



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000357692

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 20666660-39.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente WESLEY NASCIMENTO SANTOS SILVA.

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 sem voto), NEWTON NEVES E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 4 de maio de 2023.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal

Voto nº 6471

Habeas Corpus Criminal nº 2066660-39.2023.8.26.0000

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Paciente: Wesley Nascimento Santos Silva

Juízo do Plantão Criminal da Comarca de São Paulo

Habeas Corpus. Furto e Receptação. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Constrangimento ilegal. Crime cometido sem violência ou grave ameaça. Desproporcionalidade da medida. Liminar deferida.

- 1. Fumus comissi delicti que é dado pelos elementos informativos colhidos na fase preliminar da persecução revelados pela visibilidade e imediatidade que emerge da aplicação de medida protetiva em desfavor do paciente.**
- 2. Periculum libertatis. Fatos que não se revestem de gravidade concreta. Crimes que não envolvem o emprego de violência ou grave ameaça. Paciente primário. Anotações criminais anteriores que não se prestam para caracterizar reincidência ou maus antecedentes. Situação indicativa da desproporcionalidade da medida extrema. Princípio da homogeneidade. Medidas cautelares alternativas que se mostram suficientes.**
- 3. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar.**

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em favor de **Wesley Nascimento Santos Silva**, em razão de suposto constrangimento ilegal atribuído ao **Juízo do Plantão Criminal da Comarca de São Paulo**, consistente na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Segundo a impetrante, o paciente foi preso em flagrante, no último dia 20 de março, em razão da suposta prática dos delitos de furto e receptação, prisão esta convertida em preventiva. Esclarece que foi requerida a concessão da liberdade provisória do paciente, a qual foi negada pela autoridade judiciária. Destaca as condições subjetivas favoráveis do paciente as quais são dadas pela primariedade e os bons antecedentes, bem como o vínculo residencial. Sustenta que a prisão anterior

do paciente não pode caracterizar reincidência. Entende que a manutenção no cárcere subverte a lógica principiológica dos institutos da prisão e da liberdade provisória. Assinala que o paciente, caso seja posto em liberdade, não irá atentar contra a ordem pública, não comprometerá o correto andamento da instrução criminal e tampouco furtar-se-á à aplicação da lei penal. Sustenta que o perigo gerado pelo estado de liberdade do paciente deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Assevera que a medida extrema imposta ao paciente é desproporcional. Entende, nesse sentido, que é evidente o constrangimento ilegal. Alega que o delito, ora investigado, foi cometido sem violência ou grave ameaça. Salienta que, mesmo que o paciente seja condenado ao final da persecução penal, fará jus a regime mais brando. Considera que seria possível a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, as quais seriam suficientes para resguardar a necessidade da aplicação da lei penal. Postula, destarte, pela concessão da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente (fls. 01/09).

Deferida a liminar (fls. 107/111), a autoridade apontada como coatora prestou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 115/237). A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Cícero José de Moraes, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 241/248).

Eis, em síntese, o relatório.

Pelo que se infere dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no último dia 20 de março, em razão da suposta prática de furto e receptação, prisão esta convertida em preventiva. De acordo com os elementos informativos, policiais militares em patrulhamento de rotina foram acionados por um transeunte para atenderem ocorrência de furto. Segundo apurado, a vítima estava em seu veículo quando foi surpreendida pela ação de um indivíduo que, ao se aproximar pelo lado do passageiro, quebrou o vidro e subtraiu o aparelho celular que estava no console. A vítima, a pé, tentou alcançar o indivíduo. Na ocasião, avistou-o fugindo em um automóvel Hyundai/HB20, cor branca. Uma vez acionados, os policiais militares

fizeram ronda pela região, oportunidade na qual avistaram dois indivíduos em atitudes suspeitas. Feita a abordagem, em poder do paciente encontraram um aparelho celular da marca Positivo. Com o corréu, os policiais encontraram um aparelho celular da marca Apple.

Enquanto realizavam a abordagem, outra equipe de policiais foi informada, via COPOM, que próximo ao local havia um veículo Hyundai/HB20, cor branca, abandonado na via. Lá chegando, avistaram o veículo aberto e com a chave no contato. Em buscas no automóvel, encontraram um aparelho celular. Os policiais constataram, após pesquisas, que o carro era produto de roubo.

A autoridade policial, para quem o paciente e o corréu foram apresentados, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura do respectivo auto. A vítima reconheceu o paciente e o corréu como autores dos delitos. Ambos foram, então, submetidos à audiência de custódia. Naquela oportunidade, a legalidade das prisões foi afirmada e, na mesma ocasião, as prisões foram convertidas em preventiva.

Com a finalização do inquérito, o Ministério Público ofertou denúncia contra o paciente e o corréu, imputando-lhes a prática dos crimes tipificados pelos artigos 180, *caput*, e 157, §2º, II e VII, do Código Penal (fls. 100/104 dos autos originais). No último dia 28 de março, a autoridade judiciária proferiu juízo de admissibilidade positivo da denúncia e, na mesma oportunidade, designou a audiência de instrução, debates e julgamento para o próximo dia 18 de maio (fls. 120/121 dos autos originais). Por ora, aguarda-se a citação do paciente.

Em atenção à liminar oferecida, a autoridade coatora determinou a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, o qual foi cumprido no último dia 30 de março (fls. 140/142 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 deliberou (fls. 82/88 dos autos originais):

(...)

Inicialmente, anoto que delito praticado pelos autuados é de especial gravidade, daqueles que causam grande desassossego social, demonstrando verdadeira audácia na prática criminosa. Ademais, consta que os autuados aproveitaram-se que a vítima encontrava-se parada dentro do veículo, em situação de vulnerabilidade, e quebrou o vidro do citado automóvel para efetuar a subtração do telefone celular, circunstância que demonstra a sua periculosidade, uma vez que expôs a perigo de forma concreta a integridade física da vítima. Depreende-se que a conduta dos autuados é bastante ameaçadora, capaz de gerar grande susto e temor.

Ademais, pontuo que não se trata aqui de fato de pouca importância (gravidade), mas de subtração de bem de considerável valor (celular), de uso pessoal diário e que armazena informações relevantes da vida pessoal da vítima, causando prejuízos de elevada monta, mas não só financeiros. Além disso, o agente normalmente não fica com o bem para si, pois já embrenhado na criminalidade tem a quem repassar o produto do furto (receptadores) para fins de revenda a terceiros. Ou seja: temos fato grave na hipótese.

Ainda, estavam na posse de veículo produto de roubo. Pontuo que não se trata aqui de fato de pouca importância (gravidade), mas de receptação que envolveu a subtração de bem de alto valor (automóvel), o que pode causar enorme prejuízo à vítima.

Não bastasse, verifico que o autuado DANIEL é reincidente por crime de roubo, enquanto o autuado WESLEY, apesar de tecnicamente primário, está em liberdade provisória no bojo de ação penal a qual responde por crime da mesma espécie, subtração de aparelho celular, praticado com semelhante modus operandi. Tudo isso evidencia habitualidade criminosa, o perigo gerado pelo estado de liberdade dos autuados e o risco à ordem pública.

Assim, quanto a DANIEL, há REINCIDÊNCIA na espécie, circunstância impeditiva, nos termos da lei e na eventualidade de condenação, da concessão de regime menos gravoso. Outrossim, assentada a recalcitrância em condutas delituosas, cumpre prevenir a reprodução de novos delitos, motivação bastante para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente a prática criminosa. Por fim, nos termos do artigo 310, § 2º, do CPP (redação dada pela Lei nº 13.964/2019): "se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares".

No que tange ao autuado WESLEY, no caso concreto, o autuado evidentemente quebrou a confiança que foi depositada pela Justiça Criminal, pois, após a concessão de liberdade provisória

condicionada, foi novamente detido em flagrante, pelo mesmo delito. 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 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.

Diante do exposto, verifico que os atuados demonstraram indícios concretos de que em liberdade voltarão a delinquir, evidenciando que a imposição de qualquer medida cautelar diversa da prisão não se mostra suficiente para afastar a prática de delitos. Assim, a conversão da prisão em flagrante em preventiva se faz necessária como forma de se garantir a ordem pública e se evitar a reiteração delitiva.

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 devida), pelo que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

(...)

Assim, em que pese o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, o caso é de segregação cautelar, tendo em vista as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente.

Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP, art. 282, § 6º). E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art. 313, § 2º), mas sim de que as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública.

(...)

No presente caso, o *fumus comissi delicti* é dado pelos elementos informativos colhidos na fase preliminar da persecução revelados pela visibilidade e imediatidade que emerge da situação de flagrante delito e cuja legalidade foi afirmada pela autoridade judiciária. Foram os mesmos elementos que subsidiariam o

oferecimento da denúncia.

Com relação ao *periculum libertatis*, sem embargo dos fundamentos apontados pela autoridade judiciária, não se vislumbra, por ora, ação delituosa exagerada que extrapolasse os contornos do tipo penal. Os fatos envolvem a suposta prática dos crimes de furto e receptação, os quais não estão marcados pelo emprego de violência ou grave ameaça. Não há, dessa forma, indícios de periculosidade exacerbada.

Por outro lado, o fato de, à época dos fatos, o paciente estar em liberdade provisória, concedida em processo diverso¹, não pode se prestar à imposição de medida extrema. Afinal, o paciente é primário. Neste ponto, muito embora o paciente possua registros criminais², não há sentença condenatória transitada em julgado. Não há que se falar, portanto, em reincidência ou em maus antecedentes. Há, dessa forma, a possibilidade de fixação de resposta punitiva mais branda, na hipótese de condenação. 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 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

¹ A saber: Processo nº 1515226-68.2020.8.26.0228 (furto qualificado), em trâmite perante a 32ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

² A saber: Folha de Antecedentes Criminais às fls. 67/68 e 76/77 dos autos originais.

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 delitativa, 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 mais a mais, a imposição de medidas cautelares deve atender ao binômio “necessidade e adequação”, a teor do art. 282 do Código de Processo Penal. Ocorre que 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).

Por fim, 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.

Assim, o prolongamento da prisão preventiva apresenta contornos de desproporcionalidade diante dos prognósticos que se abrem de efetivação do poder punitivo.

Diante do exposto, pelo meu voto, **concedo a ordem do presente habeas corpus para tornar definitiva a liminar.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI
Relator