

HABEAS CORPUS Nº 559.888 - RS (2020/0024907-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : MARCELO MARCANTE FLORES
ADVOGADO : MARCELO MARCANTE FLORES - RS072813
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RICARDO CASTELLACI DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de RICARDO CASTELLACI DE OLIVEIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**.

Depreende-se dos autos que o paciente teve a prisão preventiva decretada pela prática, em tese, dos crimes de receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor, posse irregular de arma de fogo e de munição e carregadores de uso restrito, ocorridos em Viamão/RS

Irresignada, a Defesa impetrou **Habeas corpus** perante o Tribunal de origem que denegou a ordem em acórdão de fls. 15-28, assim ementado:

"HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO E CARREGADOR DE USO RESTRITO. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PACIENTE QUE REITERA NA PRÁTICA DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA." (fls. 15).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal uma vez que

ausente de fundamentação idônea a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Sustenta que: *"Portanto, a referida condenação pelo delito de estupro tentado não pode servir como argumento idôneo para justificar a custódia cautelar uma vez que está prescrita! Menos ainda o alegado risco de reiteração criminal"* (fls. 10-11).

Pondera que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

Alega a possibilidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

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

A liminar foi indeferida às fls. 232-234.

Rejeitado os embargos de declaração às fls. 246-249.

As informações foram prestadas às fls. 251-278 e 281-283.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 287-292, pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, em parecer que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. Prisão preventiva. Recepção. Posse irregular de arma de fogo. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Indícios de materialidade caracterizados. Garantia de ordem pública e da aplicação da lei penal. Paciente foragido por condenação criminal transitada em julgado. Residência firmes de que integra organização criminosa voltada a prática de crimes patrimoniais. Decisão devidamente fundamentada. Parecer pelo não conhecimento do writ e, ultrapassada a preliminar, pela denegação da segurança" (fl. 287).

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.

Insta consignar que 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. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar e excepcional, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem tampouco permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **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; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Na hipótese, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"Além disso, o representado encontra-se foragido, visto que é reincidente por estupro e sua pena está ativa, com mandado de prisão pendente, conforme tela referente ao PEC anexada aos autos e informações que teriam sido repassadas aos policiais pelos próprios comparsas" (fl. 195).

Extrai-se, ainda, do acórdão impugnado:

"Em que pese os delitos imputados ao paciente não tenham envolvido violência ou grave ameaça à pessoa, há indícios de reiteração

criminal, posto que possui condenação definitiva pela prática do crime de estupro tentado (processo nº 039/2 07 0005S86-8), além de estar respondendo a outro processo pela prática do crime de violação de direito autoral (processo nº 039/2.17.0008779-2).

Não se pode desconsiderar, ademais, a informação constante nos autos de que Ricardo se encontrava foragido do sistema prisional por ocasião do flagrante" (fls. 24-25).

Da leitura do trecho acima colacionado, tenho que as instâncias ordinárias fundamentaram devidamente em dados concretos extraídos dos autos, que denotam sua periculosidade, notadamente se considerado que o paciente **é contumaz** na prática delitiva "*posto que possui condenação definitiva pela prática do crime de estupro tentado (processo nº 039/2 07 0005S86-8), além de estar respondendo a outro processo pela prática do crime de violação de direito autoral (processo nº 039/2.17.0008779-2)*", circunstância apta a determinar a segregação cautelar para a garantia da ordem pública, ante o risco iminente de **reiteração criminosa**.

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

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ANOTAÇÕES PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA CONSTRITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 312 do Código de Processo Penal apresenta como pressupostos da prisão preventiva o periculum libertatis e o fumus commissi delicti, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele consiste no perigo que a permanência do agente em liberdade representa para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e para a segurança da própria coletividade (ordem pública).

2. O decreto preventivo fundamentado em anotações de atos infracionais, no caso, mostra-se válido na projeção do vetor da ordem pública, segundo juízo prospectivo de reiteração

delitiva.

3. Segundo reiteradas manifestações deste Superior Tribunal, a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ.

4. A Corte local, examinando as circunstâncias do flagrante, tidas como graves pela Magistrada de primeiro grau (que mencionou a apreensão de entorpecentes e de arma de fogo), justificou a necessidade da prisão preventiva na apreensão de significativa quantidade de cocaína (100g), além de rádios comunicadores, um revólver calibre .38 carregado com seis munições e uma submetralhadora artesanal calibre 380 carregada com 13 munições, o que evidencia a gravidade em concreto da conduta, com escoro em elementos que emergem dos autos, segundo a "via de mão dupla" que marca as cautelares no Processo Penal, a cláusula rebus sic stantibus.

5. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que não há ilegalidade na "custódia devidamente fundamentada na periculosidade do agravante para a ordem pública, em face do modus operandi e da gravidade em concreto da conduta" (HC 146.874 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2017, DJe 26/10/2017).

6. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011.

7. **Recurso ordinário desprovido.** (RHC 106.326/MG, Sexta turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 24/04/2019-grifei.)

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52/STJ. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ENCERRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1.

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.

2. No caso dos autos, a prisão preventiva foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do recorrente, pois inserido na senda criminosa, evidência que se denota pela reincidência, além de estar em curso execução de pena, de modo que a medida se destina a evitar a reiteração delitiva. 3. **"Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade"** (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/03/2019). 4. **"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"** (Súmula 52/STJ).

5. **Recurso não provido.**" (RHC 111.090/BA, Quinta turma, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 01/07/2019-grifei.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E LESIVIDADE DE DROGAS. REITERAÇÃO DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - 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.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos

autos, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão da quantidade, variedade e lesividade dos entorpecentes apreendidos (85,8 gramas de crack e 1,5 gramas de cocaína), além da apreensão de dinheiro, balança de precisão e 20 munições de calibre .38, considerando, ainda, o envolvimento de um adolescente na prática delituosa, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese IV - A prisão também se justifica no fato de os pacientes ostentarem registros criminais ou de atos infracionais anteriores, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes.

V - É iterativa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[...] a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar.

Precedentes do STJ." (RHC 106.326/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 24/04/2019) VI - 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.

Habeas corpus não conhecido." (HC 515.026/SC, Quinta turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01/08/2019-grifei)

Ressalte-se, ainda, a informação constante nos autos de que o paciente se encontrava foragido do sistema prisional por ocasião do flagrante.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICIALIDADE. SÚMULA 52/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE.

MODUS OPERANDI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. OBSERVÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súmula 52/STJ). 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. No caso dos autos, a prisão preventiva foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do recorrente, pois inserido na senda criminosa, evidência que se denota pelos registros em seu histórico criminal, estando foragido do sistema prisional, de modo que a medida se destina a evitar a reiteração delitiva.

4. "Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade" (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2019). 5. A medida constritiva é reforçada diante da gravidade concreta da conduta, porquanto, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, abordou homem que estava defronte à sua residência. Ao anunciar o assalto, a vítima entrou em estado de choque, sendo dela subtraído um celular, ao tempo que atingiram-na com disparo de arma de fogo, levando-a ao óbito. 6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a periculosidade do agente, evidenciada no modus operandi do delito, é fundamento idôneo para justificar a prisão preventiva, tendo como escopo o resguardo da ordem pública, como ocorreu na espécie. 7. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

8. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade

da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

9. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

10. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).

11. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas por redes sociais, tais como o whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

12. Hipótese que, além da autorização pessoal do agente infrator, que digitou a senha para acesso aos dados celulares, foi deferido judicialmente, na decisão da prisão preventiva, o acesso aos dados contidos no aparelho celular, inexistindo, destarte, a alegada inobservância dos preceitos de estatura constitucional que conferem tutela à intimidade e à vida privada.

13. Recurso não provido." (RHC 102.093/PB, Quinta turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 23/08/2019-grifei.)

Por fim, condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, **por si sós**, garantirem ao paciente 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**.

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

Superior Tribunal de Justiça

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

P.I.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator