

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

PROCESSO Nº _____

CONTROLE Nº _____ - _____ ***VARA CRIMINAL DA COMARCA DE*** _____

_____, brasileiro, casado, Defensor Público do Estado de São Paulo, com endereço para intimações à Rua _____, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, nos artigos 647 e ss. do Código de Processo Penal, e no artigo 4º, incisos I e IX, da Lei Complementar nº 80/1994, impetrar a presente ordem de

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

em favor do paciente _____, brasileiro, filho de _____, nascido em __/__/__, portador do RG nº. _____, em razão de decisão proferida pelo Desembargador _____, da __ Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou liminar *habeas corpus*, mantendo injustamente o paciente encarcerado, apresentando, a seguir, os fatos e os fundamentos jurídicos da impetração:

I - DA SÍNTESE FÁTICA

O paciente foi flagrado pela suposta prática de do delito de roubo simples, conforme se verifica na documentação acostada a presente impetração.

Conduzido perante a autoridade policial, foi autuado em flagrante, sendo que o Juízo de piso, afastando pleito defensivo de liberdade provisória, acabou por decretar sua prisão preventiva, lastreando referida decisão com base na suposta “garantia da ordem pública”, consoante bem retrata a documentação em anexo.

Contra esta decisão a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça Estadual, que teve a liminar denegada nos seguintes termos:

“Indefiro o pedido liminar formulado, pois não se vislumbra, de pronto, ilegalidade manifesta da decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva, a qual, acertadamente ou não, encontra-se motivada (fls.10/11). Assim, não há base suficiente para justificar a concessão liminar da ordem, de modo que a controvérsia deverá ser dirimida pela Câmara julgadora”.

Todavia, tal posicionamento, emanado pelo Juízo coator, não pode subsistir, pois é claramente violador aos direitos constitucionais do paciente.

II - DO AFASTAMENTO DA SÚMULA 691, DO STF (*DISTINGUISHING*) E DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

Esta Defensoria Pública tem ciência da vigência da Súmula n.º 691, do STF, que afirma não ser possível conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal, indefere a liminar.

Ocorre que se tem entendido, em caso de flagrante constrangimento ilegal, ser possível conhecimento e provimento do *writ*, afastando referida súmula do caso concreto (*distinguishing*)

Veja-se: não é o caso de abandonar a súmula (*overruling*), mas sim afastá-la em razão de patente constrangimento ilegal que sofre o paciente, que o distingue dos demais casos concretos que deram origem ao entendimento sumulado (*distinguishing*).

Nesse sentido, segue decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo:

Na hipótese dos autos, à primeira vista, entendo caracterizada situação a ensejar o afastamento da Súmula 691/STF. De um modo geral, presentes o 'fumus comissi delicti' e o 'periculum libertatis', a prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para a sua decretação, nos termos do art. 312 do CPP: I) garantia da ordem pública; II) garantia da ordem econômica; III) garantia da aplicação da lei penal; e IV) conveniência da instrução criminal. Na linha da jurisprudência do Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie. Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de uma excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados. Pois bem, na hipótese, o decreto de prisão preventiva baseou-se, quanto à segregação do paciente, na necessidade de se resguardar a ordem pública. No ponto, evidencio que a decisão a qual decreta a prisão do agente no intuito de resguardar a ordem pública deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que causaria à sociedade a liberdade do indivíduo. Bem analisados os argumentos expendidos pelo Juízo de origem, constato que não há, em nenhum momento, a indicação de fatos concretos que justificam o alegado risco do paciente para a ordem pública, para a tranquilidade e a paz no seio social. Nesse sentido, a decisão de prisão diverge do firmado por esta Corte: HC 86.758/PR (DJ 1.9.2006), HC 84.997/SP (DJ 8.6.2007) e HC 83.806/SP (DJ 18.6.2004). É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos, e não abstratamente, como vazio argumento de retórica. (STF - HC 119349 MC / SP Min. Gilmar Mendes, DJ 26.09.2013).

Estamos frente a um caso de flagrante constrangimento ilegal, conforme será demonstrado na fundamentação que se passa a externar.

III - DA ILEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR

A manutenção da prisão cautelar é imprópria, merecendo ser o paciente posto imediatamente em liberdade, pelos motivos abaixo aduzidos:

No caso em questão, o paciente faz jus à concessão da liberdade provisória, pois o artigo 312 do Código de Processo Penal disciplina que a prisão cautelar poderá ser decretada apenas quando presentes um dos fundamentos que a autorizam, quais sejam: para garantir a ordem pública, para garantir a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Se não estiver presente um dos requisitos acima descritos, impossível a segregação, pois a regra, segundo nossa Constituição Federal, é a liberdade, que

somente pode ser cerceada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois até este momento todas as pessoas são consideradas inocentes.

Neste sentido, segue interessante julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade tem a finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo Juiz se amalgamadas com suficientes razões.” (RT 725/521-2) (MIRABETE, Júlio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 413).

Ainda, o paciente possui endereço no distrito da culpa e ocupação lícita, conforme declaração de qualificação não impugnada pela autoridade policial, com presunção de legitimidade até prova em contrário e que possui fé pública.

O preenchimento de tais requisitos, embora não exigido por lei, evidencia que sua soltura não põe risco à garantia da aplicação da lei penal. Também se afasta o risco à garantia da instrução processual, pois não há, até o momento, qualquer indício que leve à conclusão de que o autuado tente alterar as provas a serem produzidas.

A garantia da ordem econômica não se vê nem de longe maculada com a soltura do paciente.

Por fim, o auto de prisão em flagrante cumpriu a sua finalidade instrumental, de reunir provas para a elucidação do fato e de sua autoria, sendo desnecessária a manutenção em cárcere do paciente.

Sobretudo num Estado que consagra a Presunção de Inocência como princípio basilar do processo penal, e como garantia individual de todo e qualquer cidadão, a supressão cautelar da liberdade, medida excepcional, há que ter por fundamento motivos concretos, e jamais meras presunções de periculosidade.

Inviável, portanto, a manutenção do encarceramento do paciente ao argumento de que a gravidade do delito supostamente perpetrado por ele demonstraria que sua conduta representa perigo à ordem pública.

Ademais, a garantia da ordem pública não justifica a manutenção da prisão cautelar do agente, afinal, inexistente nos autos qualquer indicativo, **concreto e seguro**, no sentido de que caso venha a ser solto, o preso turbará a ordem pública.

Aliás, sobre a “ordem pública”, verifique o que diz a doutrina de Fauzi Hassan Choukr:

*“Outra forma inequívoca de manifestação autoritária do Código de Processo Penal é a utilização de uma **expressão vaga e sem qualquer referencial semântico como ‘ordem pública’ para fundamentar a prisão preventiva**, conceito este que fica extremamente ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de toda uma vida de código, ainda não conseguiu padronizar.” (Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. São Paulo:RT, 1995, p. 26)*

É preciso que se mostre a efetiva necessidade da cautela com vistas voltadas para o art. 312 do CPP. É necessário que haja nos autos elementos suficientes que conduzam ao temor do prejuízo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal, ou da aplicação da lei penal. O juiz deverá demonstrar esses elementos de forma expressa e fundamentada para a decretação da prisão.

Assim, é o entendimento de Hélio Tornaghi:

A não fundamentação fraudava a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade. O fato de o Juiz dizer apenas “considerando que a prisão é necessária para a instrução criminal”. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da preponderância, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência.” (TORNAGHI, 1994, p.619)

Nunca é demais realçar o caráter absolutamente excepcional da prisão cautelar, que deve ser reservada aos casos de imperiosa necessidade.

Cabe a lembrança do princípio constitucional da presunção do estado de inocência, o qual assevera que só serão considerados culpados aqueles que tiverem decreto condenatório irrecorrível (artigo 5º, LVII, da CF/88). No mais, é princípio constante na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, 2, verbis:

"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Sobre o princípio da presunção de inocência, confira-se o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹:

O princípio de presunção de inocência - Violação do artigo 8(2)

100. *A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado. Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição.*

101. *A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana.*

Portanto, pelas condições objetivas e subjetivas já destacadas, não há razão legal para se manter o paciente encarcerado, pois sua liberdade não ofende a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, estando ausentes, portanto, os requisitos para a manutenção da prisão cautelar.

IV - DA CONCESSÃO DA LIMINAR

É de se salientar a necessidade de que seja de plano concedida a liberdade ao paciente, uma vez que a ilegalidade de seu constrangimento é gritante.

Afinal, inegável a presença do *fumus boni iuris*, pois não estão presentes nos autos os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Igualmente, o *periculum in mora* é gritante, eis que a espera até o julgamento definitivo do *habeas corpus* poderá fazer com que perdure a prisão ilegal do paciente, em ambiente sabidamente insalubre e criminoso.

¹ http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftnref32

Assim, a cessação do constrangimento há de ser imediata, motivo pelo qual a liminar deve ser deferida em decisão que deverá ser confirmada com o julgamento final do *writ*.

V - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e ausente o *periculum libertatis*, requer o afastamento da Súmula n.º 691, do Supremo Tribunal Federal (*distinguishing*) ante o patente constrangimento ilegal que sofre o paciente, e a concessão, "*inaudita altera pars*", de LIMINAR, para a imediata revogação da decisão que o privou da liberdade e, ao final, em julgamento de mérito, requer-se a concessão definitiva da ordem, confirmando-se a liminar, para que o paciente possa em liberdade responder ao processo até decisão final transitada em julgado.

_____, _____, de _____ de _____.

Defensor Público do Estado