



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.908 - SP (2015/0260605-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO DAROS
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO DAROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SANTANA DE SOUZA MAGALHÃES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. (I) ESTELIONATO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES PELO MESMO DELITO. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. (II) DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO PROVISÓRIA À FUTURA PENA DO PACIENTE. IMPOSSÍVEL A CONCESSÃO DA ORDEM POR PRESUNÇÃO. (III) IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

2. Caso em que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, ressaltando notadamente que o ora paciente responde a outra ação penal pelo mesmo delito, revelando a sua afeição à vida criminoso, diante do comportamento desvirtuado reiterado, argumento aceito por esta Corte Superior para manutenção da prisão preventiva, com fins de garantir a ordem pública, evitando-se a reiteração criminosa (Precedentes).

3. Descabido o argumento de desproporcionalidade do cárcere cautelar à futura pena do paciente, porquanto só a conclusão da instrução criminal e a análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal serão capazes de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável tal discussão neste momento, bem como impossível a concessão da ordem por presunção.

4. Condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Precedentes).

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.908 - SP (2015/0260605-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO DAROS
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO DAROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SANTANA DE SOUZA MAGALHÃES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO SANTANA DE SOUZA MAGALHÃES – preso em flagrante no dia 21/7/2015, prisão convertida em preventiva, e denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 171, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal – contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na ação originária, a defesa alegou ausência de fundamentação concreta do decreto prisional e pediu a liberdade do acusado. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 14):

HABEAS CORPUS - Estelionato - Revogação da prisão preventiva - Liberdade provisória - Impossibilidade - Presença dos requisitos ensejadores da segregação cautelar - Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a defesa reafirma a falta de fundamentação do decreto prisional, porquanto pautado apenas na gravidade abstrata do delito imputado ao paciente. Afirma estarem ausentes os pressupostos legais que autorizam a restrição da liberdade e destaca que o paciente não ostenta condenações com trânsito em julgado.

Salienta, ainda, que o paciente tem residência fixa e é estudante.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória e, se necessário, mediante o arbitramento de fiança.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 74/75).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas informações pela autoridade coatora, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 85/89 e 93/97, respectivamente).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.908 - SP (2015/0260605-0)

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(RELATOR):**

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Comunicado acerca do flagrante, o Juízo de Jundiaí/SP converteu a prisão de DIEGO SANTANA DE SOUZA MAGALHÃES em preventiva, em decisão de seguintes termos (e-STJ fl. 53):

[...] Em atenção ao inciso I, do art. 310, descarto a possibilidade de relaxamento, já que o flagrante não apresenta ilegalidade.

O benefício da liberdade provisória, previsto no inciso III, do citado artigo, também é incabível para a hipótese ora analisada; isto porque encontram-se presentes os requisitos, fundamentos e pressupostos para conversão da detenção cautelar provisória em prisão preventiva na hipótese ora em análise.

O delito de estelionato impõe a necessidade da custódia cautelar, notadamente ao se ter em conta que é cediço que o indivíduo faz desta prática seu meio de vida; logo, há que se garantir a ordem pública (um dos fundamentos exigidos pelo art. 312 do CPP), já claramente debilitada pela violência alarmante.

A habitualidade e a facilidade características da prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estelionato, que pode ser praticada durante o dia ou à noite, nos mais diversos pontos do município, afastam qualquer eficácia ou possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e em tese aplicáveis a tal ilícito, notadamente dos incisos I (comparecimento periódico em juízo), II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares), IV (proibição de ausentar-se da Comarca), V (recolhimento domiciliar no período noturno) e IX (monitoração eletrônica), pois nenhuma delas mostra-se eficiente ou idônea para a coibição da prática de novos delitos, notadamente como o roubo (de inegável gravidade), pelo seu próprio "modus operandi"; em suma, seria a consagração do descrédito de tais cautelares. Nestes termos, a prisão preventiva mostra-se necessária e adequada (art. 282).

Quanto aos pressupostos exigidos pelo já citado art. 312, constato a prova da existência do crime, obviamente para fins de prisão preventiva conversão (que envolve apenas cognição superficial), consubstanciada no auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, bem como o indício suficiente de autoria em razão dos depoimentos colhidos, que retratam fatos aparentemente verossímeis. [...] (grifos nossos)

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual, que denegou a ordem, desta forma (e-STJ fls. 14/17):

[...] Segundo consta, os pacientes foram presos, em flagrante delito, no dia 21 de julho de 2015, pela prática de tentativa de estelionato, porque, se passando por proprietários de diversos imóveis que, na verdade, não lhes pertenciam, anunciavam sua venda por meio de diversos sites da internet. Assim também o fizeram com o imóvel situado na Rua Alasca nº 67, pertencente à vítima Alexandra Roberta Pavan, uma vez que anunciaram o referido imóvel no site "OLX", pelo valor de R\$230.000,00. [...]

Com efeito, não se vislumbrou nesta instância o apontado constrangimento ilegal, porque a decisão de fls. 45 que converteu a prisão em flagrante em preventiva reveste-se de fundamentação legítima, pautadas pelos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, com substrato nos indícios de autoria e prova da materialidade, "notadamente ao se ter em conta que é cediço que o indivíduo faz desta prática seu meio de vida", motivos aptos a justificar a prisão com vistas à garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança da futura aplicação da lei penal.

E o fato de possuírem residência fixa e ocupação lícita, como é cediço, são insuficientes à concessão da liberdade provisória do indivíduo, necessitando, ainda, que ele não cumpra os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizativos da prisão preventiva (RT/TJSP 615/284 e 645/289). [...]

O fundamento invocado de que os pacientes, ainda que condenados, teriam direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime aberto, não merece acolhida.

É que os mencionados benefícios não se atêm exclusivamente à quantidade da reprimenda; a lei também exige a satisfação de requisitos subjetivos que podem recomendar até mesmo a fixação do regime mais gravoso.

Ademais, essas ponderações deverão ser levadas em consideração pelo Juiz na sentença e não podem ser antecipadas pelo Tribunal.

Por fim, como ponderado pelo ínclito Magistrado a quo, "a habitualidade e a facilidade característica da prática do estelionato, que pode ser praticado durante o dia ou à noite, nos mais diversos pontos do município, afastam qualquer eficácia ou possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP" (fls. 45).

Destarte, não restou demonstrado que os pacientes preenchem os requisitos exigidos para responderem ao processo em liberdade.

Posto isto, denega-se a ordem de habeas corpus.

Cumpre-se verificar se, de fato, falta fundamentação ao cárcere preventivo, como aduz o presente *writ*.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

É de ver ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Ao decretar a preventiva, além da afirmação de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, foram apontados elementos concretos que justifiquem a necessidade da custódia, tal qual o fato de o paciente "fazer desta prática seu meio de vida" (e-STJ fl. 53). A propósito, o documento de e-STJ fl. 41 dá conta que o paciente já foi anteriormente processado por estelionato.

Tal circunstância demonstra a sua afeição à vida criminosa, possuindo comportamento desvirtuado reiterado, argumento aceito por esta Corte Superior para manutenção da prisão preventiva; confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. AGENTE QUE OSTENTA REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES. REITERAÇÃO DELITIVA. PROBABILIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para preservar a ordem pública evitando que o acusado continue praticando crimes.

2. O fato de o réu responder outro processo pela prática de roubo circunstanciado e ostentar registro relativo ao delito de furto qualificado é apto para revelar sua periculosidade social acentuada, derivada da inclinação que possui à criminalidade, restando demonstrada a real possibilidade de que, solto, volte a cometer novas infrações penais.

3. Concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para a preservação da ordem pública na espécie, sobretudo considerando-se o efetivo risco de reiteração delitiva, caso o agente seja colocado em liberdade.

4. Recurso improvido. (RHC-54.223/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 3/3/2015, DJ de 23/3/2015)

[...] 2. A prisão preventiva está motivada na garantia da ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública, para evitar a reiteração criminosa e interromper a atividade ilícita, com fundamentação concreta na extensa folha de antecedentes do Recorrente, que possui outras ações penais em andamento, por crimes contra o patrimônio e porte ilegal de arma de fogo. [...] 5. Recurso desprovido. (RHC-46.577/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 3/6/2014, DJ de 11/6/2014)

[...] 3. A manutenção da prisão preventiva justifica-se para resguardar a ordem pública, considerando-se, em especial, a maior periculosidade social dos réus, visto que os pacientes são renitentes na prática delitiva, com condenações pretéritas e diversas outras ações penais em andamento. Essa conjuntura torna patente a necessidade de preservação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. [...] 5. Habeas corpus não conhecido. (HC-274.203/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 11/9/2013, DJ de 16/9/2013)

Embora a prisão preventiva constitua medida excepcional ao princípio da não-culpabilidade, cabível mediante decisão devidamente fundamentada, nota-se que, no caso dos autos, o fato de o paciente ter antecedentes criminais demonstra a sua incapacidade de se conter no meio social e ainda carrega consigo a certeza da impunidade, circunstâncias que, a toda evidência, justificam a manutenção da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, evitando-se a habitual reiteração criminosa.

Necessário se faz dar efetividade à atuação do sistema de justiça, vinculando-se o paciente ao processo de forma mais eficaz e velando-se pela pacificação social.

Quanto ao argumento de desproporcionalidade da medida, prematuro o pleiteado exame, não sendo possível, nesse momento, fazer ilações sobre a perspectiva de pena *in concreto*, uma vez que se trata de questão que dependerá da análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal, na fase de prolação da sentença, sendo, ademais, impossível a concessão da ordem por presunção.

A esse propósito, "*Não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 24/5/2011, DJe 27/6/2011).

Registre-se, por oportuno, que as condições subjetivas favoráveis da paciente, tais como ser tecnicamente primário, ser estudante e possuir residência fixa no distrito da culpa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. A esse respeito, confira-se a orientação da Quinta Turma desta Corte Superior:

[...] 6. Eventuais condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a custódia preventiva, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

7. Habeas corpus *não conhecido*. (HC-298.429/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 9/6/2015, DJe 19/6/2015).

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0260605-0

HC 338.908 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0003255872015 00032558720158260115 20150000747426 21510727820158260000
23802015 3255872015 32558720158260115

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTONIO ROBERTO DAROS
ADVOGADO	: ANTONIO ROBERTO DAROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO SANTANA DE SOUZA MAGALHÃES (PRESO)
CORRÉU	: CESAR EDUARDO FERNANDES TAVARES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.