

HABEAS CORPUS Nº 567.555 - SP (2020/0071546-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : WILLIAM KIMURA FERRETTI E OUTRO
ADVOGADOS : WILLIAM KIMURA FERRETTI - SP414819
THIAGO MALUF - SP425506
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A C E (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de A C E, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e teve a prisão convertida em preventiva pela suposta prática do crime previsto no art. 217-A, c.c. art. 226, inciso II, do Código Penal (fl. 47).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, com vistas à revogação da prisão preventiva. A ordem, por seu turno, foi denegada, em. v. Acórdão, de fls. 46-53, conforme ementa, in verbis:

"Habeas Corpus - Estupro de vulnerável. Pretensão de revogação da prisão preventiva - Impossibilidade - Presença dos requisitos da custódia cautelar - Despacho suficientemente fundamentado - Provas da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Predicados pessoais que não socorrem o Paciente, incurso, em tese, em crime hediondo, tendo sua custódia decretada com vistas à garantia ordem pública, garantia da instrução criminal e aplicação da lei penal. Inviabilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, por insuficiência, inadequação e desproporcionalidade aos fatos tratados nos autos principais.

Ordem denegada" (fl. 47).

Daí o presente **mandamus**, no qual os impetrantes alegam a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação da segregação cautelar.

Superior Tribunal de Justiça

Argumentam que: *"É notório o decreto da Organização Mundial de Saúde de pandemia decorrente do alastramento do vírus denominado COVID-19, ou, coronavirus, o que tem levado à adoção de inúmeras precauções sanitárias e repercussões seja em âmbito municipal, estatal ou federal. "(fl. 04) De modo que "As recomendações aos magistrados, com competência para fase de conhecimento criminal, são para reavaliação das prisões provisórias, nos termos do artigo 316, do Código Penal, com algumas prioridades." (fl. 05).*

Ponderam que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis e a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Requerem a revogação da prisão preventiva do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 56-58.

As informações foram prestadas às fls. 66-80.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 83-92, pelo não conhecimento da ordem, em parecer que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

O writ não pode ser examinado, visto que impetrado contra acórdão denegatório de habeas corpus originário, em indevida substituição ao recurso ordinário constitucional cabível, nos termos do art. 105, II, "a", da CF/88.

Diversamente do que ficou consignado na impetração, o v. Acórdão impugnado está devidamente fundamentado, porquanto aponta os motivos pelos quais entende o Tribunal a quo, coonestando o decisum singular, ser necessária a manutenção da prisão do Paciente, sobretudo para a garantia da ordem pública, tendo em conta a periculosidade evidenciada pela completa ausência de escrúpulos e despudor, ao vitimar a

neta de 6 (seis) anos de idade de sua companheira, ponderando-se, ainda, sobre a necessidade de cessar os abusos praticados no ambiente doméstico.

Parecer pelo não conhecimento da impetração" (fl. 83).

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**.

A Defesa pretende, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente.

Cumprе ressaltar 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**, Rel^a. Min^a. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **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.

Reproduzo, para delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão cautelar, **in verbis**:

"Imputa-se ao autuado A C E a prática de crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, segundo nota de culpa. Flagrante formal e substancialmente em ordem. As informações dos documentos que compõem a comunicação dão conta da ocorrência do delito de estupro de vulnerável, havendo prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. Isto porque, ressaí da prova oral coligida nos autos que o custodiado foi surpreendido abusando sexualmente da ofendida, criança de apenas seis anos de idade. Perante a autoridade policial, a testemunha J relatou, de forma cristalina e firme, que surpreendeu o indiciado com sua filha J sentada no colo, acariciando a vagina dela com a mão sobre o short. Aduziu que indagou à sua filha o que tinha ocorrido, e ela falou que "C estava fazendo carinho no seu negócio de fazer xixi", apontando para sua genitália. Acrescentou que sua outra filha de nome J, com oito anos de idade, informou que o indiciado também a teria convidado para sentar em seu colo, mas a menor não aceitou. Falou que juntamente com suas duas filhas (06 e 08 anos de idade) e sua genitora, residem em uma casa nos fundos do terreno, e o indiciado em uma casa na parte da frente. Mencionou, ainda, que o indiciado é namorado de sua genitora. Asseverou que não havia se desentendido com o indiciado e de forma enfática registra por várias vezes em seu depoimento que tem certeza do que viu. Por sua vez, o custodiado negou os fatos lhe atribuídos no presente auto de prisão em flagrante. Pois bem, o autuado foi preso em regular flagrante, cometeu, em tese, crime considerado de extrema gravidade, que nos termos atuais constitui uma das ações criminosas que mais conturba a normalidade da vida coletiva e tem levado à intranquilidade a população, em especial por afrontar o direito sagrado de correta formação de uma criança, devido aos indiscutíveis abalos psicológicos que carregará por toda sua vida.

[...]

Registro, ainda, que vítima, testemunhas e indiciado residem no mesmo terreno, que conta com duas casas, circunstância que bem demonstra que poderá o indiciado influir de forma ilegal no animo da ofendida e testemunhas durante a colheita de futuros depoimentos, razão pela qual a necessidade da prisão preventiva é de rigor. Dessa forma presentes os requisitos da decretação da prisão preventiva e assim por todo o exposto, com fundamento nos artigos 310, II e 312, ambos do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante de A C E, em preventiva".

Da leitura dos trechos acima transcritos, tenho que a r. decisão

que decretou a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada em **dados concretos extraídos dos autos**, e evidenciou a justificativa da prisão cautelar imposta, em razão da necessidade de acautelamento **da ordem pública**, notadamente em razão do **modus operandi** empregado, que revela a **periculosidade do agente** e a **gravidade concreta** da conduta, tendo em vista que **o paciente foi surpreendido "abusando sexualmente da ofendida, criança de apenas seis anos de idade. Perante a autoridade policial, a testemunha J relatou, de forma cristalina e firme, que surpreendeu o indiciado com sua filha J sentada no colo, acariciando a vagina dela com a mão sobre o short"**, aproveitando-se, portanto, o paciente, da **relação de confiança** havida entre familiares, já que era namorado da avó da criança, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, tudo a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema.

Colaciono, oportunamente, os seguintes julgados desta eg. Corte que corroboram tal entendimento:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE. VÍTIMA SOBRINHA DO AGENTE. ABUSO DE CONFIANÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - 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.

III - Da leitura da r. decisão que decretou a prisão preventiva depreende-se que se encontra devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, além de evidenciar a justificativa da cautelar imposta, em razão da necessidade de acautelamento da ordem pública, notadamente em razão do modus operandi empregado, a revelar a periculosidade do agente e a gravidade concreta da conduta, tendo em vista que o paciente praticou o delito de estupro de vulnerável contra sua própria sobrinha, menor com 11 (onze) anos de idade, aproveitando-se de momento em que estava sozinho com a ofendida na residência da avó da menor, portanto, abusando da relação de confiança havida entre familiares, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, tudo a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema. Precedentes.

IV - Conforme iterativa jurisprudência desta Corte Superior 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. V - Deve-se ressaltar, ainda, que, in casu, não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Habeas corpus não conhecido." (HC 542.697/SP, Quinta turma, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), DJe 02/12/2019-grifei.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO AGREGA FUNDAMENTOS AO DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE DO DELITO. MODUS OPERANDI. VÍTIMA DE APENAS 9 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AMEAÇA À VÍTIMA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INALTERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DA MEDIDA

EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o habeas corpus - assim como o recurso ordinário dele decorrente - em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. A custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

3. **A prisão cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, que demonstraram, com base em elementos concretos, a periculosidade do recorrente e a gravidade dos delitos, evidenciadas pelo modus operandi da conduta criminosa - aproveitando-se da relação de confiança estabelecida com a vítima (com apenas 9 anos de idade), o recorrente, conhecido da família, teria convidado a menina a sentar em seu colo, momento em que teria inserido seu dedo no ânus da vítima, causando-lhe desconforto e dor. Teria, ainda, proferido ameaças de morte à mãe da menina caso denunciasse os fatos ali ocorridos, recomendando-se a prisão cautelar a fim de resguardar a integridade física e psicológica da vítima, a qual resta devidamente fundamentada na garantia da ordem pública.**

4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública.

5. Tendo o recorrente permanecido preso durante grande parte do processo, não deve ser permitido o recurso em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em primeiro grau.

6. **Recurso desprovido.**" (RHC 109.650/BA, **Quinta turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 12/11/2019-grifei.)

Ressalte-se, oportunamente, 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**.

Deve-se ressaltar, ainda, que, **in casu**, não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

No que concerne à alegação de que deve ser revogada a prisão preventiva do ora paciente, em razão do elevado risco de infecção pelo novo coronavírus em locais com aglomeração de pessoas, verifica-se que a insurgência sequer foi analisada pelas instâncias precedentes, ficando esta Corte Superior impedida de analisar o tema sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

Contudo, em razão da situação de emergência na saúde pública, ocasionada pela pandemia do COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - editou a Recomendação n. 62/2020, visando à prevenção da disseminação da infecção causada pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

No que concerne às prisões preventivas, assim orientou o CNJ:

*"Art. 4º **Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal** que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:*

*I – a **reavaliação das prisões provisórias**, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, **priorizando-se**:*

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou

Superior Tribunal de Justiça

que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; "

Dessarte, vislumbro, na espécie, a presença dos **requisitos autorizadores** da concessão de ofício, a saber, **fumus boni iuris** (plausibilidade do direito alegado) e **periculum in mora** (iminência de constrangimento ilegal na liberdade ambulatorial) e **entendo que a prisão do ora paciente deve ser imediatamente reavaliada pelo magistrado condutor da ação penal**, a qual se encontra tramitando em primeira instância.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para que o d. juízo de primeiro grau **reavalie, de imediato, a prisão preventiva do ora paciente**, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, bem como do art. 4º da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, com posterior comunicação a este Tribunal Superior.

P.I.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator