

**PODER JUDICIÁRIO**
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

32

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0569516-07.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA e Impetrante MICHAEL MARY NOLAN.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS, TÃO SOMENTE PARA ASSEGURAR AO PACIENTE DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA, INDÍGENA DA ETNIA PANKARARÉ, QUE PERMANEÇA, DURANTE O TRÂMITE DO RECURSO DE APELAÇÃO, RECOLHIDO JUNTO À ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO MAIS PRÓXIMO DE SUA ALDEIA OU RESIDÊNCIA, DENEGANDO-SE A IMPETRAÇÃO, QUANTO AO MAIS. V.U.

SUSTENTOU ORALMENTE O DR. GUILHERME MADI REZENDE E FEZ USO DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA, DR. PAULO JURICIC."; de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 15 de março de 2011.

BORGES PEREIRA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS nº 990.10.569516-7

COMARCA: SÃO PAULO

IMPETRANTE: MICHAEL MARY NOLAN

PACIENTE: DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA

Voto nº 13.703

Habeas Corpus – Pleito visando a alteração da pena e do regime prisional fixados na sentença, bem como o direito de apelar em liberdade – Fundamentação da r. sentença que se encontra suficiente para manutenção do paciente em regime mais rigoroso, conforme estipulado no r. *decisum* – Pena e regime prisional que, para serem alterados necessitam da análise de múltiplos fatores, o que se afigura inviável nos estritos lindes do remédio heróico, que não se constitui em sucedâneo de recurso cabível – Apelo em regime de semiliberdade – Possibilidade – Réu primário, sem antecedentes, que agiu com dolo normal à espécie, que é indígena da etnia pankararé – Exegese do disposto no artigo 56, parágrafo único da lei nº 6.001/73 – Ordem parcialmente concedida, tão somente para assegurar ao paciente DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA, indígena da etnia Pankararé, que permaneça, durante o trâmite do recurso de apelação, recolhido junto à órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua aldeia ou residência, denegando-se a impetração, quanto ao mais.

A Advogada **Dra. MICHAEL MARY NOLAN** impetra o presente "*habeas corpus*", com pedido de liminar, em benefício de **DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA** apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 30ª Vara criminal da Comarca da Capital.

Argumenta a D. impetrante, em síntese, que o paciente foi preso em 02 de abril de 2010, por suposta prática



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

delito de roubo duplamente qualificado. Aduz que a D. Autoridade apontada como coatora condenou o ora paciente ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado, vedado o apelo em liberdade. Assinala o direito à vida em comunidade. Pretende se reconheça que não foi aplicada a redução prevista no "caput", e seja concedido ao paciente o direito de cumprir sua pena em regime semiaberto, no Posto Indígena da FUNAI na Terra indígena Brejo dos Burgos, Bahia, bem como seja concedido ao réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

A liminar foi indeferida (fls. 48/50), a D. autoridade coatora prestou informações às fls. 53, e a D. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 56/70, opinou pelo conhecimento parcial da impetração e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

RELATADOS.

Consta dos autos, que o ora paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por incurso no artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal.

Pretende o D. impetrante, via o presente remédio heróico, a concessão da ordem, a fim de que seja fixado regime prisional menos rigoroso, seja possibilitado o apelo em liberdade, bem como seja reduzida a pena que lhe foi imposta.

A via eleita inviabiliza o enfrentamento das pretensões de alteração de pena e regime gizadas pela combativa impetrante. Isto porque, para que o paciente tenha alterado o regime de cumprimento de pena imposto, há a necessidade da análise aprofundada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

elementos de prova, inclusive acerca do preenchimento pelo sentenciado dos requisitos subjetivo e objetivo, o que se mostra inviável, nos estreitos limites do *writ*.

É sabido que, tanto a imposição da pena como do regime para início do cumprimento da reprimenda fixada por ocasião da condenação, abrange a análise de múltiplos fatores, não só o *quantum* fixado e as circunstâncias judiciais. Há de se considerar, também, as circunstâncias do crime e sua gravidade *in concreto*, elementos que serão avaliados, com profundidade, na cognição abrangente do competente recurso de apelação.

Conforme já decidiu esta Colenda Corte:

"O habeas corpus não é o instrumento adequado para amparar a pretensão do paciente, qual seja, a mudança do regime de cumprimento de pena, fixado em sentença, do inicial fechado para o semi-aberto, não sendo, tampouco, remédio para todos os males, não podendo, assim, fazer as vezes de recurso específico (apelação)" (HC nº 990.08.005966-1, 14ª Câmara Criminal, Rel. Sergio Ribas, julgado em 04.09.08, VU).

O inconformismo tal como deduzido nestes autos admite recurso próprio e, por isso, não pode ser conhecido nesta estreita via.

Assim já decidia o extinto Egrégio Tribunal de Alçada Criminal:

"HABEAS CORPUS - Modificação de regime prisional - Via inadequada: O "Habeas Corpus" não se presta para modificar regime prisional fixado em sentença, o que só pode ser objeto de recurso próprio". (HC nº 270.350/6, 22/02/1995, 6ª Câmara, rel. Nicolino Del Sasso, RJDTACRIM 26/222).

É bem verdade que a Jurisprudência tem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

admitido a utilização do *habeas corpus* quando a fixação de regime gravoso para o cumprimento de pena se mostra injustificada e, portanto, caracterizadora de constrangimento ilegal (STJ – HC 48599/SP; Habeas Corpus 2005/0165617-3 Relator Ministro Feliz Fisher (1109), Órgão Julgador T5 - Quinta Turma – Data do julgamento 25/04/2006 – Data da Publicação/Fonte DJ 29.05.2006, p.273).

Todavia, tal situação deve estar patente nos autos, o que não ocorre no caso presente.

Aqui, o pedido, nos termos em que formulado, pede a análise de circunstâncias pessoais e meritórias do condenado em nível não admitido em sede de *habeas corpus*.

E, no caso trazido a julgamento, de se verificar que, o MM. Juiz de 1º Grau ao dosar a pena, levou em conta os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, intensidade do dolo, bem como as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. Anotou também, a incidência das qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, o que resultou em uma majoração da pena de apenas 1/3.

Ressaltou ainda, a necessidade da fixação do regime prisional inicial fechado, na medida em que, se trata de crime praticado com violência e grave ameaça à pessoa e duplamente qualificado.

Ante tais circunstâncias, impossível dizer-se que a imposição do regime prisional e do *quantum* de pena fixado ao ora paciente constitui constrangimento ilegal, passível de reparação pelo presente remédio heróico.

No mesmo sentido já decidiu o Colégio Superior Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL.
REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS. VIA
INADEQUADA. 1 - O *habeas corpus* não é a via adequada para se saber
do direito ao regime inicial de cumprimento da pena, porquanto
depende da análise de requisitos objetivos e subjetivos, não
condizentes com a via *augusta* escolhida que, como é *cediço*, não
comporta dilação probatória, indispensável nesse caso. 2 - Ordem
denegada". (HC Nº 9751/São Paulo, 17/08/1999, 6ª T., rel. Min.
FERNANDO GONÇALVES, DJ 06/09/1999, pág. 00138).**

Em suma, não é o *habeas corpus* o instrumento processual apropriado a lhe impor alterações ou reformas pontuais e controvertidas. Portanto, na parte em que a D. Impetrante visa a alteração da pena e do regime prisional impostos na r. sentença, a presente impetração deve ser denegada.

No que concerne à parte da impetração que visa possibilitar o apelo do paciente em liberdade ou em regime de semiliberdade, algumas considerações devem ser tecidas.

O atual artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, alterou o conteúdo do artigo 594, passando a ter a seguinte redação: *"...ao proferir sentença condenatória o juiz deverá decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção da prisão do acusado ou, se for o caso poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar em face do réu, sem prejuízo do conhecimento de eventual apelação que venha a ser interposta"*.

Em face do mencionado, de se concluir não ser mais possível a prisão em razão de sentença condenatória recorrível, nos casos em que o réu seja reincidente ou portador de maus antecedentes, conforme previa o artigo 594 do CPP, que, aliás, foi expressamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

revogado pelo artigo 3º da Lei nº 11.719/2008.

Neste sentido: *“Se o réu permaneceu em liberdade durante o decorrer da instrução, a necessidade de recolhimento ao cárcere para apelar não prescinde de consistente motivo. Ausente argumento posterior ao processo que justifique sua segregação, impõe-se conceder a ordem para continuar livre até julgamento definitivo da ação penal”.* (Habeas Corpus nº 319.172 – j. em 16/03/98, Rel. Des. Renato Nalini).

No caso trazido a julgamento, o ora paciente permaneceu custodiado ao longo de toda a instrução. Ao final do processo restou condenado pelo delito de roubo duplamente qualificado e lhe foi fixado o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda.

Por outro vértice, o MM. Juiz de 1º Grau atentou para o fato de o ora paciente ser primário e sem antecedentes, ter agido com dolo normal para a espécie, tendo, inclusive, confessado a prática delitiva. Some-se a esses fatores, o fato de o paciente ser indígena.

Segundo dispõe o artigo 56, parágrafo único da Lei nº 6.001/73, as penas de reclusão e detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Referido dispositivo tem por objetivo a preservação dos usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, bem com conferir segurança àquele que vive à margem da sociedade.

De referência ao lugar da custódia, parece-me que o paciente tem o direito de recolher-se, em regime de semiliberdade, ao órgão federal de assistência aos índios mais próximo de sua residência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

como, aliás, recomenda e quer o supracitado dispositivo legal.

É exato que o preceituado pelo diploma legal em comento, artigo 56, parágrafo único, concerne às decisões transitadas em julgado, eis que, doutro modo, não haveria expressa alusão aos cumprimentos das penas de detenção e de reclusão, que não deve dar-se na ausência de condenação definitiva, a menos que se deseje elidir a força da presunção de inocência, que, entre nós, encontra-se alçada à dignidade constitucional.

Não é menos exato, contudo, que das penas privativas de liberdade e restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) devem ser descontados os períodos de prisão provisória, que compreende, dentre outras, as prisões em flagrante, temporária, preventiva, e aquela imposta à ocasião da pronúncia.

Pois bem: se a pena definitiva deve ser cumprida nas condições aqui apontadas, parece razoável que nas diversas modalidades de custódia cautelar, que nela serão computadas, o recolhimento dê-se no órgão federal de assistência ao índio, que guarde maior proximidade da residência do paciente, para que na prisão processual e a execução da sentença observem um mesmo rigor carcerário.

Não se afigura razoável que o paciente, enquanto índio, permaneça em estabelecimento penal comum ou em delegacia de polícia, para viabilizar a efetivação de prisão preventiva, se lhe é assegurado o cumprimento da reclusão em órgão especial de assistência, porquanto a isso equivaleria, em derradeira análise, submetê-lo a condições mais gravosas, quando ainda é precário o título legitimador da constrição, para, só após e sobrevinda da condenação, assegurar-lhe as vantagens instituídas pela regra inserta na Lei nº 6.001, de 1973, artigo 56, parágrafo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

único.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PACIENTE INDÍGENA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL NÃO DEMONSTRADA ANTE A AUSÊNCIA DE SUBSTRATO FÁTICO QUE AMPARE A ALEGAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA NO REQUISITO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, POIS O ACUSADO SE ENCONTRA FORAGIDO DESDE A PRÁTICA DO DELITO. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 6.001/973.

[...]

4. Sendo assegurado aos silvícolas o benefício de cumprimento de penas privativas de liberdade em órgão de assistência ao índio, tem-se como plenamente plausível a concessão de tal benefício ao paciente para que cumpra a prisão provisória no referido estabelecimento.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido tão-somente para assegurar ao paciente, índio pataxó, que permaneça durante o período da prisão preventiva, recolhido junto à órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua aldeia ou residência." (HC 55792/BA, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 21/08/2006.)


Portanto, sendo assegurado aos silvícolas o benefício de cumprimento de penas privativas de liberdade em órgão de assistência ao índio, tem-se como plenamente plausível a concessão de tal benefício ao paciente para que cumpra a prisão provisória no referido estabelecimento.

Isto posto, **CONCEDE-SE** em parte a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ordem de *habeas corpus*, tão somente para assegurar ao paciente **DORIEL SANTOS DO NASCIMENTO SILVA**, indígena da etnia Pankararé, que permaneça, durante o trâmite do recurso de apelação, recolhido junto à órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua aldeia ou residência, denegando-se a impetração, quanto ao mais.



BORGES PEREIRA
Relator