HABEAS CORPUS Nº 505.903 - SP (2019/0113445-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	JAIR DUQUE DE LIMA
ADVOGADO	:	JAIR DUQUE DE LIMA - SP264932
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARIO GONCALVES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARIO GONCALVES DOS SANTOS, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva, em 08/01/2019, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso, II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, com vistas à revogação da prisão preventiva. A ordem, por seu turno, foi denegada. Confira-se, oportunamente, a ementa do julgado:

> *"HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - DESCABIMENTO - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJAM EM CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - QUESTÕES DE MÉRITO NÃO COMPORTAM DISCUSSÃO NA ESTRITA VIA DO HABEAS CORPUS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONSTATADO - ORDEM DENEGADA"* (fl. 40).

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 decretação de sua segregação cautelar, bem como no excesso de prazo para a formação da culpa.

Sustenta que, no caso, não estariam presentes os indícios de autoria.

Aduz que possuiria condições pessoais favoráveis.

Requer, assim, a revogação ou o relaxamento da prisão preventiva e, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 48-50.

As informações foram prestadas às fls. 72-88.

O Ministério Público Federal, às fls. 90-95, manifestou-se pela denegação da **ordem**, em parecer ementado nos seguintes termos:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - VIOLÊNCIA REAL - CONSTRIÇÃO DETERMINADA COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PARECER PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NESSA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM"* (fl. 90).

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, no que tange à alegação de negativa de autoria do

delito imputado ao paciente, verifica-se que as instâncias ordinárias concluíram que: *"[...]Presentes, pois, o estado de flagrância, a materialidade e indícios de autoria"* (fls. 41-42).

Concluir em sentido contrário, demandaria extenso revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do **habeas corpus**.

Sobre o tem, os seguintes precedentes desta Corte:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RENITÊNCIA CRIMINOSA. ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. A aferição da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal.*
>
> *2. A necessidade da custódia cautelar restou demonstrada, com espeque em dados concretos dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o decisum proferido na origem fundamentado na renitência criminosa, a evidenciar, portanto, risco para a ordem pública.*
>
> *3. A tese referente ao pleito de prisão domiciliar não foi debatida perante a instância precedente, não sendo possível examiná-la nesta via, sob pena de indevida supressão de instância.*
>
> *4. Ordem denegada"* (HC n. 363.791/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 30/9/2016).

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO*

CPP. INVIABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. O habeas corpus não é o meio adequado para a análise de tese de negativa de autoria ou participação por exigir, necessariamente, uma avaliação do conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do writ, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

2. 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. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. Na hipótese, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito e da periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi empregado apontando-se, na espécie, que o paciente, juntamente com dois comparsas, mediante grave ameaça pelo uso de arma de fogo, surpreenderam a vítima quanto esta chegava em casa e passaram a subtrair vários bens do interior da residência, forçando a ofendida a acordar seu pai, maior de 60 anos de idade, que se recuperava de recente cirurgia de cateterismo, e obrigando-o a deslocar-se do quarto para a sala, revelando, assim, o destemor e frieza dos acusados na conduta delitiva.

4. Caso em que o acórdão impugnado aponta que o recorrente responde a outra ação penal pela prática dos delitos de receptação e associação criminosa, observando-se que, embora tenha obtido a liberdade provisória no referido processo, o acusado tornou a delinquir, demonstrando, assim, o seu grave envolvimento com o mundo do crime, circunstância essa que justifica, com maior razão, a imposição da custódia cautelar, a fim de que seja interrompida a reiteração delitiva.

5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

7. Recurso ordinário improvido" (RHC n. 67.890/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/10/2016).

No que concerne a prisão cautelar, insta consignar que esta 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 Corte Superior: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014;

Transcrevo para delimitar a **quaestio,** trecho da decisão que segregou cautelarmente o paciente, **in verbis:**

"[...]cumpre ressaltar que o delito imputado aos autuados é gravíssimo -roubo majorado com agressão física à vítima[...]" **(fl. 57).**

O eg. Tribunal de origem consignou no v. acórdão reprochado, **verbis**:

"O paciente está preso preventivamente e foi denunciado porque, em concurso de agentes, mediante violência e grave ameaça, praticou roubo agravado. O crime é gravíssimo e foi praticado mediante violência, já que a vítima foi agredida a socos quando do crime, indicativo de periculosidade à ordem pública e de personalidade agressiva" (fl. 41).

Da leitura dos trechos acima, verifica-se que o decreto prisional

encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, para a **garantia da ordem pública**, notadamente se considerado o **modus operandi** pelo qual o delito foi, **em tese**, praticado, **roubo majorado (concurso de pessoas),** constando, ainda que *"a vítima foi agredida a socos quando do crime"*, circunstância indicativa da periculosidade concreta do agente, a justificar a medida constritiva na hipótese.

Cito, a fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes **deste Superior Tribunal de Justiça**:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.*
>
> ***2. A prisão cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, que demonstraram, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente, considerando sobretudo o modus operandi da conduta delituosa, em que o agente, agindo não apenas com grave ameaça, mas com violência física contra a vítima - mulher de 53 anos de idade - abordou-a e a segurou tampando sua boca, puxando a bolsa e tentando enforcá-la de forma traumatizante para a vítima.***
>
> *3. Não merece ser conhecido o pedido de revisão do regime prisional fixado. Isso porque a tese não foi sequer debatida no Tribunal de origem, o que inviabiliza sua discussão no presente writ, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.*
>
> *Habeas corpus não conhecido"* (HC n. 367.099/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 1º/2/2017,

grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. RÉU CONDENADO. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. REGIME E DETRAÇÃO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS 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. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. A negativa de recorrer em liberdade está adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, diante do modus operandi da conduta criminosa, indicando a periculosidade do paciente que, em concurso de agentes (menor de idade) e mediante violência perpetrada com emprego de força física, em que a vítima foi abordada pelas costas e segurada, visando subtrair seus pertences. Entretanto, policiais militares acudiram a vítima e saíram em perseguição aos agentes infratores, que sacaram simulacro de arma de fogo, ensejando a ação policial mais efetiva que resultou na prisão em flagrante delito.

4. Os pleitos de abrandamento do regime e da detração penal não foram analisados pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 448.668/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 20/6/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO

PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO 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 prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada sua periculosidade concreta evidenciada pelo modus operandi pelo qual o delito foi, em tese, praticado, eis que "a vítima foi retirada a força do veículo, sob ameaça de morte, sendo a arma apontada em direção a sua cabeça", além do fato de que "Em seguida, o autuado, evadiu-se do local com o veículo, imprimindo alta velocidade, colocando de terceiros em risco".

III - Revela-se inviável a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar, uma vez que tal exame deve ficar reservado ao Juízo de origem, que realizará cognição exauriente dos fatos e provas apresentados no caso concreto.

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre na hipótese.

Recurso ordinário não provido" (RHC n. 84.304/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 16/8/2017, grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a

necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. ***O Juízo singular, ao decretar a custódia preventiva, indicou a gravidade concreta da conduta da acusada, consubstanciada no modus operandi adotado para a prática delitiva - depois de cometer o roubo, em concurso com outra pessoa e com emprego de arma de fogo, já havia negociado a venda do veículo subtraído e, quando localizada pela autoridade policial, tentou empreender fuga em alta velocidade, colocando em risco a integridade física dos transeuntes - , havendo, portanto, elementos hábeis a justificar a imposição de medida cautelar extrema.***

3. Diante da gravidade concreta da conduta imputada à recorrente, as demais medidas cautelares não constituem instrumentos eficazes para garantia da ordem pública, o que se mostra atingível apenas mediante a segregação cautelar da ré.

4. Recurso não provido" (RHC n. 72.075/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 21/10/2016, grifei).

No que pertine à **alegação de excesso de prazo** para a formação da culpa, o recurso não merece ser conhecido.

Isso porque, do exame do v. acórdão reprochado, tem-se que o eg. Tribunal **a quo**, nos autos do HC n. 2033884-25.2019.8.26.0000, objeto da presente impetração, sequer apreciou tal controvérsia, de maneira que sua análise diretamente por esta Corte fica impossibilitada, sob pena de **indevida supressão de instância**.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TESE DEFENSIVA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. APELAÇÃO CRIMINAL PENDENTE DE JULGAMENTO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. QUANTIDADE DO TÓXICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. APREENSÃO DE QUANTIA EM DINHEIRO SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LÍCITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, das teses de nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva apresentada nas alegações finais e o consequente excesso de prazo na custódia, tampouco de imposição de regime inicial mais gravoso que o permitido ou de possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido, em razão da inadequação da via eleita, pendente de julgamento, ainda, apelação já interposta.

[...]" (HC n. 347.010/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi,** DJe de 12/4/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CITAÇÃO POR EDITAL. COMPARECIMENTO DO RÉU EM JUÍZO POR INTERMÉDIO DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. EVENTUAL NULIDADE SANADA. ART. 570 DO CPP. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A alegada ausência de fundamentação para a decretação da prisão preventiva do paciente não foi apreciada pelo Tribunal estadual, uma vez que já havia sido examinado o writ anterior. Em vista disso, evidencia-se a incompetência desta Corte Superior para examiná-la neste habeas corpus, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]" (HC n. 133.743/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz,** DJe de 17/3/2016).

Deve-se ressaltar, por fim, que a presença de circunstâncias

pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Não se vislumbra, pois, qualquer ilegalidade flagrante no presente caso, apta a ensejar a concessão da ordem, ainda que de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus**.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator