

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 151.880 PIAUÍ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : ANTONIO HELIO RODRIGUES
ADV.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, forte na ausência de constrangimento ilegal, negou seguimento ao *habeas corpus*.

Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, que: a) apesar de o STJ ter julgado prejudicada a impetração em decorrência da prolação de decisão condenatória, tal fato não prejudica a análise do *habeas corpus* quando o Juízo sentenciante se limita a ratificar a manutenção da prisão cautelar, sem qualquer acréscimo de fundamento, como ocorre no caso; b) além da infundada manutenção da prisão preventiva, a sentença penal condenatória se mostra desproporcional em relação à conduta imputada (sentenciado a uma pena de seis anos de reclusão por furto qualificado tentado de uma bicicleta); c) a sentença padece de vícios técnicos na dosimetria, tais como a não aplicação da causa de diminuição decorrente da tentativa e a confusão de conduta social com prática de crimes, em dissonância com o entendimento do STF; d) “*inadmissível que o agravante cumpra prisão preventiva lastreada em decisão sem fundamentação, mantida em aplicação da pena claramente excessiva e desproporcional*”.

À vista do exposto, pugna-se pela soltura do paciente.

É o relatório. **Decido.**

1. Tendo em vista a permissão contida no art. 317, § 2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada e passo à reanálise dos autos.

Em razão dos argumentos lançados no agravo regimental e das informações prestadas pelo TJPI, **verifico a existência de**

HC 151880 AGR / PI

constrangimento ilegal, passível de conhecimento de plano.

Colho do ofício expedido pelo TJPI as seguintes informações (eDOC 20 - grifei):

O paciente foi preso em flagrante, em 13.02.2017, por ter tentado subtrair uma bicicleta da residência da vítima. Em 04.07.2017, o Juízo de primeiro grau condenou-o como incurso no delito de furto qualificado na modalidade tentada (art. 155, §4º, II, c/c art. 14, II, ambos do CP), à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado. Na apelação defensiva, pede-se a reforma da dosimetria. **Nas contrarrazões, o Ministério Público requereu o parcial provimento do recurso para que seja aplicada, na terceira fase, a causa de diminuição de pena relativa à tentativa na fração de 1/3 (um terço). O Ministério Público apresentou parecer pelo provimento do recurso para excluir a qualificadora da escalada; desclassificar o delito para furto simples tentado; valorar favoravelmente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes criminais, personalidade e conduta social e aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, parágrafo único, do CP, em 1/3 (um terço).** Os autos estão conclusos para o julgamento da apelação.

Na sentença condenatória, a dosimetria foi realizada nestes termos (eDOC 03, p. 05/06):

Atendendo aos comandos dos artigos 59 e 68 do Código de Processo Penal, passo a dosimetria das penas, pertinentes:

Agiu com culpabilidade exacerbada. Sua conduta merece reprovação, merece censura, porquanto nas circunstâncias era-lhe exigível conduta de respeito à norma. É de se ver que o acusado adentrou na casa da vítima mediante escalada com o objetivo espúrio de assenhorar-se de seus bens; sendo que foi preso em flagrante delito depois de ser descoberto pela vítima. A pena-base, a meu ver deve ficar acima do mínimo legal previsto pelo legislador. Considerando que é contumaz na

prática de delitos.

Considerando que o acusado não é primário e possui antecedentes criminais, e responde a vários processos, inclusive com processo julgado em fase de recurso, está vetorial deve ser analisada em seu desfavor (DESFAFORÁVEL).

Considerando que a personalidade do acusado é voltada para o mundo do crime, inclusive já tentou fugir da Penitenciária se passando por um preso que acabara de receber um alvará de soltura, ensejando uma valoração negativa (DESFAVORÁVEL).

Considerando também que a conduta social do sentenciado foi apurada, já que contumaz no mundo do crime e usuário de drogas (DESFAVORÁVEL).

Considerando que os motivos do crime é próprio do tipo (NEUTRALIZADA)

Considerando que as circunstâncias do crime retratam uma maior ousadia do acusado em sua execução, eis que praticou o delito por volta das 22:30 quando todos estavam acordados e que foi preso em flagrante, o que não o beneficia em hipótese alguma (DESFAVORÁVEL).

Considerando que, as conseqüências do crime, não foram graves, já que a res furtiva foi devolvida (NEUTRALIZADA).

Considerando que o comportamento da vítima em nada contribuiu para o crime.

A pena deve ficar acima do mínimo legal já que quatro das circunstâncias lhe são totalmente desfavorável, ficando em 06 (seis) anos de reclusão.

Inexiste circunstância atenuante ou agravante a ser sopesada nessa etapa da dosagem, falta outras causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual fica a pena provisoriamente estabelecidas no patamar acima encontrado.

À falta de outras causas modificadoras, torno a pena anteriormente fixada em definitiva.

DA PENA DE MULTA: Levando em consideração as operadoras do art. 59 do Código Penal, fixo a pena de multa em 30 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo

HC 151880 AGR / PI

vigente à época do fato.

Somadas as penas do acusado restaram impostas a pena de **06 (seis) anos**, à razão de um trigésimo **de reclusão cumulada com a pena de 30 dias-multa** do salário mínimo vigente à época do fato, acrescida de juros e correção monetária. A pena de multa será paga em 10 dias após o trânsito em julgado desta decisão ao Fundo Penitenciário Nacional, sob pena de execução, a teor do disposto no art. 50 do Código Penal.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 1º, a, do CP), já que o acusado encontra-se PRESO e permaneceu preso durante a instrução.

Inicialmente, observo que supostas ilegalidades quanto à dosimetria da pena ainda não foram apreciadas pelo Tribunal local, nem pelo STJ, o que impede o pronunciamento prematuro desta Corte a respeito da matéria.

Contudo, a plausibilidade do direito vindicado, constatada pelo próprio parecer do Ministério Público, que, como *custus legis*, aponta as mesmas ilegalidades suscitadas pela defesa, nos permite concluir, segundo um juízo prospectivo, que o paciente faria jus a um regime inicial menos gravoso, seja em razão da modificação do *quantum* da pena, seja em razão da valoração favorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Na primeira fase da dosimetria, constato duas ilegalidades flagrantes: utilização de elementos próprios do tipo penal para majorar a pena-base, caracterizando indevido *bis in idem*, e consideração de ações penais em curso como maus antecedentes e como conduta social desfavorável, o que é vedado segundo a jurisprudência desta Corte (Tema 129 de repercussão geral, RE 591.054).

Além disso, noto que o magistrado deixou de aplicar a causa de

HC 151880 AGR / PI

diminuição de pena relativa à tentativa, apesar de ter reconhecido que o delito não foi consumado.

Não bastasse, o regime fechado foi fixado sem qualquer fundamento idôneo.

Nada obstante, não há como conceder a ordem, alterando-se, ipso facto, a dosagem da pena ou o regime inicial imposto, pois havendo notícia de apelação criminal, pendente de julgamento no Tribunal local, tal proceder importaria em indevida supressão de instância.

Por outro lado, embora deva-se resguardar a análise de tais questões às instâncias ordinárias, **o mesmo não se pode dizer quanto à manutenção da prisão preventiva imposta ao paciente, e neste tocante, entendo que razão assiste ao impetrante.**

Efetivamente, a manutenção da prisão preventiva no caso concreto configura ilegalidade aferível de plano, na medida em que, consoante entendimento perfilhado pela 2ª Turma desta Corte, não há como conciliar a segregação cautelar se evidenciado, ainda que segundo um juízo prospectivo, regime penal menos gravoso que o fechado:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, **a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado.** Precedentes. II Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação, pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo

HC 151880 AGR / PI

Penal, caso entenda necessário. (HC 138122, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09.05.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 19-05-2017 PUBLIC 22-05-2017,grifei)

A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena. Precedentes. 4. O aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando (semiaberto) definido nesta impetração. 5. **A realidade do sistema carcerário brasileiro impõe aos egressos a regime mais brando (semiaberto e aberto) o cumprimento da pena de modo diverso**, inclusive com liberdade monitorada, diante da impossibilidade de colocação do sentenciado em regime mais gravoso (RE 641.320/RS, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes). **Essa restrição parcial da liberdade ao cautelarmente segregado não se coaduna com a prisão preventiva e pode ser validamente alcançada com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão** (CPP, art. 319). 6. Ordem concedida para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto e, em consequência, revogar a prisão preventiva fixada. (HC 136397, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 13.12.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017, grifei)

Destarte, eventual não exaurimento da matéria pelas instâncias ordinárias sucumbe a interesse maior, que é o de resguardar o direito fundamental, previsto no art. 5º, LXVIII, da CF. A violação direta e imediata ao direito de ir e vir do paciente por ilegalidade flagrante, ante a manifesta incompatibilidade entre o instituto da prisão preventiva e o regime que se projeta, autoriza a concessão da ordem, de pronto.

2. Diante do exposto, reconsidero a decisão agravada e concedo a ordem, de ofício, a fim de revogar a prisão preventiva imposta ao

HC 151880 AGR / PI

paciente, à vista dos argumentos *suso* expendidos, salvo se preso por outro motivo.

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito, à Juíza da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Oficie-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí com o inteiro teor desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 28 de março de 2018.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente