

HABEAS CORPUS 152.491 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S) :
IMPTE.(S) :
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 413.829 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO. DIREITO DE RECORREREM LIBERDADE. REGIME INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Não cabe *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional.
2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.
3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada.
4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

HC 152491 / SP

assim ementado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTORSÃO. CONDENAÇÃO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PARA O SEMIABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS CONCRETOS. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO A TODA A AÇÃO PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. PREJUDICADO O PEDIDO DE EXTENSÃO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não tendo o pedido de fixação do regime inicialmente semiaberto de cumprimento da pena sido apreciado pelo órgão colegiado da Corte a quo, não pode ser objeto de exame por este Tribunal, por configurar supressão de instância.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias ressaltaram a

periculosidade dos acusados e a gravidade concreta no cometimento do delito, no qual o paciente e corréu, ambos transsexuais, praticaram extorsão, com o uso de arma branca (faca), contra vítima que as deixara entrar em seu carro com intuito de praticar um programa sexual, tendo esta sua liberdade restrita e sendo obrigada, sob ameaças de morte, a entregar todo seu dinheiro e dirigir-se a um caixa eletrônico para sacar mais.

5. Tendo em vista que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, bem como que o paciente respondeu preso a toda a ação penal, seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade.

6. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

7. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

8. Ordem não conhecida. Prejudicado o pedido de extensão.”

2. Extraí-se dos autos que XXXXX – conhecido como XXXX –, preso desde 29.12.2016, foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime previsto no artigo 158, § 3º, do Código Penal, vedado o direito de recorrer em liberdade.

3. Na sequência, foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Denegada a ordem, sobreveio a impetração de HC no Superior Tribunal de Justiça, não conhecido.

4. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante sustenta a possibilidade, no caso, da fixação de regime inicial mais brando. Alega,

HC 152491 / SP

ainda, a ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar. Destaca, por fim, que o paciente – *“travesti”* – *“está presa em penitenciária masculina, sofrendo todo o tipo de influências psicológicas, e corporais”*.

5. Com essa argumentação requer a concessão da ordem a fim de assegurar o direito do paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta no Tribunal Estadual. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto, ou, ainda, *“em caso de rejeição de todos os pedidos - seja determinada a Secretaria de Administração Penitenciária, que, transfira a paciente para local adequado, posto que ela, a despeito de sua opção sexual, está presa em uma cela com 31 homens, quando a capacidade é apenas 12”*.

Decido.

6. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade do uso da ação de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal (v.g HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, e HC 104.045, Rel.^a Min.^a Rosa Weber). De modo que o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por inadequação da via eleita.

7. Por outro lado, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime, evidenciada pela periculosidade do agente, justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública (vg. HC 141.170-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 140.215-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 132.220, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RHC 138.369, Rel. Min. Gilmar Mendes).

8. No caso de que se trata, tal como assentou o Juízo de origem, *“Os acusados atuam em conjunto e já estiveram envolvido em entrevero*

HC 152491 / SP

de semelhante natureza. São transexuais e se valem dos programas que realizam para obter sustento. Contudo, no presente caso, se valeram de grave ameaça exercida com emprego de arma branca para angariar mais recursos do que o inicialmente combinado. A repetição de condutas delituosas pelos acusados, evidencia personalidade distorcida por inclinação irreversível para o crime. E, nesse sentido, sua segregação cautelar é medida que se impõe para a garantia da ordem pública”.

9. Quanto ao mais, verifico que o Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando, tendo em vista que *“a questão não foi submetida ao crivo da Corte a quo”*. O que impede o imediato exame da matéria por este Tribunal, sob pena de dupla supressão de instâncias. Ademais, colhe-se da sentença que as circunstâncias judiciais não foram plenamente favoráveis ao acionante, a autorizar, em princípio, o regime prisional mais gravoso.

10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.

11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao *habeas corpus*. **Contudo, concedo a ordem de ofício** para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente XXXXXX (nome social XXXX) e o corréu XXXX (nome social XXXX) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais.

Publique-se.

Comunique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2018.

HC 152491 / SP

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Documento assinado digitalmente