art. 14, II, do Código Penal –, diminuiu a reprimenda pela metade, arbitrando-a, definitivamente, em quatro anos.

A Terceira Seção deste Tribunal entende ser possível, *desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso* (*HC* n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na hipótese, estabelecida a pena final em 4 anos de reclusão, o regime inicial correspondente seria o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal. Porém, havendo motivação concreta – menoridade da vítima –, o regime imediatamente mais gravoso é o semiaberto – alínea *b* do dispositivo citado –, e não o fechado, como fixado na sentença. A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RAZOABILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ART. 44, I, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL*

IMPROVIDO.

[...]

4. A existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a imposição de regime imediatamente mais gravoso do que previsto para o quantum de pena aplicado.

[...]

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 723.077/SP, por mim relatado, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016.)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena e para a soltura do paciente, A.G., o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator