RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 111.658 - RO (2019/0112666-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	ALTAMIRO PEREIRA DE MELO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto em favor de ALTAMIRO PEREIRA DE MELO, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.**

Depreende-se dos autos que o recorrente teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva, pela prática, **em tese**, do art. 155, § 1º e § 4º, IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação da decisão que decretou a prisão preventiva do recorrente. O eg. Tribunal de origem, à unanimidade, denegou a ordem, em v. acórdão, fls. 120-125, assim ementado:

> *"Habeas Corpus. Furto qualificado. Habeas Corpus via estreita. Prisão Preventiva. Reiteração criminosa. Garantia da ordem Pública. Fundamentação Concreta. Constrangimento ilegal. Inexistência. Ordem denegada.*
>
> *1. A via estreita do Habeas Corpus, não comporta análise aprofundada e interpretativa de provas, esta deve ser reservada à instrução processual.*
>
> *2. Acautelamento provisório devidamente fundamentado, necessidade de resguardar a ordem pública e garantia da instrução criminal.*
>
> *3. Comprovada a reiteração criminosa é justificada a prisão cautelar para o resguardo da ordem pública"* (fl. 120).

Daí o presente recurso ordinário, no qual alega o recorrente que estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, bem como ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou sua segregação cautelar.

Aduz que "*a atipicidade material da conduta em questão, demonstrada pela clara ausência de efetivo dano ao bem jurídico legalmente protegido, não justificaria, por óbvio, a aplicação da sanção penal, muito menos ainda a segregação cautelar da Paciente"* (fl. 134).

Argumenta que "*o artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal permitiria o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto para o Paciente, tornando absolutamente injusta sua segregação cautelar, análoga à prisão em regime fechado"* (fl. 137).

Pondera a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas.

Sem pedido de liminar.

O Ministério Público Federal, às fls. 170-172, manifestou-se pelo **"improvimento do recurso"**, em parecer não ementado.

É o relatório.

Decido.

Pretende o recorrente, **em síntese**, por meio do presente recurso ordinário, a revogação da prisão preventiva em razão da ausência de fundamentação da r. decisão de primeira instância que decretou sua prisão preventiva, da atipicidade da conduta, bem como ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Inicialmente, no que tange a alegação de atipicidade de sua conduta, tal matéria sequer **foi apreciada pelo eg. Tribunal de origem,** razão pela qual **esta Corte fica impossibilitada de examinar** a questão ora suscitada, **sob pena de indevida supressão de instância**.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO*

INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A alegada falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia não foi alvo de deliberação pela autoridade apontada como coatora, o que impede o seu exame diretamente por este Sodalício, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, é pacífico neste Sodalício e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão da sua natureza interlocutória.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 354.302/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/6/2016).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. INVERSÃO DO RITO PROCESSUAL. ART. 55 DA LEI 11.343/06. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO CONSTANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, EM FRAÇÃO AQUÉM DO MÁXIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. No tocante à nulidade concernente à falta de fundamentação da denúncia, a ausência de apreciação da tese pelo Tribunal local impede seu enfrentamento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, ordem, porém, concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena" (HC n. 309.801/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 12/5/2016).

Quanto a alegação de ausência de fundamentação da r. decisão de

primeira instância que decretou sua prisão preventiva, bem como ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, deve-se consignar 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.

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame. Transcrevo, para delimitar **a quaestio**, o seguinte excerto da r. decisão que negou o pedido de revogação da prisão preventiva, **in verbis**:

"*Verifica-se que o flagranteado Henrique ostenta bons antecedentes criminais,* ***já Altamiro, já possui condenação onde cumpre pena nos autos 0000248- 61.2016.8.22.0019 que, por sinal, não vem cumprindo adequadamente.***

Assim, indefiro o pedido formulado pelo flagranteado Altamiro Pereira de Melo, devendo permanecer recolhido até ulterior deliberação" (fl. 80).

Extrai-se do acórdão objurgado:

"***De outro lado, faz-se imperiosa a medida constritiva também para a prevenção da reiteração delitiva, pois há informes nos autos de que o paciente possui condenação por tráfico (autos n° 0002225-59.2014.8.22.0019) e é investigado pela prática, em tese, do crime de furto qualificado em 2016, o que denota ter personalidade voltada à prática***

de crimes" (fl. 124-grifei).

Da análise dos excertos acima colacionados, verifica-se que as decisões reprochadas evidenciaram, de maneira inconteste, lastreada em **dados concretos extraídos dos autos**, a justificativa da prisão cautelar imposta ao recorrente como garantia da ordem pública, em virtude do **fundado receio de reiteração delitiva**, notadamente pelo fato de que "***possui condenação por tráfico (autos n° 0002225-59.2014.8.22.0019) e é investigado pela prática, em tese, do crime de furto qualificado em 2016"*** (fl. 124), tais circunstâncias, a meu ver, indicam um maior desvalor da conduta perpetrada, fato que revela a indispensabilidade da imposição da medida extrema **em razão da necessidade de acautelamento da ordem pública**.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO.* ***FURTO QUALIFICADO.*** *NULIDADE. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. NOVO TÍTULO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RISCO DE REITERAÇÃO.* ***PACIENTE REINCIDENTE.*** *PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. Quanto à não realização da audiência de custódia, convém esclarecer que, com o decreto da prisão preventiva, a alegação de nulidade fica superada. Isso porque a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem (HC n. 363.278/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 18/8/2016, DJe 29/8/2016).*
>
> *3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso*

ordenamento jurídico, e a medida 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.

4. Ao que se tem dos autos, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente e o acórdão que a ratificou afirmaram a existência de prova da materialidade do delito e fortes indícios de autoria, e demonstraram satisfatoriamente a necessidade da medida extrema em razão do elevado risco de reiteração delitiva - ***o paciente tem contra si duas condenações pela prática de delito da mesma espécie, além de figurar como investigado em inquérito que apura a prática de associação criminosa, a indicar a prática delitiva como meio de vida.***

5. A continuidade delitiva dos crimes, a par do modus operandi empregado, demonstra um prognóstico de recidiva criminosa, dado que, como ressaltado pelas instâncias antecedentes, contribui para evidenciar o periculum libertatis (HC n. 397.854/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).

6. Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 492.018/SP, **Quinta turma,** Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 03/06/2019, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ***FURTO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA.*** *ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.*

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. O Juiz de primeira instância apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para decretar a prisão preventiva, ***ao salientar que, "mesmo estando cumprindo pena restritiva de direitos por outro crime de furto, ter sido colocado em liberdade no mês de setembro em um processo que também***

responde por crime de furto, cometeu outro delito contra o patrimônio, o que demonstra que o flagranteado não respeita as regras de convivência em sociedade".

3. O fato de o recorrente estar cumprindo pena por outro crime de furto, com trânsito em julgado, evidencia o preenchimento do requisito do art. 313, II, do CPP e o risco real de reiteração delitiva.

4. Por essas mesmas razões, as medidas cautelares alternativas à prisão não se mostram adequadas e suficientes para evitar a prática de novas infrações penais.

5. Recurso não provido" (RHC n. 113.377/RO, **Sexta turma,** Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 10/06/2019, grifei).

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **FURTO TENTADO.** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.*

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).

> *3. A jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial. Precedentes.*
>
> *4. No caso, a paciente, em 9/12/14, tentou subtrair 6 livros de estabelecimento comercial, avaliados em R$ 173,10, o que equivale a mais de 10% do salário mínimo vigente (R$ 724,00), não havendo que se falar, portanto, em lesão patrimonial irrelevante.*
>
> *5.* ***A Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. In concreto, verifica-se a contumácia delitiva da ré, a qual, ainda que fosse primária, já ostentava duas condenações à época dos fatos sob apuração, o que evidencia o seu desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico.***
>
> *6. Writ não conhecido"* (HC n. 502.912/SP, **Quinta turma,** Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 11/06/2019, grifei).

Deve-se ressaltar que não se presta a via do **habeas corpus** para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados.

Nesse sentido, *"não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus' (HC 187.669/BA, Rel. Ministro* ***Napoleão Nunes Maia Filho****,* ***Quinta Turma****, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)"* (RHC n. 71.563/MG, **Sexta Turma**, Relª. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura,** julgado em 2/8/2016, DJe de 9/8/2016).

Saliente-se, ainda, que, **in casu**, não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso ordinário em **habeas corpus** e, na parte conhecida, **nego-lhe provimento**.

P.e I.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator