



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000805466**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2204210-47.2021.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que são impetrantes EVERILDA XAVIER MOREIRA, CAROLINE DIAS HILGERT, VIVIANE BALBUGLIO e MICHAEL MARY NOLAN, Pacientes JAELSON XAVIER MOREIRA e JAELSON XAVIER MOREIRA, é impetrado MMJD DA 3ª VARA CRIMINAL DO FORO DE ARARAQUARA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

**CESAR MECCHI MORALES**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº: 2204210-47.2021.8.26.0000

Comarca: Araraquara

Impetrante: Everilda Xavier Moreira e outros

Paciente: Jaelson Xavier Moreira

Juiz de Primeiro Grau: Italo Fernando Pontes de Camargo Ferro

**VOTO Nº: 18.334**

**HABEAS CORPUS** – Pedido de concessão do regime especial de cumprimento de pena (semiliberdade), nos termos do art. 56, do Estatuto do Índio – Impossibilidade – Pleito ainda não analisado pelo Juízo das Execuções, o que obsta sua imediata apreciação nesta instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição – De todo modo, cumpre notar que não há indícios de que se trate de silvícola não integrado à sociedade, circunstância que impede a aplicação do regime especial – Precedentes do STJ – Mandado de prisão ainda não cumprido, o que inviabiliza a expedição da guia de recolhimento – Inteligência do art. 105, da Lei de Execução Penal, e art. 674, do Código de Processo Penal – Precedentes do STJ e deste Tribunal – Necessidade de que o pleito em estudo seja formulado perante o Juízo das Execuções – Inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado.

**ORDEM DENEGADA.**

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Dra. Everilda Xavier Moreira e outros advogados em favor de **Jaelson Xavier Moreira**, alegando que esta sofreria constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Bebedouro, que determinou a expedição de mandado de prisão em seu desfavor, tendo em vista o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Sustentam os impetrantes que o paciente, por ser indígena e pertencer ao povo Pankakaré, deve cumprir sua pena em regime de semiliberdade em órgão indigenista próximo de sua aldeia, conforme dispõe o Estatuto do Índio e a Resolução nº 287/19 do CNJ.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja expedido contramandado de prisão, para que se apliquem os direitos vigentes na Resolução n. 287/19, do CNJ, em especial no que tange ao regime especial de cumprimento de pena em semiliberdade, com respaldo nos arts. 9º e 10, da Convenção 169 da OIT e arts. 231 e 232, da Constituição Federal. Em linha subsidiária, postula a expedição de guia de recolhimento, a fim de que a questão seja submetida à apreciação do Juízo das Execuções (fls. 1/11). Junta os documentos (fls. 12/17).

A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 19/20).

Prestadas as informações (fls. 23/26), a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento da impetração, e, caso conhecida, pela denegação da ordem (fls. 29/33).

É o relatório.

2. De acordo com as informações prestadas pela d. autoridade impetrada, o paciente e o corréu *Edson José da Silva* foram denunciados como incurso no art. 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, ambos do Código Penal, porque, em 06 de maio de 2018, por volta das 00h20, no “Hipermercado Extra”, na Comarca de Osasco, agindo em concurso de agentes e com unidade de desígnios com *Fernando Gomes dos Santos Filho* e *Rafael Barbosa da Silva*, já processados e condenados, além de outras dez pessoas não identificadas, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, diversos produtos eletrônicos e mercadorias, avaliados em R\$ 2.069.071,73, em prejuízo do estabelecimento acima mencionado, representados por *Marcelo Giareta* (fls. 23/26).

Prolatada sentença absolutória, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual esta 3ª Câmara de Direito Criminal deu provimento para condenar o paciente às penas de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 36 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. art. 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, ambos do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Preliminarmente, quanto à possibilidade de cumprimento de pena em regime de semiliberdade, cumpre notar que o art. 56, do Estatuto do Índio é expresso ao afirmar: *“No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.”*

Assim, considerando que a questão ainda não foi posta à apreciação do Juízo das Execuções, competente para avaliar se o paciente é ou não integrado à comunidade, inviável sua imediata análise nesta instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

De todo modo, compulsando os autos, observa-se que não há indícios de que se trate de silvícola não integrado. Aliás, muito pelo contrário. Consoante bem ressaltado no r. parecer ministerial, de lavra do d. Procurador de Justiça, Dr. Saulo de Castro Abreu Filho:

*“(…) tem-se que o paciente está plenamente integrado ao mundo do crime, tendo saído de sua cidade (Osasco) para encontrar seus comparsas para a prática do crime, que foi planejado com divisão de tarefas entre os membros do “bando”, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, quinhentos e noventa e seis aparelhos de televisão de diversas marcas e modelos, oitocentos e noventa e nove aparelhos de telefone celular de diversas marcas e modelos, vinte e cinco quilos de carne bovina, duas bicicletas e outros itens, bens avaliados em R\$ 2.069.071,73 e pertencentes ao “Hipermercado Extra. Como consignado no acórdão de fls.903/914 dos autos de origem: “o acusado Jaelson ostenta condenações anteriores pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. A propósito, a alegada condição de indígena jamais foi arguida por sua defesa (fls.821/827 e 878/885 dos autos de origem)”*

A propósito sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/73. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. O art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73, que prevê o cumprimento da pena em regime de semiliberdade e em estabelecimento da FUNAI, somente se aplica ao réu indígena não integrado socialmente ou em fase de aculturação. Precedentes.*

*2. A alteração das premissas fáticas do acórdão - de que o réu estaria integrado ao convívio social fora da aldeia indígena - demanda necessário revolvimento das provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.*

*3. Agravo regimental improvido”.*

(AgRg no AREsp n. 1467017/MT, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 27/08/2019).

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. CONDIÇÃO DE INDÍGENA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE. INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. As instâncias antecedentes concluíram, a partir*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*da análise detalhada do conjunto probatório, que os agravantes agiram conscientes do caráter ilícito da ação de apropriação violenta dos bens. Desse modo, a desconstituição do édito condenatório demanda reingresso no campo fático-probatório para o reexame da presença do elemento subjetivo na conduta, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do enunciado sumular n. 7.*

*2. A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firmado no sentido de só admitir a atenuação da reprimenda nos termos do dispositivo acima destacado quando o fato tiver sido praticado por silvícola não integrado.*

*3. No caso destes autos, restou consignado que os agravantes já se encontram integrados à cultura e comunhão nacional, exercendo direitos e, embora possam conservar costumes e tradições relacionadas ao seu grupo cultural originário, não podem ser considerados isolados ou em vias de integração, conforme o art. 4º da Lei n. 6.001/73.*

*4. Por se encontrar o acórdão fustigado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão dos agravantes esbarra no óbice previsto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

*5. Recurso não provido”.*

(AgRg no AREsp n. 1239271/SC, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 12/06/2018).

**4.** Por outro lado, ainda não foi cumprido o mandado de prisão expedido, motivo pelo qual o MM. Juiz “a quo” deixou de determinar a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

expedição de guia de recolhimento, o que inviabiliza a formulação de pedidos em sede de execução penal, dentre eles, o pleito em questão.

5. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado por esta via.

Dispõe o art. 105 da Lei de Execuções Penais:

*“Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.*

Semelhante previsão legal traz o art. 674 do Código de Processo Penal:

*“Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena”.*

Desta forma, tratando-se de réu solto, indispensável o cumprimento do mandado de prisão para o início da execução penal, e, só então, os pedidos de concessão de benefícios prisionais poderão ser formulados e analisados perante a autoridade competente, qual seja, o Juízo das Execuções, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

A propósito sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PACIENTE FORAGIDO. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO. INVIABILIDADE. PEDIDO DE*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*PRISÃO DOMICILIAR. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*(...) 3. Nos termos da legislação em vigor, especialmente os arts. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso. In casu, o paciente encontra-se foragido, o que inviabiliza o início da execução” (Habeas Corpus nº 257752/SP, 6ª Turma, rel. Min. Assis Moura, j. 21/05/2013).*

Tribunal de Justiça:

No mesmo sentido, há diversos precedentes deste

*“HABEAS CORPUS – PACIENTE CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME SEMIABERTO, COM TRÂNSITO EM JULGADO – PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO – MANDADO DE PRISÃO PENDENTE DE CUMPRIMENTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.*

*Necessário o cumprimento do mandado de prisão para que seja expedida a guia de recolhimento, com a qual será iniciada a fase de execução penal, cabendo ao Juízo da Execução decidir sobre os pedidos de aplicação de detração e progressão ao regime aberto, sob pena de supressão de instância. Inteligência do art. 105, da Lei de Execução Penal e do art. 674 do Código de Processo Penal. Ordem denegada”.* (Habeas Corpus





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 2219130-31.2018.8.26.0000, Relator Des. Luís Augusto de Sampaio Arruda, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 06/12/2018).

*“Habeas Corpus. Sentença Condenatória. Determinação de expedição de mandado de prisão. Impetração pleiteando a detração e expedição de guia de recolhimento. Mandado de prisão pendente de cumprimento. Condição sine qua non para expedição de guia de recolhimento. Supressão de instância. Ordem denegada”* (Habeas Corpus nº 2129641-12.2020.8.26.0000, Relator Des. Damião Cogan, 5ª Câmara de Direito Criminal, j. 14/07/2020).

*“De outra parte, no que diz respeito à concessão de prisão domiciliar, ao menos por ora, não compete a esta Corte decidir sobre tal questão, eis que tal postulação deve ser submetida, primeiramente, ao Juízo das Execuções Criminais, com observância do princípio constitucional do Juiz Natural e para se evitar a supressão de um grau de jurisdição. Deste modo, não há ilegalidade, abuso ou constrangimento ilegal que sejam manifestos e, por conseguinte, aptos a ensejar a concessão da ordem.”* (HC nº 2005107-93.2020.8.26.0000, rel. Des. César Augusto Andrade de Castro, j. 04/03/2020).

**6. Diante do exposto, pelo meu voto **denega-se a ordem.****

**CESAR MECCHI MORALES**  
**Relator**