



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000994704

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2260836-86.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente EDSON FERNANDO SANTOS DE JESUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Concederam a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 3843

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2260836-86.2021.8.26.0000

Paciente: Edson Fernando Santos de Jesus

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca da Capital

Habeas Corpus. Furto. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Constrangimento ilegal. Alegação de insuficiência de fundamentação. Crime cometido sem violência ou grave ameaça. Desproporcionalidade da medida. Liminar deferida.

1. Decisão impositiva da prisão preventiva que não se valeu de fundamentação genérica. Indicação, pela autoridade judiciária, dos aspectos concretos que justificavam a imposição da medida extrema.
2. *Fumus comissi delicti*. Materialidade e indícios de autoria que emanam do auto de prisão em flagrante e que sustentaram o oferecimento de denúncia e o juízo de admissibilidade que se seguiu. Visibilidade da prática delituosa que, por ora, confere quadro de justa causa para a ação penal e para as medidas cautelares pessoais.
3. *Periculum libertatis*. Fatos que não se revestem de gravidade concreta. Crime não associado ao emprego de violência ou de grave ameaça. Paciente primário. Anotação criminal que não se presta para caracterizar reincidência ou maus antecedentes. Situação indicativa da desproporcionalidade da medida extrema. Princípio da homogeneidade. Medidas cautelares alternativas que se mostram suficientes.
4. Ordem concedida.

Trata-se de *Habeas Corpus*, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em favor de **EDSON FERNANDO SANTOS DE JESUS**, contra ato praticado pelo **Juízo de Direito do Plantão Criminal da Comarca de São Paulo**, consistente na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Segundo a impetrante, o paciente foi preso em flagrante no último dia 03 de novembro em razão de suposta prática de furto qualificado, prisão esta convertida em preventiva. Sustenta, inicialmente, que o paciente é primário e com bons antecedentes. Entende que a manutenção da prisão do paciente evidencia antecipação da pena violando, dessa forma, o princípio da presunção de inocência. Considera que maus antecedentes ou reincidência não são fundamentos suficientes para a medida extrema. Afirmar que a autoridade judiciária não apresentou elementos concretos que indicassem a necessidade da custódia cautelar e que a decisão proferida lastreou-se, tão somente, na gravidade abstrata do delito e na garantia da ordem pública. Chama a atenção para o fato de que o crime imputado não estar associado ao emprego de violência ou de grave ameaça à pessoa. Sustenta inexistirem indícios de que o paciente, em liberdade, irá atentar contra a ordem pública, comprometerá o correto andamento da instrução criminal ou que se furtará à aplicação da lei penal. Salienta que, em caso de condenação ao final do caminho persecutório, será fixado regime diverso do fechado, motivo pelo qual entende ser a medida imposta desproporcional. Acrescenta que, no presente caso, é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Postula, destarte, pela concessão da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente com a imposição de medidas cautelares (fls. 01/08).

Deferida a liminar (fls. 56/59), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 61/63). A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Walter Paulo Sabella, manifestou-se contrariamente a concessão da ordem (fls. 71/77).

Eis, em síntese, o relatório.

Pelo que se infere dos autos, o paciente encontra-se preso desde o último dia 3 de novembro em razão da suposta prática de furto qualificado. De acordo com os elementos informativos colhidos, policiais militares em patrulhamento de rotina foram acionados, via COPOM, para atenderem ocorrência de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

furto ocorrido no interior do CEAGESP. Lá chegando, avistaram o paciente detido pelos seguranças do local. Segundo apurou-se, o paciente dirigiu-se até um dos trailers que se encontrava fechado. Ali, após arrombar a porta, subtraiu um botijão de gás. Ocorre que os seguranças do local avistaram o paciente em poder do objeto subtraído. Questionado, o paciente confessou a prática delituosa.

A autoridade policial, para quem o paciente foi apresentado, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura do respectivo auto. O paciente foi, então, submetido à audiência de custódia. Naquela oportunidade, a legalidade de sua prisão foi afirmada e, na mesma ocasião, a sua prisão foi convertida em preventiva.

Com o encerramento do inquérito policial, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o paciente, imputando-lhe, em tese, a conduta tipificada pelo artigo 155, §4º, inciso I, c.c o artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal. Por ora, aguarda-se a citação do paciente para que apresente resposta escrita à acusação.

Em atenção à liminar deferida, a autoridade judiciária determinou a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, o qual foi cumprido no último dia 10 de novembro (fls. 78/81 dos autos originais).

A ordem é concedida.

Quando do enfrentamento da legalidade da prisão em flagrante e do exame dos requisitos de imposição da prisão preventiva, a autoridade judiciária assim se manifestou:

(...)

Assentado o fumus comissi delicti, debruço-me sobre o eventual periculum in libertatis. A gravidade em concreto do delito resta evidenciada pelo modus operandi, invadindo trailer durante a noite, mediante arrombamento, danificando a porta e a fechadura, para subtração de botijão de gás avaliado em R\$220,00 reais, causando prejuízo à vítima. Além disso, o indiciado responde a quatro processos criminais, o que indica risco concreto de reiteração delitiva, tornando a prisão necessária



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para garantir a ordem pública, para assegurar a credibilidade da justiça e evitar que novas infrações sejam praticadas, garantindo a efetividade e eficácia do processo.

Ademais, trata-se de crime doloso, que possui pena privativa de liberdade superior ao patamar de 4 (quatro) anos de reclusão. A custódia cautelar também é necessária, porquanto o inquérito ainda não se encerrou e a soltura do imputado, poderia obstar, ou pelo menos dificultar a instrução criminal, considerando que o indiciado não informou endereço para citação, o que justifica a custódia para a conveniência da instrução criminal.

A prisão também é necessária para assegurar a aplicação da Lei Penal, máxime em se considerando que, em caso de condenação, o regime aberto não terá lugar na espécie, consoante os ditames da lei repressiva, mormente considerando as circunstâncias pessoais (personalidade e antecedentes) e do fato (gravidade em concreto do delito). Não há que se falar que a situação financeira do indiciado exclui a possibilidade de decretação de sua prisão preventiva.

Nesse sentido a jurisprudência : "Situações de pobreza, exclusão social ou desemprego não podem ser escusa para a prática de atividade criminosa, de forma que a insuficiência de recursos, por si só, não caracteriza o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, sob pena de violação aos princípios que regulam a vida em sociedade" (TRF-4ª região. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5015547-31.2019.4.04.7000/PR, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN, data publicação no DE de 26/06/2020).

NÃO há, ainda, indicação precisa de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal, nem de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas porventura sejam fonte ao menos alternativa de renda (modelo de vida), pelo que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. Não obstante seja primário (conforme certidão de fls. 30/32 e FA de fls. 21/28), o indiciado foi preso em flagrante em 11/10/2019, 28/03/2021, 20/05/2021 e 18/07/2021, sendo-lhe concedida liberdade provisória condicionada a medidas cautelares em três dos processos, já retornando às vias delitivas, demonstrando que a substituição por medida cautelar é insuficiente nesse caso, no qual o indiciado revelou personalidade voltada para a prática de delitos, configurando risco concreto de reiteração delitiva.

No caso concreto, o réu evidentemente quebrou a confiança que foi depositada pela Justiça Criminal, pois, após a concessão de liberdade provisória condicionada, foi novamente detido em flagrante. Só isso já autoriza presumir que as medidas diversas da prisão não se apresentam suficientes na hipótese, ante o desdém demonstrado para com o cumprimento das ordens judiciais e a recalcitrante inobservância da legislação penal a despeito de tal circunstância não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

representar reincidência, ao certo caminha para a reiteração criminosa, conceito mais amplo e que não macula a presunção constitucional de não culpabilidade, apenas homenageia a aferição prática do comportamento social do agente.

É sabido que a Lei nº 12.403/11 reafirmou o mandamento constitucional segundo o qual a prisão preventiva é medida excepcional, a ultima ratio, mas isso não quer dizer que a sociedade restará desguarnecida perante a pluralidade de práticas criminosas antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, cabendo ao juízo impor a custódia cautelar em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares (diversas da prisão) previamente estabelecidas, prerrogativa que não cabe apenas à autoridade judiciária que fixou originalmente as medidas cautelares, mas sim a todos os juízes criminais, considerando que a jurisdição é uma respeitada, por lógico, a competência determinada em lei.

(...)

Não obstante, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, considerando o arrombamento da porta do trailer da vítima. Além disso, o indiciado praticou o delito durante calamidade pública decorrente de pandemia causada pelo coronavírus, tudo a aumentar a reprovabilidade de sua conduta, pouco importando, data venia, que o indiciado não tenha praticado o delito por causa da situação da pandemia, já que se trata de agravante de natureza objetiva, há indícios de habitualidade criminosa, bem como inexistem elementos para inferir que a situação da pandemia se trata de erro de proibição, considerando que a conduta foi praticada em local urbano. Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor.

Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal, inexistindo prova idônea de algum dos requisitos deste artigo, bem como ausentes os pressupostos do HC 165704 do Col. Supremo Tribunal Federal.

(...)

No mais, a Recomendação n.º 62, do C. Conselho Nacional de Justiça, não pode servir de salvo-conduto para a prática de crimes nos casos em que se faz necessária a custódia cautelar, como antes se destacou. É de se lembrar, ainda, que a SAP está realizando as medidas sanitárias para conter a doença nos estabelecimentos prisionais. Ademais, a prisão em flagrante evidencia que não respeitou as recomendações de isolamento social, o que revela, inclusive, que seu estado de saúde não era motivo de preocupação.

(...)

Diversamente do argumentado pela impetrante, a decisão ora atacada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não está marcada pela generalidade da fundamentação. De fato, a autoridade judiciária destacou aspectos que, no seu entender, justificavam a manutenção da custódia. Chamou atenção para os registros criminais do paciente, afirmando o risco concreto à ordem pública. Assinalou, ademais, que o paciente não apresentava residência fixa, motivo pelo qual a prisão preventiva seria a única forma de resguardar a futura aplicação da lei penal. Conclui, dessa forma, pela insuficiência das medidas cautelares alternativas.

Com efeito, o *fumus commissi delicti* encontra-se, por ora, convergente. Emana dos elementos informativos que foram colhidos quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, os quais, inclusive, subsidiaram o oferecimento da denúncia.

O *periculum libertatis*, por sua vez, não se encontra evidenciado. Sem embargo dos fundamentos apontados pela autoridade judiciária, os fatos imputados não envolvem, em sua execução, o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa que pudessem induzir à afirmação de periculosidade. Cuida-se de suposto crime de furto, sendo o objeto subtraído um botijão de gás, delito que não está marcado pelo emprego de violência ou grave ameaça. Não há, dessa forma, indícios de periculosidade exacerbada que justificassem a necessidade da prisão cautelar.

Por outro lado, o paciente é primário¹. Muito embora possua registros criminais anotados em seu nome, não há registros de sentença penal condenatória. Não há que se falar, portanto, em reincidência ou em maus antecedentes. A situação assim posta não torna absolutamente inviável a imposição de regime diverso do fechado, na eventual hipótese de afirmação da procedência da ação penal. Assim, o cenário que se coloca evidencia a desproporcionalidade da medida extrema diante das perspectivas de solução do conflito penal.

Dito de outra forma, as medidas cautelares em geral, e a prisão preventiva em especial, submetem-se ao princípio da proporcionalidade. Assim, a restrição da liberdade no curso da marcha processual não pode implicar situação mais gravosa do que aquela que se projeta na hipótese de procedência da ação penal condenatória. A homogeneidade da medida é a exata proporcionalidade que deve pautar o que se pede na pretensão acusatória e o que se indica como provável tutela

¹ a saber, Certidão criminal – fls. 42 e 45/46 dos autos originais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurisdicional de mérito. No caso em apreço, a medida extrema não se coaduna com a suposta gravidade concreta do crime e as circunstâncias objetivas e subjetivas até então apuradas. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO RESSURREIÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE APREENDIDO COM PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA. EXCEPCIONALIDADE. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO (ART. 319 DO CPP). POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No caso, não obstante as relevantes considerações realizadas pelo Magistrado singular, a respeito da prisão em flagrante relacionadas à prática do crime, as demais circunstâncias descritas nos autos revelam que a aplicação de medidas alternativas à prisão se mostram suficientes a evitar a reiteração delitiva, evidenciado que com o paciente foi apreendida pequena quantidade de maconha, considerando tanto o fato de o paciente ser primário como de o crime, apesar de grave, ter sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

2. Importante salientar que, com o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão cautelar passou a ser, mais ainda, a mais excepcional das medidas, devendo ser aplicada somente quando comprovada a inequívoca necessidade, devendo-se sempre verificar se existem medidas alternativas à prisão, adequadas ao caso concreto. Precedente.

3. A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão constantes do art. 319 do Código de Processo Penal mostra-se suficiente para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

4. Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, mediante o cumprimento das medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319, I, II, III, IV e V, do Código de Processo Penal, salvo prisão por outro motivo e sem prejuízo da aplicação, ou não, de outras medidas alternativas à prisão, fundamentadamente.

(STJ, HC 494.526/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019).

De se ressaltar que a ausência de prova de indicação de exercício de atividade lícita ou de vínculo residencial, não são suficientes a indicar a necessidade da prisão preventiva, mormente quando ausentes elementos reveladores da reiteração delitiva, indicativos de que, em liberdade, o paciente retornaria para o campo da criminalidade. Nesse sentido, já se decidiu:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SUPOSTA INTIMIDAÇÃO DAS TESTEMUNHAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ENDEREÇO FIXO E ATIVIDADE LÍCITA. ARGUMENTO INSUFICIENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva, para ser legítima à luz da sistemática constitucional, exige que o Magistrado, sempre mediante fundamentos concretos extraídos de elementos constantes dos autos (arts. 5.º, LXI, LXV e LXVI, e 93, inciso IX, da Constituição da República), demonstre a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria delitiva (*fumus comissi delicti*), bem como o preenchimento de ao menos um dos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, no sentido de que o réu, solto, irá perturbar ou colocar em perigo (*periculum libertatis*) a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2. Além disso, de acordo com a microrreforma processual procedida pela Lei n.º 12.403/2011 e com os princípios da excepcionalidade (art. 282, § 4.º, parte final, e § 6.º, do CPP), provisionalidade (art. 316 do CPP) e proporcionalidade (arts. 282, incisos I e II, e 310, inciso II, parte final, do CPP), a prisão preventiva há de ser medida necessária e adequada aos propósitos cautelares a que serve, não devendo ser decretada ou mantida caso intervenções estatais menos invasivas à liberdade individual, enumeradas no art. 319 do CPP, mostrem-se, por si sós, suficientes ao acautelamento do processo e/ou da sociedade.

3. No caso, não há a indicação de nenhum elemento concreto que justifique a necessidade da custódia cautelar, notadamente porque foi ressaltada somente a gravidade abstrata do crime de roubo, bem como foi apresentada a justificativa genérica de necessidade da segregação provisória para a garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que fundamentos vagos, que digam respeito às próprias elementares do tipo penal, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque nada dizem acerca da real periculosidade do Agente, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.

5. Cabe também ressaltar que o argumento de que o Paciente não comprovou endereço fixo e trabalho lícito não pode ser considerado suficiente para a decretação da medida extrema. Ademais, não foi consignada fundamentação concreta de que o Acusado estaria intimidando ou constrangendo as vítimas ou testemunhas.

(STJ, HC 533233/RJ, Min. Laurita Vaz).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nunca é por demais salientar que a prisão preventiva constitui a *ultima ratio* no contexto das medidas cautelares pessoais. É cabível quando demonstrada a insuficiência das medidas cautelares alternativas (art. 310, II, do CPP). No caso dos autos, os elementos informativos não apontam para uma ação exagerada que extrapolasse os contornos do tipo penal. Tampouco há aspectos subjetivos desfavoráveis que indicassem a indispensabilidade da medida extrema. Nesse cenário, a concessão da ordem é medida imperativa.

Com supedâneo no exposto, **pelo meu voto, concedo a ordem de *habeas corpus* para tornar definitiva a liminar.**

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator