HABEAS CORPUS Nº 494.969 - SP (2019/0053749-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	VERA ELISETE VERA LIVERO
ADVOGADO	:	VERA ELISETE VERA LIVERO - SP139009
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	J H DE O P (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido de liminar impetrado em favor de J. H. de O. P., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC n. 2161941-95.2018.8.26.0000.

O paciente teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva, em 26/7/2018, pela suposta prática do delito tipificado no art. 218-B, §1º e §2º, II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, pleiteando a revogação da prisão preventiva do paciente. A ordem foi denegada em acórdão que restou assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. Pretendida revogação da prisão cautelar. Inviabilidade. Decisão fundamentada na gravidade concreta do ato, preenchendo os requisitos do CPP, art. 282, II e 312. Alegação de possível fixação de regime menos gravoso que demandam aprofundada análise do acervo probatório inviável nesta estreita via do writ. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada"* (fl. 137).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão de que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está baseada *"na gravidade em abstrato do delito e não na existência de fundamento cautelar"* (fl. 6).

Argumenta que "*caso o Paciente seja condenado, levando em consideração seus bons antecedentes, a pena será fixada em seu patamar mínimo, de 04 (quatro) anos de reclusão, cujo cumprimento se dará em regime aberto, nos exatos termos do art. 33, inciso II, alínea "c""* (fl. 9).

Pondera que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva do paciente.

Liminar indeferida às fls. 304-305.

Informações prestadas às fls. 308-329 e 330-351.

O Ministério Público Federal, às fls. 354-355, manifestou pela prejudicialidade do **habeas corpus** pela perda do objeto, em parecer assim ementado:

> *"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. NOVO TÍTULO JUDICIAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. A sentença condenatória constitui, agora, novo título judicial a embasar a prisão cautelar, o que torna prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva decretada anteriormente, devendo os seus fundamentos serem submetidos à análise do Tribunal de origem antes de serem apreciados nessa Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. PARECER DO MPF NO SENTIDO DE QUE O HABEAS CORPUS SEJA TIDO POR PREJUDICADO ANTE A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO"* (fl. 324).

É o relatório. **Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Primeiramente, cumpre registrar que o **Parquet** Federal manifestou-se nos autos pela prejudicialidade do **writ**, a partir dos seguintes fundamentos:

"O feito perdeu o objeto, uma vez que, de acordo com as informações constantes no portal do Tribunal do Justiça do Estado de São Paulo, foi proferida sentença nos autos da Ação Penal n°

1500470-74.2018.8.26.0244, em 28/3/2019, a qual condenou paciente à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, estes fixados no mínimo legal, por infração ao artigo 218-B, §§ Iº e 2º, II, do Código Penal.

O decreto condenatório constitui novo título judicial a embasar a prisão cautelar, o que torna prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva decretada anteriormente" (fl. 355).

Contudo, diversamente do entendimento ministerial, penso que tal **decisum** não tem o condão de prejudicar o presente **habeas corpus**, porquanto o novo título judicial manteve a fundamentação do decreto de prisão preventiva, consoante se vê, **in verbis**:

"[...]

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal para condenar J. H. DE O. P., ao cumprimento de cinco anos e quatro meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, estes fixados no mínimo legal, por infração ao artigo 218-B, §§ Iº e 2º, II, do Código Penal.

[...]fixo o regime fechado para o início de cumprimento de pena (CP, 33, §§ 2º, "a", e 3º).

[...]

Mantendo-se hígidos - e corroborados pela presente sentença condenatória, de cognição exauriente - os fundamentos que determinaram a prisão do réu, para garantia da ordem pública, ele não poderá recorrer em liberdade, deverá ser recomendado na prisão em que se encontra" (grifei).

Convém ressaltar que este colegiado tem entendido que a superveniência de novo título judicial, por si só, não tem o condão de prejudicar o recurso se mantidos os fundamentos da segregação cautelar constantes do decreto prisional.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

> *"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA (5 ANOS E 4 MESES EM REGIME SEMIABERTO). NEGADO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. MODUS OPERANDI. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ADEQUAR A PRISÃO AO*

REGIME FIXADO.

[...]

*III - **Lado outro, na linha da jurisprudência desta Corte, a superveniência de novo título prisional (sentença condenatória) somente prejudica o anterior se forem agregados novos fundamentos para a manutenção da segregação cautelar, fato inocorrente na espécie**.*

IV - Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os recorrentes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória. Recurso ordinário desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar que os recorrentes aguardem o trânsito em julgado das condenações no regime semiaberto" (RHC n. 60.033/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/4/2016, grifei).

Importante ressaltar, ainda, que não há que se falar que a prisão preventiva decretada careceria de fundamentação idônea, devendo-se consignar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta Corte Superior: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame.

Na hipótese, cumpre trazer a lume o que consta na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, **in verbis**:

> *"[...]Com efeito, o delito se reveste de inegável gravidade concreta, pois praticado contra adolescente que, ademais, procurou dissimular inicialmente sua condição, conforme relatado pelos policiais civis.* ***Segundo consta nos autos, Policiais Civis receberam denúncia anônima dando conta de que menores de idade estariam se prostituindo no local conhecido como "Fênix Drinks Bar".*** *Ao lá chegarem, foram recebidos pelo averiguado J., o qual é o responsável pelo estabelecimento (há pelo menos seis meses, conforme por ele próprio mencionado nestes autos), ocasião em que observaram a vítima D.C.F., que estava em um banheiro. Indagada à vítima o que estaria fazendo naquele local,* ***ela respondeu que iria fazer "programa", sendo, entretanto, maior de idade. Ocorre que, a caminho da Delegacia, a vítima D.C.F. acabou por contar aos Policiais que era menor de idade, possuindo 16 anos (fls. 2)****. A testemunha R., ouvida perante a Autoridade Policial, relatou que costuma freqüentar o local para fazer programas, bem como que a vítima D.C.F. também faz programas naquele local. A testemunha supracitada ainda relatou que é cobrada a quantia de R$ 150 (cento e cinqüenta reais) por programa, mas que cada garota recebe R$ 100,00 (cem reais), sendo que o estabelecimento fica com o restante do valor (fls. 5). Em suas declarações perante a Autoridade Policial, a vítima D.C.F. disse que veio para esta cidade a convite de amigas, sem o conhecimento de sua genitora, para fazer "programas"* (fls. 48-50).

Da análise dos excertos acima colacionados, verifica-se que a r. decisão reprochada evidenciou, de maneira inconteste, lastreada em **dados concretos extraídos dos autos**, a justificativa da prisão cautelar imposta ao paciente, em razão da necessidade de acautelamento **da ordem pública** e **da instrução criminal**, notadamente a forma pela qual o delito foi em tese cometido o que denota a periculosidade do agente .

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E* ***FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE.*** *FALTA DE ACESSO DA DEFESA AO PROCESSO. MEDIDA OBTIDA APENAS QUANDO DA IMPETRAÇÃO DO WRIT ORIGINÁRIO. DETERMINAÇÃO DE LIBERAÇÃO DOS AUTOS AO ADVOGADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.*

1. Nos termos do verbete 14 da Súmula Vinculante, constitui "direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

2. Na espécie, em momento algum foi negado à defesa o acesso à integra da ação penal, sendo certo que eventuais entraves burocráticos para a obtenção de senha ou cadastro no sistema não configuram cerceamento do direito de defesa, especialmente quando comprovado que o Juízo foi diligente e determinou todas a providências necessárias para o ingresso do advogado no processo eletrônico, exatamente como na hipótese em apreço.

PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI.

PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU IDOSO QUE OFERECIA DINHEIRO E OUTROS AGRADOS À VÍTIMA E A OUTRAS CRIANÇAS PARA COMPARECEREM EM SUA RESIDÊNCIA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA. ***1. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, dada a periculosidade social do agente envolvido, bem demonstrada pelas circunstâncias e motivos que o levaram à prática criminosa, e pelo risco concreto de reiteração delitiva. 2. Caso em que o recorrente, após dar pequenas quantias em dinheiro, além de balas e doces, à vítima e outras menores, falou à ofendida, à época com 9 (nove) anos de idade, que se ela fosse à sua casa lhe daria mais valores, tendo ela posteriormente comparecido ao local, ocasião em que a estuprou e, em seguida, pagou pelo ato sexual, entregando-lhe R$ 50,00 (cinquenta reais), o que revela a potencialidade lesiva dos ilícitos que lhe foram assestados e a sua real periculosidade social, havendo risco concreto de continuidade no cometimento de infrações penais contra crianças e adolescentes.***

3. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, revogarem a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da medida extrema. 4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que providências menos gravosas não seriam

suficientes para garantir a ordem pública.

CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR AO ACUSADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A almejada concessão de prisão domiciliar ao recorrente não foi alvo de deliberação pela Corte de origem no acórdão impugnado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido" (RHC 93.419/SC, **Quinta turma,** Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 19/12/2018-grifei.)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA PRESENTE VIA. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Para a decretação da custódia cautelar exigem-se indícios suficientes de autoria e não a prova cabal desta, o que somente poderá ser verificado em eventual decisum condenatório, após a devida instrução dos autos. Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias entenderam haver indícios suficientes de autoria para a decretação da prisão preventiva. Concluir em sentido contrário, contudo, demandaria extenso revolvimento fático-probatório, procedimento vedado nesta via recursal.

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, notadamente se considerada a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi da conduta supostamente praticada, consistente em atrair e induzir adolescentes, com exploração sexual, atingindo, principalmente, a fragilidade

emocional das vítimas para a satisfação de sua lascívia, circunstâncias aptas a justificar a imposição da medida extrema para a garantia da ordem pública. (Precedentes).

IV - Ademais, o decreto prisional também encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, uma vez que o ora recorrente já foi preso em 2014, por delitos de mesma natureza, tendo o d. magistrado consignado que o recorrente "praticava tais fatos há certo tempo", circunstâncias revelam a probabilidade de condutas tidas por delituosas e justificam a imposição da medida extrema em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. (Precedentes).

V - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. Precedentes.

VI - In casu, verifica-se que, apesar do atraso na instrução criminal, ele se justifica, em razão complexidade do feito, evidenciada pela necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de vítimas e testemunha, sendo que a audiência já foi designada para o dia 31/10/2018, e considerando, ainda, que a defesa também contribuiu para o atraso, pois requereu a substituição de testemunhas, em audiência realizada no dia 19/03/2018, contudo houve demora da defesa para a apresentação do novo rol, sem qualquer elemento, portanto, que evidenciasse a desídia do aparelho judiciário na condução do feito, o que não permite a conclusão, ao menos por ora, da configuração de constrangimento ilegal passível de ser sanado pela presente via.

VII - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido." (RHC 100.175/RR, **Quinta turma,** Rel. **Minha Relatoria**, DJe 17/10/2018-grifei)

Deve-se ressaltar, por último, que a presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas

cautelares diversas da prisão.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus**.

P.I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator