



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000317259

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2085862-31.2025.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é paciente RAFAEL SILVA DA COSTA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Denegaram, liminarmente, a ordem deste "habeas". V. U. Intimem-se a Procuradoria-Geral de Justiça e a defesa.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus n. 2085862-31.2025.8.26.0000

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araraquara

Paciente: Rafael Silva da Costa

Voto n. 12.829

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE ESCALADA. (1) PRISÃO PREVENTIVA. (2) REQUISITOS. (3) CABIMENTO. (4) FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. "FUMUS COMISSI DELICTI" E "PERICULUM LIBERTATIS" COMPROVADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO. (5) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. (6) CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. (7) ORDEM DENEGADA LIMINARMENTE.

1. Com efeito, em razão do princípio da presunção de inocência, postulado constitucional, vigora no Direito brasileiro a dicotomia existente entre prisão-pena e prisão processual. Como cediço, aplicando-se o princípio da não culpabilidade, por meio do qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), aquele que se encontra encarcerado se considera preso provisório para fins penais. Tanto isso é verdade que a prisão processual no Brasil, pelo menos didaticamente falando, não pode ser vista como antecipação de pena. Deve, por outro lado, na medida do possível, ser vista sob a óptica do binômio "necessidade" x "proporcionalidade", para que ela não seja vista como sinônimo de pena, pois esta última somente ocorre posteriormente ao trânsito em julgado. Assim, como o Direito Penal não reprovava o ser humano, mas sim uma conduta típica, antijurídica e culpável, por meio do Estado, o Direito Processual Penal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da presunção de inocência, está legitimado a utilizar todos os seus meios de coerção para buscar a verdade real e aplicar o direito material. Daí porque se falar nos institutos cautelares, dentre eles as prisões cautelares e, no caso que se está a tratar, mais especificadamente, da prisão preventiva.

2. A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória admitida no direito processual brasileiro, de longe a mais importante de todas as prisões cautelares, somente podendo ser decretada por ordem escrita do Magistrado, durante a fase de inquérito policial ou durante a instrução processual, desde que presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis". O "fumus comissi delicti" está consubstanciado na prova da existência do crime, de indícios suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, não havendo a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

demonstração da existência de um fato típico. Já o "periculum libertatis" está consubstanciado nos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, todos descritos no art. 312, do Código de Processo Penal, a saber: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. Por força da Lei n. 12.403/11, de 04 de maio de 2011, e da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, reduziram-se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, alinhadas à ideia de prisão como "ultima ratio", e inseriu-se no sistema processual brasileiro a possibilidade de fixação de inúmeras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do Código de Processo Penal). Atualmente, a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que presentes os pressupostos cautelares, nos seguintes casos: (a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos; (b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do caput, do art. 64, do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

4. Os fundamentos utilizados pela autoridade coatora revelaram-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, pois presentes o "fumus commissi delicti" e o "periculum libertatis", este sob a perspectiva da garantia da ordem pública, paciente que foi preso pela prática de crime grave, furto qualificado mediante escalada, objetivando a subtração de 01 (uma) furadeira e 02 (duas) serras mármore, todas da marca "Makita", não se perdendo de vista que o paciente confessou a autoria criminosa em solo policial e declarou ser morador de rua, motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção da sua custódia cautelar e impedem, "ipso facto", a escolha por medidas cautelares diversas da prisão. Decisão devidamente fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, especialmente diante do conjunto indiciário que se formou, a reforçar a contemporaneidade da prisão, lembrando que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entende que a contemporaneidade se relaciona com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não com o momento da prática supostamente criminosa em si (HC 212.647-AgR/PB – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 05/12/2022 – DJe de 10/01/2023 e HC 221.485-AgR/CE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022). Inteligência da doutrina de Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly, Guilherme de Souza Nucci, Antônio Scarance Fernandes e Hélio Tornaghi.

5. Medidas cautelares diversas da prisão. Impossível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

segregação se encontra justificada e se mostra imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos ("periculum libertatis", aqui caracterizado pela garantia da ordem pública e pela conveniência da instrução criminal). Inteligência do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal: "A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada".

6. As condições pessoais favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa, emprego, dentre outras, não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. É dizer: os fundamentos que autorizam a prisão preventiva, "fumus commissi delicti" (materialidade e indícios de autoria) e "periculum libertatis" (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal) não são neutralizados tão-somente pela só existência dos fatores de ordem pessoal acima mencionados. Precedentes do STF (RHC 217.679-AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022; HC 214.290-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 23/05/2022 – DJe de 06/06/2022; HC 206.147-AgR/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 09/10/2021 – DJe de 25/10/2021 e HC 200.832-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

7. Ordem denegada liminarmente.

VOTO

Trata-se de "habeas corpus" impetrado em favor de **Rafael Silva da Costa**, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araraquara.

Numa síntese, a impetração deu conta de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 21 de março de 2025 foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, II, do Código Penal (tipificação provisória), certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araraquara, ora

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão. Apontou a impetrante que estão ausentes os requisitos para a sua manutenção no cárcere e que a decisão foi carente de fundamentação. Afirmou, ainda, que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça e que, em caso de condenação, o paciente cumprirá pena em regime diverso do fechado. Assim, pugnou a impetrante pela revogação da prisão preventiva do paciente, mediante liminar, porque ausentes os requisitos para a sua manutenção no cárcere, expedindo-se, consequentemente, alvará de soltura clausulado, ou alternativamente, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (fls. 01/40).

É o relatório.

Denego, liminarmente, a ordem deste "habeas".

A impetração deu conta de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 21 de março de 2025 foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, II, do Código Penal (tipificação provisória), certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araraquara, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão. Apontou a impetrante que estão ausentes os requisitos para a sua manutenção no cárcere e que a decisão foi carente de fundamentação. Afirmou, ainda, que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça e que, em caso de condenação, o paciente cumprirá pena em regime diverso do fechado.

Fundamento.

Com efeito, em razão do princípio da presunção de inocência,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

postulado constitucional, vigora no Direito brasileiro a dicotomia existente entre prisão-pena e prisão processual. Como cediço, aplicando-se o princípio da não culpabilidade, por meio do qual *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), aquele que se encontra encarcerado se considera preso provisório para fins penais.

Isso significa que, enquanto perdurar a fase investigatória, instrutória e recursal, aquele que estiver preso, por força de prisão preventiva ou prisão em flagrante (ou antigamente até mesmo pela famigerada prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou pela prisão decorrente de sentença de pronúncia), considerar-se-á preso provisório.

Aliás, não se pode olvidar que em nosso sistema vigora o modelo de que *"a liberdade é a regra, a prisão exceção"*. Por tal motivo a prisão nunca deverá ser decretada ou mantida quando possível a instrução do processo sem a privação da liberdade individual (no caso, com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão), até porque analisando, ainda que perfunctoriamente, o princípio do estado de inocência, não se pode partir do pressuposto de que todo suspeito da prática de um crime foi realmente aquele que o praticou.

Tanto isso é verdade que a prisão processual no Brasil, pelo menos didaticamente falando, não pode ser vista como antecipação de pena. Deve, por outro lado, na medida do possível, ser vista sob a óptica do binômio "necessidade" x "proporcionalidade", para que ela não seja vista como sinônimo de "pena", pois esta última somente ocorre posteriormente ao trânsito em julgado.

Logo, como o Direito Penal não reprovava o ser humano, mas sim uma conduta típica, antijurídica e culpável, por meio do Estado, o Direito

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Processual Penal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da presunção de inocência, está legitimado a utilizar todos os seus meios de coerção para buscar a verdade real e aplicar o direito material. Daí porque se falar nos institutos cautelares, dentre eles as prisões cautelares e, no caso que se está a tratar, mais especificadamente, da prisão preventiva.

E, aqui, ressalto que a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória admitida no direito processual brasileiro, de longe a mais importante de todas as prisões cautelares, somente podendo ser decretada por ordem escrita do Magistrado, durante a fase de inquérito policial ou durante a instrução processual, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime, de indícios suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, nos exatos termos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Ademais, à luz do sistema acusatório (art. 129, da Constituição Federal) a prisão preventiva poderá ser decretada pelo Juiz, mediante pedido expresso do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, conforme previsão legal do art. 311, do Código de Processo Penal (com as modificações impostas pela Lei n. 13.964/19), podendo ser decretada tanto na fase de inquérito policial ou na fase processual.

Nesse ponto, ensinam **PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN** e **JORGE ASSAF MALULY**:

"A prisão preventiva é uma medida cautelar, restritiva da liberdade do indivíduo, de natureza processual. É decretada por ordem escrita do juiz e pode incidir em qualquer fase do inquérito ou do processo, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência cautelar, a prisão preventiva exige a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora."

(Curso de Processo Penal, 6ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Forense, 2010).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, consoante acima fiz constar, a prisão preventiva poderá ser decretada (ou convertida) por "garantia da ordem pública", "garantia da ordem econômica", "conveniência da instrução criminal" ou para "assegurar a aplicação da lei penal", desde que presentes a "prova da existência do crime" e "indícios suficientes de autoria", de sorte a inexistir violação ao princípio do estado de inocência, pois aqui a prisão é apenas prisão processual. A esse respeito, trago as brilhantes considerações do **Min. CELSO DE MELLO**:

"Impõe-se observar, de outro lado, no tocante ao pleito subsidiário deduzido pela parte ora agravante, que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o seu caráter extraordinário, a prisão cautelar pode efetivar-se, desde que o ato judicial formalizador de sua decretação tenha fundamentação substancial, apoiando-se em elementos concretos e reais que se ajustem aos requisitos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da utilização dessa modalidade de tutela cautelar penal (RTJ 134/798, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamentos sobre a matéria (RTJ 64/77, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, v.g.), tem acentuado, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, 'Código de Processo Penal Interpretado', p. 688, 7ª ed., 2000, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, 'Curso Completo de Processo Penal', p. 250, item n. 3, 9ª ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, 'Manual de Processo Penal', p. 274/278, 4ª ed., 1997, Saraiva), que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria – e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, torna-se legítima, presentes razões de necessidade, a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar:

[...]

É inquestionável, portanto, que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.).

(STF – HC 176.553-AgR/RS – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Segunda Turma – j. em 03/10/2020 – DJe de 07/10/2020).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

No duro, tais pressupostos e condições nada mais são do que os requisitos cautelares "fumus commissi delicti" e "periculum libertatis", respectivamente.

O "fumus commissi delicti" está consubstanciado na prova da existência do crime, de indícios suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, não havendo a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a demonstração da existência de um fato típico.

Já o "periculum libertatis" está consubstanciado nos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, todos descritos na primeira parte do art. 312, do Código de Processo Penal, os quais já fiz menção acima e explicarei pormenorizadamente a seguir.

O primeiro deles, garantia da ordem pública, a meu sentir, é explicado com esmero por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, a saber:

"A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade."

(**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2014).

Deste modo, a ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

social. Isso significa que, se o indiciado ou o réu estiver demonstrando que praticará novas infrações penais – demonstrando alta periculosidade –, procedendo à apologia do crime, reunindo-se em quadrilha ou organização criminosa, enfim, haverá, sem maiores dificuldades de constatação, perturbação à ordem pública, o que ensejará a sua custódia cautelar. Por todos, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA POR INSTRUÇÃO DEFICIENTE. POSTERIOR JUNTADA DE PEÇAS PROCESSUAIS PERTINENTES. ECONOMIA PROCESSUAL. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA PELO USO DE ARMA DE FOGO. CRIME LAVAGEM DE DINHEIRO MAJORADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. **GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE INTERRUÇÃO DAS ATIVIDADES CRIMINOSAS DA ORGANIZAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO. PRECEDENTES.** EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. RECOMENDAÇÃO AO DESEMBARGADOR RELATOR DA APELAÇÃO PARA QUE ENVIDE ESFORÇOS NO SENTIDO DE GARANTIR CELERIDADE NO JULGAMENTO DO FEITO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, registra entendimento no sentido de que a gravidade concreta da conduta, reveladora do potencial elevado grau de periculosidade do Agente e consubstanciada na alta reprovabilidade do modus operandi empregado na empreitada delitiva, é fundamento idôneo a lastrear a prisão preventiva, com o intuito de preservar a ordem pública.

2. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior no sentido de que 'a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva'** (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009)" (RHC 148.872/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021; sem grifos no original).

[...]"

(STJ – AgRg no HC 687.840/MS – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. NEGATIVA DE AUTORIA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA PRONÚNCIA. GRAVIDADE DA CONDUTA. IDONEIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319/CPP. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE.

[...]

2. Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, consoante prevê o art. 312 do CPP.

3. Consta do decreto prisional fundamentação idônea consubstanciada na gravidade da conduta, registrando o juízo de origem que "[o] crime imputado é de natureza grave, praticado em via pública, em local de amplo acesso ao público e diante de diversos populares, com severa violência consistente em atropelamento contra o ofendido", destacando-se, ainda, que "o investigado tentou se desvencilhar do ato cometido, evadindo-se do local com o veículo que, em tese, foi utilizado no ato criminoso e que deu ré no veículo e saiu em alta velocidade e foi para cima da vítima, atropelando-a em alta velocidade".

4. **É firme o entendimento jurisprudencial de que "a segregação cautelar para a garantia da ordem pública se mostra fundamentada no caso em que o modus operandi empregado revela especial desvalor da conduta", (AgRg no HC 582.326/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020), a evidenciar a periculosidade real, propensão à prática delitiva e conduta violenta, como no caso.**

5. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porquanto insuficientes para resguardar a ordem pública.

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 743.598/SP – **Rel. Min. Olindo Menezes** – Sexta Turma – j. em 04/10/2022 – DJe de 07/10/2022).

Ressalto, ademais, que a garantia da ordem pública não se confunde com o "clamor público", embora este esteja inserido na expressão ora analisada. O clamor público pode ser entendido como "a grande indignação que crimes perpetrados em circunstâncias extraordinárias causam na sociedade, gerando considerável repercussão no meio social", isto é, relaciona-se com a repercussão social do crime (clamor e comoção causados na sociedade, não apenas local).

O segundo pressuposto, garantia da ordem econômica, foi introduzido pelo art. 86, da Lei n. 8.884/94, que trata da prevenção dos chamados "white collar crimes" (ou, "crimes do colarinho branco"), que foram intitulados como tais em razão de pessoas de destaque social utilizarem-se de cargos importantes, sobretudo públicos e do alto escalão, para praticar atos ilícitos contra o patrimônio coletivo ou individual.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Aqui, novamente trago os ensinamentos de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** sobre o tema:

"Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco."

(**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2014).

O terceiro, conveniência da instrução criminal, possui carácter instrumental (procedimental), vale dizer, existe para preservar a realização da instrução criminal, em todos os seus aspectos. É dizer: são os abalos causados pelo réu visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, especialmente quanto à colheita de provas.

Nesse passo, o saudoso **HÉLIO TORNAGHI** traz a seguinte definição:

"Melhor seria que se houvesse dito: necessidade para instrução criminal. De qualquer modo, tratando-se de providência restritiva da liberdade, deve entender-se conveniente a prisão para a instrução criminal somente quando estritamente necessária, isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia. Assim, por exemplo, se o acusado, em liberdade, está destruindo provas, corrompendo testemunhas, influenciando peritos etc., a prisão é conveniente à instrução criminal."

(**Curso de Processo Penal**, Volume 2, 9ª edição, atualizada, Editora Saraiva, 1995).

Outrossim, **ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES**:

"A prisão por conveniência da instrução criminal serve para garantir a produção da prova, como sucede nos casos em que há ameaça a testemunhas ou há risco de o acusado fazer desaparecer importantes fontes de prova."

(**Processo Penal Constitucional**, 7ª edição, revista, atualizada, ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por fim, o último pressuposto para a decretação da prisão preventiva, assegurar a aplicação da lei penal, não significa preservar uma possível audiência de instrução, debates e julgamento, tal como ocorre no fundamento anterior ("conveniência da instrução criminal"). Aqui, a situação correlaciona-se com a possibilidade de "fuga" do acusado, de sorte que o decreto preventivo busca assegurar que a execução de eventual sentença condenatória não fique prejudicada pela fuga do réu.

O próprio **CESAR BONESSANA**, Marquês de Beccaria, em seu famoso livro "Dei delitti e delle pene" já sustentava, com acerto, que:

"O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime."

(**Dos Delitos e das Penas**, tradução: Torrieri Guimarães, 2ª edição, Editora Martin Claret, 2008).

Adiante.

Superada a análise dos pressupostos da prisão preventiva, relembro que as hipóteses de cabimento da referida prisão cautelar, anteriormente à Lei n. 12.403/11, eram estas: **(a)** crimes punidos com reclusão; **(b)** crimes punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; **(c)** se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único, do art. 46, do Código Penal; e, **(d)** se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Entretanto, por força da Lei n. 12.403/11, de 04 de maio de 2011, alterou-se o entendimento supracitado, o legislador modificando as hipóteses e reduzindo ainda mais o seu cabimento com o escopo de se alinhar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

à ideia de prisão como "ultima ratio", consoante acima já aponte. Confirmam-se as novas hipóteses:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)."

"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."

Posteriormente, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como "Pacote Anticrime", aperfeiçoou a legislação (penal e processual penal) e promoveu singelas alterações nos dispositivos e nas hipóteses de cabimento, que passaram a constar com a seguinte redação:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

§2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia."

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

"Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."

Todavia, necessários alguns esclarecimentos importantes envolvendo as mudanças da legislação processual penal sobre o tema.

Explico.

O primeiro deles é que o legislador pretendeu positivizar a ideia, de há muito pacificada, acerca da excepcionalidade da prisão cautelar, especialmente para os crimes com penas inferiores há quatro anos e consagrar a faculdade do Magistrado aplicar as "medidas alternativas à prisão", previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, que são essas: **(a)** comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades; **(b)** proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; **(c)** proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; **(d)** proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; **(e)** recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; **(f)** suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; **(g)** internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; **(h)** fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e, **(i)** monitoração eletrônica.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

A inserção das medidas cautelares diversas da prisão, bem ou mal, veio em boa hora, afinal a doutrina vinha tecendo críticas ao então Código de Processo Penal que apenas trazia a "fiança" como medida cautelar diversa da prisão, deixando de inovar em outros aspectos. Nesse passo, trago a arguta visão de **ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES** sobre o tema:

"Há necessidade de ser reformado o Código de Processo Penal no tratamento dado às medidas cautelares. Antes, estava centrado em duas medidas: a prisão e a fiança. Era constante a ligação entre elas, com previsões de que o acusado ficaria preso quando não fosse possível a fiança. Exigências no sentido de ajustar o Código aos estudos de processo penal constitucional atenuaram o seu rigor, admitindo a liberdade sem fiança quando não devesse ser decretada prisão preventiva, possibilitando a liberdade após a pronúncia até o julgamento e a apelação em liberdade se o acusado fosse primário e tivesse bons antecedentes."

(As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal, Revista de Informação Legislativa n. 183, Ano 46, 2009).

E conclui:

"As demais alterações são ajustes também necessários: melhor regulamentação da prisão preventiva, atualização do instituto da fiança, possibilidade de prisão domiciliar para situações especialíssimas da pessoa acusada, fixação de prazo certo para a prisão, exigência de o juiz reexaminar periodicamente a necessidade de a medida ser mantida."

O segundo ponto é que, embora o intuito do legislador tivesse sido o de não permitir, ao menos diretamente, a prisão preventiva nos crimes menos graves, tais como sequestro e cárcere privado (art. 148, do Código Penal), furto simples (155, do Código Penal), extorsão indireta (art. 160, do Código Penal), apropriação indébita (art. 168, do Código Penal), duplicata simulada (art. 172, do Código Penal), receptação dolosa (art. 180, do Código Penal), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A, do Código Penal), rufianismo (art. 230, do Código Penal), associação criminosa (art. 288, do Código Penal), peculato mediante erro de outrem (art. 313, do Código Penal), contrabando ou descaminho (art. 334, do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Código Penal), reingresso de estrangeiro expulso (art. 338, do Código Penal) e coação no curso do processo (art. 344, do Código Penal), dentre outros, não é preciso desgastar-se muito intelectualmente para saber que a prisão preventiva continua sendo possível de ser decretada. E o caso que enseja o permissivo legal é aquele decorrente do descumprimento de qualquer medida cautelar aplicada anteriormente, independentemente do "quantum" da pena, nos termos do atual art. 312, §1º, do Código de Processo Penal (*"a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)"*).

Nesse sentido, a doutrina de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"Acrescentou-se o parágrafo único para consolidar a viabilidade de se utilizar a prisão preventiva como fato intimidativo a quem está sob medida cautelar diversa. Por isso, para que se obtenha êxito na aplicação de medidas provisórias alternativas ao cárcere, torna-se essencial que o indiciado ou réu compreenda a sua relevância e não despreze a chance que lhe é conferida.

Se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a à risca. Não o fazendo, resta ao Estado a opção pela ultima ratio processual: a prisão preventiva."

(Prisão e Liberdade, As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 2011).

O terceiro ponto é que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada no receio de perigo e na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Em relação à contemporaneidade da prisão preventiva, vale destacar que ela não se relaciona com o momento/data da prática do crime, mas sim à situação de risco concreto com a manutenção da liberdade do agente, isto é, a partir da concreta constatação de que somente a prisão impedirá a prática de novos delitos, tal como já decidido, por diversas vezes, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONTEMPORANEIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS: INVIABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA.

[...]

4. O Supremo Tribunal Federal entende que a contemporaneidade relaciona-se com os motivos ensejadores da prisão preventiva, e não com o momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos autorizadores da custódia. Precedentes.

[...]"

(STF – HC 212.647-AgR/PB – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 05/12/2022 – DJe de 10/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO USO RESTRITO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. INTERRUÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FORAGIDO DO DISTRITO DA CULPA. CONTEMPORANEIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A contemporaneidade da prisão preventiva não está necessariamente ligada à data da prática do crime, mas sim à subsistência da situação de risco que justifica a medida cautelar.

Nesse sentido: HC 206.116-AgR, Rel^a. Min^a. Rosa Weber.

[...]"

(STF – HC 221.485-AgR/CE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022).

O quarto e último ponto envolve a necessidade de reavaliação da prisão preventiva durante o prazo nonagesimal (90 dias), sob pena de tornar a prisão ilegal. Observo que antes da mudança promovida pela Lei n. 13.964/19 não havia previsão para a reavaliação periódica da custódia cautelar, o réu apenas contando com a possibilidade de soltura quando a defesa provocasse o juízo (o que, na prática, nem sempre era realizado pelos defensores), situação que culminava na impetração de inúmeros pedidos de "habeas corpus" escritos de próprio punho por presos provisórios. Assim, a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

medida legislativa teve o objetivo de evitar que a prisão preventiva perdurasse por mais tempo do que o necessário e que fosse revogada acaso não persistissem mais os pressupostos para a prisão cautelar.

Após muito debate na doutrina e na jurisprudência acerca da "revogação automática" da prisão preventiva caso superado o prazo de 90 dias, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pacificou a questão, firmando a seguinte tese:

"A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos."

(STF – SL 1395 MC-Ref/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – j. em 15/10/2020 – DJe de 04/02/2021).

Deste modo, entendeu-se que a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316, do Código de Processo Penal, **não implica em revogação automática da prisão preventiva**, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos, orientação que vem sendo seguida pela CORTE:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.
[...]

3. O entendimento do Plenário desta SUPREMA CORTE, do qual o Superior Tribunal de Justiça não se distanciou, é no sentido de que 'A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316, do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos' (SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, DJe de 4/2/2021). 4. Embargos de declaração recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 222.686-ED/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 08/02/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. **PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERRUÇÃO. REVISÃO. REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA. NÃO IMPLICAÇÃO. CONTEMPORANEIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é de que 'a inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos' (SL 1.395-MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux).

[...]"

(STF – HC 205.164-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 180, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. INADMISSÍVEL SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **REVISÃO DA PRISÃO NO PRAZO DE 90 DIAS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA ILEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Inexiste, na espécie, flagrante ilegalidade, mormente considerando-se a posição do Plenário no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta automaticamente a revogação da prisão preventiva (SL nº 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13/11/20).

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 199.854-AgR/RJ – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/05/2021 – DJe de 17/06/2021);

"HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. SINGULARIDADE E RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA. PRISÃO PREVENTIVA. **INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO AUTOMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA EM ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.**

[...]

4. Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória.

5. Habeas corpus indeferido."

(STF – HC 191.836/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – Redator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

23/11/2020 – DJe de 01/03/2021).

Então.

Superada a análise preliminar sobre o tema da prisão preventiva, passo à análise do mérito deste "habeas".

Deveras, deflui da impetração que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 21 de março de 2025 foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, II, do Código Penal (tipificação provisória), certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araraquara, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão. Apontou a impetrante que estão ausentes os requisitos para a sua manutenção no cárcere e que a decisão foi carente de fundamentação. Afirmou, ainda, que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça e que, em caso de condenação, o paciente cumprirá pena em regime diverso do fechado.

Levando-se em consideração o conteúdo da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, verifico que ela foi fundamentada na garantia da ordem pública, o que basta para justificar a necessidade da sua custódia cautelar. Confira-se, em síntese:

"Trata-se de prisão em flagrante de **RAFAEL SILVA DA COSTA**, ambos qualificados nos autos.

Apresentados os autuados em audiência de custódia, questionou-se pormenorizadamente sobre as circunstâncias da prisão, nos exatos termos da Resolução nº 213/2015 do CNJ e da Resolução nº 740/2016 do Órgão Especial do TJSP, em cumprimento aos artigos 7º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Cota Rica), admitida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/1992.

Manifestaram-se oralmente o Ministério Público e a Defesa.

2. Em análise preliminar, não verifico a existência de qualquer irregularidade apta a macular a prisão em flagrante, tendo sido

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

observados todos os requisitos constitucionais e legais.

O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem, não havendo nulidades ou irregularidades a serem declaradas ou sanadas. A situação fática encontra-se subsumida às hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal. Em suma, não há motivo que justifique o relaxamento da ordem flagrantial. Portanto, **HOMOLOGO** a prisão em flagrante do autuado, devidamente identificado e qualificado, o que faço com fundamento no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal e no artigo 5º, incisos LXI, LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal.

3. Pelo que consta do APF, não há elementos que permitam concluir ter havido tortura ou maus tratos ou ainda descumprimento dos direitos constitucionais assegurados ao preso.

4. Para a decretação da custódia cautelar, a lei processual exige a reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal, demonstrando-se o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (receio de perigo) e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (CPP, art. 312, caput e §2º c/c art. 315, §2º).

Ademais, deve-se verificar uma das seguintes hipóteses: **a)** ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; **b)** ser o investigado reincidente; **c)** pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; **d)** houver dúvida sobre a identidade civil do investigado ou não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la (CPP, art. 313).

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de **FURTO QUALIFICADO** (artigo 155, §4º, do Código Penal) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante.

Consta no Boletim de Ocorrência: "A Presente nesta CPJ os policiais militares informando que, por volta das 21:00 horas, foram acionados a comparecerem à Rua José Antônio de Abreu, 10, Jd. Paineiras, Itápolis/SP, vez que um popular havia detido um rapaz que acabara de sair de um barracão pulando o muro. No local, fizeram contato com o detentor do rapaz, o Sr. Willian, que lhes narrou que é construtor, e há alguns instantes, estava passando em frente a seu barracão situado à Rua Miguel Arcangelo Mercaldi, 214, quando viu o rapaz pulando de dentro pra fora do prédio carregando uma caixa de papelão nas mãos. Willian contou ainda que perseguiu o sujeito por um terreno baldio e, um pouco depois de ingressar em uma área verde, conseguiu detê-lo. Os policiais então fizeram uma varredura na área verde e localizaram a caixa de papelão com três ferramentas elétricas, sendo: 1 furadeira e 2 serras mármore, todas da marca Makita. Willian analisou as ferramentas localizadas e de imediato identificou como lhe pertencendo, esclarecendo, inclusive, que estavam em cima de uma bancada no interior do prédio. A vítima verificou" (fl. 10).

Na delegacia, o autuado confessou o delito (fl. 07).

Assim, no caso em tela, os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento do crime de furto qualificado, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

patamar de 4 (quatro) anos.

Assentado o *fumus commissi delicti*, debruço-me sobre o eventual *periculum in libertatis*.

Primeiramente pontuo que não se trata aqui de fato de pouca importância (gravidade), mas de bens que podem causar enorme prejuízo à vítima. Além disso, como cediço, em casos como tais, se o agente fica com o bem para si em estado original, a autoria delitiva é facilmente descoberta. Em geral, o agente já está embrenhado na criminalidade e repassa o bem a terceiro. Ou seja: temos fato grave na hipótese. Outrossim, a remoção de fiação elétrica pode causar danos estruturais muito mais significativos do que o valor da *res furtiva*, afetando significativamente a vítima.

Os fatos ostentam gravidade acentuada, diante da presença da qualificadora de escalada.

Veja-se que NÃO há indicação nem comprovação de **atividade laboral remunerada**, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

Observa-se, ademais, que **o custodiado é morador de rua (fl. 07)**, não possuindo, portanto endereço fixo, o que pode facilitar a fuga ao distrito da culpa e denota que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal.

Ressalto, desde já, que eventual arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis (primariedade) não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade.

É que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). “A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência” (STJ, HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000).

No caso dos autos, ademais, o autuado sempre residiu no Estado do Mato Grosso, como informado em audiência, vindo para o Estado de São Paulo há cerca de 08 meses.

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. 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.

5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual **CONVERTO** a prisão em flagrante de **RAFAEL SILVA DA COSTA** em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

EXPEÇA-SE mandado de prisão.

6. Serve esta decisão como **OFÍCIO** às Varas competentes, a ser encaminhado por e-mail (com as cópias pertinentes), informando sobre prisão preventiva decretada neste APF, em estrito cumprimento ao artigo 1.133 das NSCGJ. **Em especial, à Comarca de GUIRATINGA – MT (fl. 07), a fim de que seja enviado aos autos a certidão de antecedentes completa em relação ao autuado.**

Serve a presente decisão, por cópia digitada, como OFÍCIO/INTIMAÇÃO para todos os fins de direito.

7. Intime-se e cumpra-se.

Araraquara, 22 de março de 2025." (fls. 36/40).

Pois bem.

Logo, pela simples leitura da decisão da autoridade coatora, parece-me que a custódia cautelar do paciente se encontra devidamente justificada, pois presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis", este sob a perspectiva da garantia da ordem pública, paciente que foi preso pela prática de crime grave, furto qualificado mediante escalada, objetivando a subtração de 01 (uma) furadeira e 02 (duas) serras mármore, todas da marca "Makita" (cf. auto de exibição e apreensão a fls. 14), não se perdendo de vista que o paciente confessou a autoria criminoso em solo policial e declarou ser morador de rua (fls. 15), motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção da sua custódia cautelar e impedem, "ipso facto", a escolha por medidas cautelares diversas da prisão. Inteligência do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal: *"A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada"*.

Seguindo e concluindo.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

De outro vértice, nada interessa eventual primariedade, residência certa (não é o caso) ou emprego fixo do paciente, que são irrelevantes e não constituem razão suficiente para a revogação da sua prisão preventiva. Aliás, segundo já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. **Esta Corte tem entendimento de que 'condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese'** (HC 161.960-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – RHC 217.679-AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. **Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 'Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese'** (HC 161960 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05.04.2019).

4. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 214.290-AgR/SP – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 23/05/2022 – DJe de 06/06/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE POR SUPOSTOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP), DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP) E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/1993). PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTEMPORANEIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA NOS AUTOS. INVIABILIDADE DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

REEXAME DE QUESTÕES QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ. ANÁLISE PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

IV – A custódia cautelar encontra-se devidamente lastreada em requisitos autorizadores descritos no art. 312 do Código Processual Penal, qual seja, para garantir a ordem pública, não sendo adequado, por conseguinte, fixar outras cautelares alternativas previstas no art. 319 do mesmo Diploma Processual.

V – A primariedade, a residência fixa e os bons antecedentes não obstam a decretação da custódia cautelar quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes."

(STF – HC 206.147-AgR/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 09/10/2021 – DJe de 25/10/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, PETRECHOS PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. [...]

3. A circunstância de o Paciente ostentar primariedade, ocupação lícita, residência fixa e bons antecedentes, não constitui óbice à decretação ou manutenção da prisão preventiva, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]"

(STF – HC 200.832-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

Mais não se precisa dizer.

Logo, com essas considerações, **denego, liminarmente, a ordem deste "habeas"**.

Intimem-se a Procuradoria-Geral de Justiça e a defesa.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator