HABEAS CORPUS Nº 490.482 - SP (2019/0021563-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	SAMIRA GOMES DE CARVALHO
ADVOGADO	:	SAMIRA GOMES DE CARVALHO - SP0214637
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODRIGO KIOSHI VILAS BOAS NISHIZAWA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de RODRIGO KIOSHI VILAS BOAS NISHIZAWA, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso na sanção do art. 180, **caput**, do Código Penal, às penas de 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 30 (trinta) dias-multa, em regime inicial fechado, oportunidade em que foi decretada a prisão preventiva do paciente, haja vista a **negativa do direito de recorrer em liberdade**.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação do decreto prisional. O eg. Tribunal de origem, denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS paciente que respondeu durante todo o trâmite processual solto juízo a quo decretou prisão na sentença, indeferindo o direito de recorrer em liberdade maioria que denegou a ordem denegada a ordem pela maioria.*" (fl. 28).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante repisa os argumentos lançados no **writ** originário, reafirmando a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a manutenção da segregação cautelar do paciente.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva.

A liminar foi indeferida às fls. 36-37.

As informações foram prestadas às fls. 42-78.

O Ministério Público Federal, às fls. 80-84, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer ementado nos seguintes termos:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE RECEPTAÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CP. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. INCOMPETÊNCIA DO STJ.*
> *PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.*
> *- 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.*
> *- 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; ausência de competência.*
> *- Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).*
> *- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus."* (fl. 80).

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre 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 (**v.g. HC** n. 93.498/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: HC n. 449.354/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 28/06/2018; HC n. 423.503/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/03/2018; RHC n. 82.459/CE , **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 22/09/2017; AgRg no HC n. 382.353/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 04/04/2017.

Na hipótese, cumpre destacar que o paciente, que respondeu a todo o processo em liberdade, foi condenado em primeiro grau pela prática do crime de **receptação**, conduta tipificada no art. 180, **caput**, do Código Penal, cuja pena máxima em abstrato é igual a 4 anos.

Assim, como a pena máxima em abstrato prevista para o tipo não é superior a 4 (quatro) anos, por força do que estabelece o art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, torna-se inadmissível a decretação da prisão preventiva. A propósito, confira-se a redação do mencionado dispositivo legal:

"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
*I - **nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;"***

Ademais, consoante se observa da r. sentença condenatória (fls. 19-26), o paciente foi preso, denunciado e condenado pelo crime receptação, único fato praticado, no contexto dos autos.

Outrossim, o art. 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal, permite a prisão preventiva do agente que pratica crime com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, somente quando se tratar de reincidente ou nas hipóteses de delito cometido no contexto da violência doméstica, o que não é o caso dos autos.

O crime de receptação não foi praticado no contexto da violência

doméstica e, tampouco, o fora cometido em descumprimento de medidas protetivas.

Desse modo, não se constata a ocorrência de outras circunstâncias que pudessem justificar a decretação da prisão, razão pela qual a manutenção da prisão preventiva se mostra ilegal e, por isso, causa-lhe constrangimento.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes arestos deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

> *"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CRIME PUNIDO COM PENA INFERIOR A 4 ANOS. RESTRIÇÃO DO ART. 313, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.*
>
> *I - 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.*
>
> *II - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva à recorrente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (precedentes).*
>
> *III - Ademais,* ***importante ressaltar que a pena prevista para o crime de receptação, em tese, praticado pelo recorrente, é de reclusão de um a quatro anos e multa, o que impossibilita a decretação da prisão preventiva, pois não se amolda a um dos pressupostos elencados no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal****.*
>
> *Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares, diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal"* (RHC n. 81.256/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 07/06/2017, grifei).

> *"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 313 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.*

1. Consoante disposto nos incisos e no parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva é necessária a configuração de uma entre as seguintes hipóteses, consideradas requisitos de admissibilidade da segregação cautelar: (a) crime doloso punido com pena máxima superior a 4 anos; (b) existência de condenação definitiva anterior por outro crime doloso; (c) delito praticado em situação de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ou (d) existência de dúvida sobre a identidade do agente.

2. ***O paciente, identificado civilmente, responde por tentativa de estelionato, crime punido com pena máxima inferior a 4 anos de reclusão, e o édito prisional não registrou eventual reincidência em outro crime doloso ou a prática delitiva em contexto de violência doméstica ou familiar.***

3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, anular a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP pelo Juízo de primeiro grau, se devidamente justificada sua necessidade" (HC n. 380.111/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 16/03/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva será admitida nos crimes dolosos com pena inferior a quatro anos se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (reincidência)*.*

2. Na espécie, ***o recorrente é acusado de ter supostamente praticado o crime de furto simples, cuja pena máxima em abstrato é de 4 anos de reclusão, não ostenta condenação com trânsito em julgado e o fato imputado não envolve violência doméstica e familiar, consoante determinam os incisos II e III do art. 313 do Código de Processo Penal. Precedentes.***

3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá provimento para relaxar a prisão preventiva de BRUNO TAVARES DE ARAÚJO, mediante a aplicação das medidas cautelares insertas nos incisos I e IV do art. 319 do Código de Processo Penal" (RHC n. 85.337/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min.

Reinaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/08/2017, grifei).

Assim, não estando presente os pressupostos legais da medida cautelar de privação da liberdade previstas no art. 313, Código de Processo Penal, imperioso o relaxamento da prisão.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício,** para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, mediante a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do d. juízo de primeiro grau, **salvo se por outro motivo estiver preso**, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.

P. e I.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator