



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000827344

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2232330-03.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente ____ e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **INDEFERIRAM O HABEAS CORPUS in limine.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA E RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 7 de outubro de 2021.

FARTO SALLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº. 21.011

HABEAS CORPUS nº. 2232330-03.2021.8.26.0000 (Processo digital)

COMARCA: SÃO PAULO - (Processo nº. 1523714-75.2021.8.26.0228)

AUTORIDADE COATORA: MM. JUIZ DE DIREITO DO PLANTÃO - 00ª CJ

IMPETRANTE: Diego Rezende Polachini (Defensoria Pública)

PACIENTE: ____

“Habeas Corpus”. Furto simples. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância.

Trancamento da ação penal.

Impossibilidade. Conversão da prisão em

flagrante em preventiva. Decisão

fundamentada nos preceitos legais e em

detalhes do caso concreto, nada infirmando a

segregação. Inteligência dos artigos 312 e

313, inciso II, do Código de Processo Penal.

Paciente que ostenta DUPLA REINCIDÊNCIA

ESPECÍFICA. Necessidade de manutenção da

ordem pública, algo não alcançado por

singelas cautelares previstas no artigo 319



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

daquele mesmo Estatuto Processual. Elucubração sobre o cabimento de benesses diante de eventual condenação incompatível com a estreita via eleita. Pandemia de Covid-19 que não enseja automática concessão de benefícios. Existência de filhos menores que, por si só, não enseja automática prisão domiciliar, benesse colidente com as peculiaridades do caso, prevalecendo o interesse da sociedade sobre o individual. Constrangimento ilegal não verificado de plano. Ordem indeferida liminarmente, dispensados parecer da Procuradoria de Justiça e informações da autoridade coatora (artigo 663 do CPP).

2

VOTO DO RELATOR

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de _____, sob a alegação de ilegal constrangimento decorrente de ato do MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Capital, no feito sob o nº. 1523714-75.2021.8.26.0228. Aduz o impetrante, em síntese, ter sido a paciente presa em flagrante pela prática, em tese, de furto, convolvendo-se o ato em custódia preventiva, embora ausentes os requisitos autorizadores da segregação. Diz haver ilegalidade no flagrante, porquanto não realizado exame de corpo de delito, tampouco audiência de custódia. Sustenta não se verificar situação capaz de justificar a persecução, tendo em vista a atipicidade da conduta imputada, discorrendo sobre a necessidade de se observar o princípio da insignificância ante o valor irrisório dos produtos subtraídos, sem se ignorar o estado de necessidade de fome, tudo a ensejar o trancamento da ação penal. Salienta, no mais, a excepcionalidade da prisão cautelar, afirmando, ainda, que, no caso de eventual condenação, faria a paciente jus a regime prisional brando, algo a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indicar a desproporcionalidade da prisão. Diz, também, ter a paciente 5 filhos menores de 12 anos de idade a permitir a prisão domiciliar. Discorre, por fim, sobre a pandemia de Covid-19, almejando, pois, liminarmente, o trancamento da ação penal ou, então, o relaxamento/revogação da custódia ou, ainda, a concessão da prisão domiciliar. Ainda subsidiariamente, requer a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, confirmada a ordem quando do julgamento da impetração.

É o relatório.

O *Habeas Corpus* deve ser negado de plano, sem necessidade de informações da autoridade impetrada ou de parecer da Procuradoria de Justiça, tendo em vista as alegações e

3

documentos trazidos com a inicial, consoante artigo 663 do Código de Processo Penal, que não limita o indeferimento in limine a matéria de cunho processual, podendo a providência decorrer de manifesta improcedência do pedido (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, remissão ao artigo 663), tudo em atenção à imediata prestação jurisdicional, sem delongas prescindíveis e de forma ampla, lembrando que a pronta ou imediata análise poderia ocorrer até mesmo por decisão monocrática.

“Trata-se de providência que também atende ao princípio de economia processual, cujo alcance não é meramente financeiro” (TJESP, HC nº 2167361-13.2020.8.26.0000, Relator Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA), impondo ponderar que o artigo 1º do Decreto-lei nº 552/69 se aplica quando determinado o processamento do *writ*, depois de reputadas imprescindíveis informações da autoridade indicada como coatora, hipótese diversa da tratada nestes autos.

A questão se mostra tão óbvia que a jurisprudência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Superior Tribunal de Justiça a respeito há muito se tornou pacífica, inclusive quando concedida a ordem sem manifestação do Ministério Público e através de decisão monocrática.

“1. O simples fato de o presente habeas corpus haver sido julgado sem a prévia manifestação do Ministério Público Federal não enseja a nulidade da decisão agravada, uma vez que se trata de matéria consolidada na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não tendo sido apontados quaisquer prejuízos decorrentes da apreciação monocrática do processo. Precedentes” (STJ, AgRg no HC 473442/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 06-11-2018).

No caso, extrai-se do auto de prisão em flagrante que a paciente foi presa porque, no dia 29 de setembro último, teria subtraído, para si, produtos de um mercado (duas garrafas de refrigerante, um pacote de suco em pó e dois pacotes de macarrão instantâneo) avaliados em R\$ 21,69 (fls. 30/36).

4

Com efeito, em análise perfunctória própria do *Habeas Corpus*, não se verifica, desde logo, a atipicidade sugerida.

Ao contrário, inconcebível se observar o princípio da insignificância no momento liminar da *persecutio*, demandando a questão análise de matéria fático-probatória, algo colidente com a estreita via eleita.

Nesta senda, a matéria deve ser apreciada pelo juiz de conhecimento diante da prova colhida ao longo da instrução, não se podendo antecipar as benesses pleiteadas através da ação constitucional, sob pena de inaceitável supressão de instância.

Cabe anotar, ainda, que, em tese, *“A ausência ou pouquidade do valor econômico será circunstância condizente à graduação da pena, como se vê do § 2º do artigo em estudo, onde se atende ao valor econômico insignificante. Mas na definição do crime, na cabeça do artigo, não se vê qualquer expressão que nos indique só ser objeto do delito a coisa que tem valor pecuniário. Isso, aliás, é de nossa*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tradição jurídica” (EDGARD MAGALHÃES NORONHA, “Direito Penal”, 26ª ed., Saraiva, 1994, vol. II, nº 442, pág. 219).

Noutras palavras, “*Somente não se podem considerar objeto de furto as coisas de valor juridicamente irrelevante (ex.: um alfinete, um palito, uma flor vulgar)*” (NELSON HUNGRIA, “Comentários ao Penal Código Penal”, 3ª ed., Forense, 1967, vol. VII, nº 4, pág. 23), não sendo o posicionamento sustentado pela Defensoria Pública pacífico na doutrina e na jurisprudência, algo a reforçar a impossibilidade de se adiantar a discussão dos fatos através do processo de *Habeas Corpus*.

Também não se pode ignorar que o Excelso Pretório, no julgamento do *leading case* sobre o tema, procurou definir os matizes para a aplicação excepcional do princípio em foco, porquanto inexistente previsão legal.

De acordo com a orientação firmada pela Corte Suprema, além do valor do bem subtraído, mostra-se igualmente indispensável a análise acerca da periculosidade social da ação e de seu agente, além do grau de reprovabilidade do comportamento ilícito (STF, Segunda Turma, HC 84412/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO).

Vale dizer, a inexpressividade econômica da lesão ao bem jurídico não pode, por si só, ser invocada para a aplicação indiscriminada do princípio, como verdadeiro beneplácito aos ladrazos que, diante de tamanha impunidade, sentir-se-iam ainda mais motivados à prática reiterada de crimes, tal como ocorre no caso concreto.

Feitas tais ponderações, observa-se que a paciente ostenta passado desabonador a delinear, inclusive, a **DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA**, conforme se explanará adiante, peculiaridade apta a, do mesmo modo, ensejar decisão do magistrado singular em momento processual oportuno.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. HABITUALIDADE DELITIVA. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EAREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que "a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável". 2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância ao furto praticado por acusado que ostenta diversas condenações transitadas em julgado, inclusive por crimes contra o patrimônio, o que evidencia a acentuada reprovabilidade do seu comportamento, incompatível com a adoção do pretendido postulado. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 557.194/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02-06-2020, DJe 15-06-2020, grifei).

6

“Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social.” (STJ, RHC 63855/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 13-6-2016).

Aqui, cabe mencionar pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema diante de agente com *vita anteacta* reprovável, *in verbis*: “4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 5. O princípio da insignificância



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal” (STF, HC 102.088/RS, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA).

E “o reconhecimento da insignificância material da conduta [...] serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário” (STF, 1ª T., HC nº 96.202/RS, Relator Ministro AYRES BRITTO).

Por outro lado, no tocante à suposta irregularidade da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva diante da ausência da audiência de custódia, cumpre anotar que a dispensa do ato encontra amparo na excepcional situação de calamidade

⁷
pública vivenciada pandemia de Covid-19 - e correlata suspensão dos expedientes presenciais nas unidades carcerárias inviabilizando a apresentação “física” dos presos.

Neste passo, registra-se que o artigo 310 do Código de Processo Penal assinala a ilegalidade do decreto prisional diante da não realização da audiência de custódia de forma injustificada ou não fundamentada, hipótese diversa do caso em análise, invocando a autoridade impetrada as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº. 62/2020) e, ainda, pelo Provimento CSM nº 2545/2020 diante do estado de calamidade pública, cabendo assinalar que a situação impede a providência até mesmo de forma remota ou virtual, consoante determinação da Corregedoria Geral da Justiça (*através do expediente publicado no DJE em 29.01.2021 processo 2021/5575*), perdurando o quadro até a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adequação das unidades policiais, nos moldes estabelecidos pelo CNJ, sem se poder falar em constrangimento ilegal.

No mais, assinale-se ter sido requisitado exame pericial no dia dos fatos (fls. 45), cumprindo mencionar que eventual alegação de tortura/abuso de autoridade deve ser levada à discussão em primeiro grau, a fim de se determinar outras providências necessárias, se o caso, não se verificando, por ora, irregularidade.

Sob ângulo diverso, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva baseou-se em preceitos legais e em detalhes do caso concreto, anotando o magistrado que “... *policiais militares relataram que foram acionados por populares noticiando furto em um minimercado e avistaram uma mulher correndo e caindo durante a fuga. Abordaram-na, em posse de uma garrafa de refrigerante, e a indagaram, tendo ela assumido que subtraiu produtos porque estava com fome. No distrito policial, o representante da empresa vítima declarou que observou pelas imagens da câmera de vigilância uma mulher pegando duas garrafas de refrigerante, um pacote de suco em pó e dois pacotes de macarrão instantâneo*,”

8

colocando os produtos em uma bolsa e saindo do estabelecimento sem pagar. Acrescentou que uma funcionária pediu para a autuada devolver as mercadorias, sendo que ela devolveu uma lata de leite condensado e se recusou a entregar o restante. Consta que a res furtiva foi avaliada em R\$ 21,69 e não recuperada pela empresa vítima. Assentado o *fumus comissi delicti*, debruço-me sobre o eventual *periculum in libertatis*. **Verifico que a autuada é multirreincidente** (fls. 28/31) e não se olvida que a concessão de liberdade provisória é vedada por expressa disposição legal (artigo 310, § 2º, do CPP). (...) NÃO há, ainda, indicação precisa de endereço residencial fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, salientando-se que a autuada declarou estar em situação de rua, 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. (...) A questão relativa à recomendação do CNJ (soltura em crimes não violentos) não é vinculante ao magistrado e não o impede da análise dos requisitos e pressupostos para a prisão. Aliás, trata-se de questão jurisdicional, e não administrativa. De se ressaltar que medidas preventivas nas unidades prisionais podem ser tomadas em relação aos que ingressam das ruas (como possível isolamento etc.). Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos nos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal. Embora seja genitora de quatro crianças, não há evidências de que ela é responsável por seus cuidados, sobretudo porque indicou o nome da responsável (fl. 12). (...)” (fls. 76/80, grifei e destaquei).

Ao contrário do sugerido pela Defensoria, a decisão que converteu a custódia derivada do flagrante em preventiva reveste-

se de fundamentação idônea, estando, pois, alicerçada em indícios suficientes de autoria e prova da materialidade retratados no auto de prisão em flagrante (“*fumus commissi delicti*”) e, ainda, na situação peculiar da paciente, consoante artigos 315 do Código de Processo Penal e 93, inciso IX, da Constituição Federal, algo diverso da abstração cogitada.

Na hipótese, tal como realçado em primeiro grau e em breve análise da certidão a fls. 55/58, tem-se que a paciente ostenta **DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA** (autos sob os n.ºs. 0009176-62.2014.8.26.0050 e 0005062-32.2018.8.26.0635), cumprindo assinalar que ____ se encontrava em cumprimento de pena em regime aberto quando do cometimento do delito em questão, tudo a desvendar índole indiscutivelmente voltada à delinquência ou persistência na senda do crime, revelando-se a segregação imprescindível para se obstaculizar risco real de novas recidivas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

considerado o caráter nocivo próprio daqueles que fazem dos delitos seu modo de vida.

E, como pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, *“a reincidência do réu, bem como o fato dele responder a outros processos-crime, constituem motivação idônea para a decretação da custódia preventiva, com vistas a garantir a ordem pública (CPP, art. 312)”* (STJ, AgInt no HC 481622/GO, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 19-02-2019, grifei).

Percuciente lição de BASILEU GARCIA reforça a sensatez do raciocínio, aduzindo-se que, *“Para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”* (Comentários ao Código de Processo Penal, Forense, vol. 3º, págs. 169/170, grifei).

Desta feita, observa-se que o passado desabonador¹⁰ da agente, que denota a **DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA**, conforme explanado, enseja a custódia cautelar, consoante expressa imposição legal contida no artigo 313, II, do Código de Processo Penal.

Portanto, justificável (aliás, inafastável) a prisão preventiva para garantia da ordem pública, porquanto a permanência da paciente em liberdade, tendo em vista a concreta culpabilidade e periculosidade da agente, ensejaria intranquilidade social em razão do justificado e real receio de tornar a delinquir.

Anote-se, também, que eventuais condições pessoais favoráveis sequer suscitadas - não impedem a decretação da prisão preventiva nem têm força para ensejar a revogação da ordem, ainda mais quando presentes os motivos autorizadores da custódia, como na hipótese dos autos.

“V - As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, como é o caso da presente hipótese. (Precedentes)” (STJ, HC 336.581/GO, julgado 04-02-2016).

Importante destacar, consoante constou da decisão singular, a inexistência de comprovação sobre a vinculação da paciente com o “distrito da culpa” ou, ainda, a respeito de eventual desempenho de atividade lícita, de sorte que a constrição cautelar afigura-se necessária também para conveniência da instrução criminal, como forma de assegurar o desenrolar dos atos processuais subsequentes.

Aqui, diga-se que a decisão questionada não se lastreou apenas no fato de a paciente não comprovar ocupação lícita ou em seu passado desabonador, como sugere a Defesa, decorrendo a custódia, também, de detalhes do caso concreto envolvendo a subtração de produtos de um mercado, somada a situação às

11

condições pessoais da agente, nada denotando deficiência do decisório.

Importa ponderar que medidas cautelares alternativas só podem ser aplicadas quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, quadro diverso daquele aqui delineado, prescindindo-se do afastamento uma a uma das medidas, porquanto motivada a manutenção da segregação.

Sob outro vértice, anota-se que a discussão atinente à excludente de ilicitude atinente ao estado de necessidade se refere ao mérito da causa subjacente, matéria incompatível com a ação constitucional, mormente porque atrelada à análise de questões fático-probatórias a ocorrer no processo de conhecimento, devendo a versão exculpatória ser melhor debatida em sede de contraditório judicial.

De toda forma, observe-se, desde logo, que a mera alegação de ausência de recursos para custear a própria subsistência (*quadro sequer comprovado*) não denotaria perigo atual ou iminente, requisitos atrelados à benesse (artigo 24 do Código Penal).

Nesse tom, exige-se, para a configuração da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

excludente de ilicitude, que *“ocorra um perigo, ou seja, uma ameaça a direito próprio ou alheio, que um bem jurídico esteja em risco, praticando o sujeito o fato típico para salvá-lo... É indispensável que o perigo seja atual, que exista a probabilidade do dano, presente e imediata, ao bem jurídico. Inexiste a discriminante se o risco não se instalou, é apenas possível ou mesmo provável em um futuro, remoto, ou já tenha sido ultrapassado. É necessário também que o perigo seja inevitável, numa situação em que o agente não podia, de outro modo, impedi-lo, que sua ação seja imprescindível, não podendo fugir, socorrer-se da autoridade pública etc.”* (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “Código Penal Interpretado”, 7ª ed., Atlas, 2011, nº 24.1, pág. 116; RT 376/108, 409/114 e 637/273; RJDTCrimSP 11/135 e 48/122; JTACrimSP, 36/319, 39/41 e 71/313).

12

Fosse a dificuldade financeira, por si só, suficiente para delinear o estado de necessidade, a maior parte da população receberia um *bill* de indenidade voltado à prática dos mais diversos delitos, algo temerário.

Assevere-se que, nesta fase, aodado seria prever (ou mesmo adivinhar) o regime prisional a ser fixado diante de eventual condenação (tese há muito desgastada), mostrando-se admissível, aqui, tão-só a análise dos pressupostos atinentes à prisão preventiva, ainda mais porque qualquer benesse estaria atrelada ao julgamento da causa, por sua vez vinculado à interpretação de provas colhidas ao longo da instrução processual, vedado o “adiantamento” de tal diligência via *habeas corpus*.

“Não há como se adivinhar qual a pena ou o regime prisional que serão fixados, no caso de eventual condenação, ou se a pena privativa de liberdade será substituída por restritivas de direitos, para fins de concessão de liberdade provisória, pois eles serão aplicados ao caso concreto de acordo com o que for produzido durante a instrução criminal” (TJESP, Habeas Corpus nº.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2208321-45.2019.8.26.0000, Relator Desembargador MACHADO DE ANDRADE, julgado 10-10-2019, grifei).

“6. Inexiste desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, pois em recurso ordinário em habeas corpus não há como antecipar a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciarão o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado” (STJ, RHC 84213/MG, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado 17-8-2017).

E a prisão preventiva não traduz violação à garantia constitucional da presunção de inocência (STJ, HC 469179/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 13-11-2018), porquanto não se trata de pena, mas, sim, de segregação com objetivo processual.

Quanto à pandemia causada pelo novo coronavírus,¹³ convém notar que as recomendações passadas pelo Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos, destinadas a evitar a propagação da Covid-19 nos presídios, não conferem direito subjetivo ao preso ou ensejam a concessão automática da liberdade, devendo o cabimento de eventual benesse ser avaliada caso a caso.

Noutras palavras, as orientações reportadas não devem ser seguidas de forma coletiva e indiscriminada, mas, sim, diante de cada caso concreto, sob pena de se colocar a segurança pública em risco, ainda mais diante da prática de furto por indivíduo que ostenta a dupla reincidência específica, conforme já anotado.

Ademais, não se constata informação dando conta de alguma comorbidade relativa à paciente capaz de inseri-la no denominado “grupo de risco” mais vulnerável à moléstia, tampouco se comprovando a ausência de equipe médica apta a atendê-la diante de eventual doença contraída, daí porque despicienda sua soltura ao menos neste momento, consoante já decidido em primeiro grau, anotado o fato de a conduta típica praticada trazer especial reprovabilidade, porquanto cometida durante situação de calamidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pública, sendo certo que as orientações indicam a imprescindibilidade do isolamento social, nada beneficiando a presa o fato de o delito não envolver violência ou grave ameaça, prevalecendo o interesse da sociedade sobre a conveniência individual.

Diga-se, ainda, que a administração penitenciária tem se cercado de cautelas para reduzir os riscos epidemiológicos nas unidades prisionais, atendendo às recomendações de diversos órgãos (*inclusive daqueles vinculados ao Poder Judiciário*), uma vez que, diante da delicada situação atual, todos se encontram sujeitos à contaminação pelo novo coronavírus, inclusive os cidadãos de bem, de sorte que a situação de pandemia, apesar de alarmante, não autoriza a soltura indiscriminada de presos (*o que contribuiria com risco desnecessário à segurança pública, fragilizando a sociedade já atemorizada pela situação de calamidade vivenciada*), conforme já

14

explanado.

Pontue-se, também, que a superlotação carcerária observada em alguns presídios do país não pode representar fundamento para justificar a soltura indiscriminada de presos diante da pandemia, sendo “*Mister ressaltar que o Poder Judiciário não está inerte à realidade do quadro mundial afetado pela pandemia de Covid-19, o que se pode inferir da pronta atuação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 62/2020-CNJ, bem como mediante o olhar atento do Supremo Tribunal Federal, que, em 23/3/2020, solicitou informações aos órgãos competentes acerca das medidas que estão sendo tomadas em cada um dos presídios brasileiros, no bojo do HC n. 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Ademais, a precariedade das cadeias públicas é argumento que pode ser adequado a todos aqueles que se encontram custodiados. O Poder Judiciário, apesar de tentar amenizar a situação, inclusive com a edição da Súmula Vinculante n. 56, não tem meios para resolver o assinalado estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015. O surgimento da pandemia de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Covid-19 não pode ser, data venia, utilizado como passe livre, para impor ao Juiz da VEC a soltura geral de todos encarcerados sem o conhecimento da realidade subjacente de cada execução específica, o que demanda provocação e certo tempo para deliberação” (STJ, HC 582965, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, publicação 29-05-2020, decisão monocrática, grifei).

Numa ótica diversa, com relação à aventada segregação domiciliar, anota-se que a simples existência de filhos menores de 12 anos de idade não enseja, de modo automático, o deferimento da benesse, mormente porque não se depara com direito subjetivo do preso, cuidando-se, sim, de faculdade conferida ao magistrado, a ser avaliada de acordo com o caso concreto, destacando-se, aqui, ter a paciente que ostenta **DUPLA**

15

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA praticado, em tese, novo furto enquanto cumpria pena, peculiaridade a indicar o descabimento da benesse, devendo prevalecer o interesse da sociedade sobre a conveniência individual.

Consigne-se que “a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa dizer que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inserilo em prisão domiciliar. Não haveria sentido, por exemplo, em ser o magistrado obrigado a colocar em domicílio perigoso chefe de uma organização criminosa somente porque completou 80 anos” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, art. 318, nº 44, p. 778).

Embora triste a situação, impossível se negar a periculosidade avaliada em face da real e intensa culpabilidade da agente, sendo certo que as circunstâncias fáticas antes reportadas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exigem a manutenção da paciente no cárcere para garantia da ordem pública, evitando-se novos desatinos.

Ainda a respeito, não se demonstrou a imprescindibilidade da soltura para cuidar das crianças, tarefa igualmente possível aos avós ou outros familiares (cuja inexistência não se cogitou, indicando-se, ao contrário, estar a prole sob os cuidados de sua genitora fls. 39), cabendo salientar haver a própria ré provocado seu afastamento dos menores ao se envolver, em tese, com a prática de novo ilícito.

Não se desconhece a ordem de *Habeas Corpus* coletiva concedida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC nº. 143.641/SP, voltada ao resguardo, essencialmente, da primeira infância dos filhos de presas.

Todavia, importante lembrar que exceções foram¹⁶ explicitadas, daí porque a medida não deve ser adotada indiscriminadamente, sobretudo quando o caso concreto justificar a custódia cautelar, tal como ocorre na hipótese, que envolve a subtração de produtos de um mercado por indivíduo DUPLAMENTE REINCIDENTE.

Por isso, já se decidiu ser “... fato que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em 'habeas corpus' coletivo (HC 143.641 SP), beneficia mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência. Entanto, ali também se previram exceções, incluso casos especiais, com fundamentação bastante, como na espécie, a justificar a manutenção da custódia, como visto, pois o interesse público, aqui, clama por isso. Aliás, há notícia de que a paciente reside com o pai, Rivaldo Dutra Siqueira, avô das crianças, não tendo sido comprovada a incapacidade dele para cuidar dos menores e da esposa” (TJESP, HC 202462892.2018.8.26.0000, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 27-3-2018, grifei).

Diante da situação em pauta, infere-se a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessidade da custódia para assegurar a garantia da ordem pública e, ainda, preservar as crianças, porquanto nefasta a convivência com genitora voltada à prática de delitos, algo capaz de propiciar até mesmo a perda da guarda.

Assim, sem se observar constrangimento ilegal de plano decorrente de ato da autoridade indicada como coatora, indefere-se o *Habeas Corpus* liminarmente, consoante artigo 663 do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, pelo meu voto, **INDEFIRO O HABEAS CORPUS** *in limine*.

Comunique-se.

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)