

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ/ÍZA DE DIREITO DA Xª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP

ANNA BUDHAZI, HELENA FOLGUEIRA e NICHOLAS CIGLIONI, todos inscritos na Seção de São Paulo/SP da Ordem dos Advogados do Brasil sob os números **XXXXXX, XXXXXX e XXXXXX**, respectivamente, com escritório na Rua **XXXXXX** (os "Impetrantes"), vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LIV, LV, LXV e LXVIII da Constituição Federal (a "CF"), e nos arts. 647 e 648, I do Código de Processo Penal (o "CPP"), impetrar a presente

ORDEM DE *HABEAS CORPUS*

em favor de **CAIO DAS DORES**, brasileiro, **XXXXXX**, portador da cédula de identidade RG n.º **XXXXXXXX-X**, inscrito no CPF sob o n.º **XXXXXXXXXX-XX**, residente e domiciliado na Rua **XXXXXX** (o "Paciente"), atualmente preso e vítima de grave constrangimento ilegal.

I. PRELIMINARES

a. CABIMENTO E COMPETÊNCIA

XXXXXX

b. TEMPESTIVIDADE

XXXXXX

II. QUADRO FÁTICO

Em XX/XX/XXXX, a Sra. Maria da Silva (a “Vítima”) acionou policiais militares em patrulha a respeito de um roubo que acabara de sofrer. Acomodada em um ponto de ônibus, foi abordada por três indivíduos, que lhe assaltaram a bolsa e o celular a mão armada, com suposta arma de fogo. Os policiais, em posse de informações sobre a roupagem dos suspeitos, iniciaram busca pelas redondezas e, no processo, encontraram o Paciente, cujas características coincidiam com aquelas fornecidas pela Vítima.

Questionado, Caio das Dores, a princípio, negou conhecimento do delito, mas foi encontrado em posse do celular e do documento de RG da Vítima após busca pessoal. Levado dali, o Paciente confessou o crime à autoridade policial, mas rechaçou o emprego de arma de fogo, informando tratar-se de um simulacro.

Daí, provocado pelo Ministério Público, o MM. Juízo, em audiência, decretou, pecando, sua prisão preventiva, nos termos do art. 312 CPP (a r. “Decisão Impugnada”). É o que, aqui, se busca revogar.

III. MÉRITO

Valendo-se de presunções inaceitáveis e que não podem ser extraídas de qualquer elemento concreto constante dos fatos, o MM. Juízo impôs a segregação cautelar do Paciente, pautando-se, ao decidir, em passagens extremamente genéricas, *ipsis litteris*:

[...] o crime praticado pelo acusado [...] é daqueles que assola o cotidiano dos cidadãos de bem desta comarca, cujos alarmantes níveis de criminalidade não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário, a quem incumbe oferecer uma pronta, imediata e firme resposta às práticas desviantes, a fim de se restaurar, ainda que precariamente, a paz social, tão gravemente abalada pela prática de reprovável conduta, de sorte que se mostra absolutamente necessária a decretação de sua prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

A r. Decisão Impugnada é, por isso e mais, manifestamente ilegal, já que não se trata de crime violento, e a prisão preventiva, além de *ultima ratio*, se justaposta ao perfil pessoal do Paciente, desvirtua sua função institucional.

a. A CONDUTA ILÍCITA AQUI IMPUGNADA NÃO CARACTERIZA CRIME VIOLENTO

O crime de roubo, nos termos do art. 157 do Código Penal (o “CP”) prevê a execução *mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*. Nesses termos, o tipo jurídico prevê duas situações de execução: a grave ameaça ou a violência efetiva, diferenciação que deve ser levantada no caso em concreto.

Nos termos de Cezar Bittencourt, *o roubo nada mais é do que o furto qualificado pela violência à pessoa*, de modo que, no roubo, a violência é empregada contra a pessoa, de forma imediata (contra o dono) ou mediata (contra terceiro).¹ Ainda, *o termo violência, empregado no texto legal, significa a força física, material, a vis corporalis, com a finalidade de vencer a resistência da vítima*. A grave ameaça, por sua vez, caracteriza-se pelo amedrontamento da vítima, *viciando sua vontade e impossibilitando sua capacidade de resistência*.

Em vista disso, conforme apresentado pelos fatos do caso, com elementos concretos da conduta a demonstrar a sua maior gravidade, não houve o uso efetivo da violência para executar o crime, mas tão-somente o amedrontamento na vítima (i.e., grave ameaça). Conforme a narrativa que deu início às investigações, a vítima teria sido abordada *por três indivíduos que, apontando-lhe uma arma de fogo, subtraíram-lhe seu aparelho celular e sua bolsa*. (g.n.) Portanto, não se trata de crime violento.

Mais ainda, é de ressaltar que o ilícito foi praticado com uso de simulacro de arma de fogo, que, na sua essência, descaracteriza o crime como violento, pois desconfigura o caráter e potencial lesivo que uma arma de fogo poderia representar à vítima.

A própria jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (o “STJ”) estabelece que, devido à menor gravidade representada pelo emprego de simulacro, ele configura violência com baixo potencial lesivo. *In verbis*:

A jurisprudência desta Corte superior, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não admite mais a exasperação da pena-base com fundamento em simulacro de arma de fogo, o qual é apto para caracterizar apenas a grave ameaça, circunstância inerente ao tipo penal de roubo. (STJ, AR no HC n.º 401.040/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 24/11/2017)

Conquanto as circunstâncias mencionadas pelo Juízo singular revelem a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, não se mostram tais razões bastantes, em juízo de proporcionalidade, para manter a paciente sob o rigor da cautela pessoal mais extremada, mormente em razão de a infração supostamente praticada, apesar de haver sido praticada com o emprego de grave ameaça, ter sido praticada com simulacro de arma de fogo, que, notoriamente, possui potencial lesivo infinitamente menor do que uma arma de fogo. (STJ, AR no HC n.º 584.594/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 04/09/2020)

A utilização de arma inidônea, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, que se vincula ao potencial lesivo do instrumento, pericialmente comprovado como ausente no caso em apreço. (STJ, AR no HC n.º 375.198/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 09/03/2017)

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 15ª edição, 2019.

Assim, apesar de o uso de simulacro representar grave ameaça, elementar ao crime de roubo, não configura violência, por faltar à ação a necessária qualificação de ofensividade lesiva da conduta pela criação de perigo decorrente do uso de arma de fogo. De fato, seria falácia jurídica equivaler potenciais lesivos.

b. A PRISÃO PREVENTIVA É, DENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES, A *ULTIMA RATIO* CRIMINAL

Pelo art. 312 do CPP, a prisão preventiva pode 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*.

Como acontece com qualquer modalidade de medida de natureza cautelar privativa de liberdade, a prisão preventiva apenas poderá ser decretada em casos nos quais existam elementos concretos que indiquem a existência de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis*:

*A hipótese clássica de prisão cautelar [...] é a prisão preventiva [...]. No art. 312, estão presentes os dois pressupostos de toda prisão cautelar: o fumus commissi delicti e o periculum libertatis. A fumaça do bom direito é a exigência da segunda parte do referido dispositivo, quando prevê, para a decretação da prisão preventiva, a existência do crime e indício suficiente de autoria. O *periculum* encontra-se previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão [...], ou seja, prisão para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para segurança da aplicação da lei.²*

A prisão preventiva, ademais, por ser medida que impõe severa restrição ao *ius libertatis* individual, apenas pode ser decretada como medida de ultima ratio, quando outras medidas cautelares menos gravosas não forem suficientes para resguardar a regular tramitação dos procedimentos criminais. Com efeito, de acordo com o art. 282, § 6º CPP: *a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*".

De acordo com ensinamentos de Geraldo Prado, o encarceramento provisório é medida excepcional³ e, portanto, para que seja admitido, é fundamental a demonstração clara de que existem dados concretos que evidenciam a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

No caso concreto, a análise das decisões relativas à prisão preventiva imposta ao Paciente deixa claro que, ainda que se considerem presentes indícios de materialidade e autoria delitivas, não há elementos de cautelaridade que deem esteio à medida cautelar extrema.

Em verdade, o MM. Juízo determinou a segregação cautelar do Paciente com base em fundamentação genérica e em descabidas presunções, totalmente desconectadas da realidade factual.

² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239.

³ PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória: comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei n.º 12.403/2011* in: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

Ao pautar sua decisão no princípio da defesa coletiva, o MM. Juízo perpetua a conjuntura do sistema penal que traz insegurança jurídica, aumentando-se a atenção reforçada e sistemática à reincidência em uma vontade de punir para melhor servir:

Ela instaura uma nova visão do perito e da pena, levando ao extremo o princípio da defesa coletiva visada pelo direito desde o fim do século XVIII, condenando não mais apenas a gravidade social do crime, mas também uma gravidade mais inapreensível, a periculosidade do próprio criminoso, suas reincidências futuras, os danos previsíveis que poderia causar. Isso transforma a reflexão sobre o direito penal em reflexão sobre risco, estendendo o olhar sobre a vítima até as vítimas potenciais, transformando a pena em dispositivo de neutralização, mais do que em ato de castigo.^{4[B]}

Em espelho, é o que aconteceu na r. Decisão Impugnada: não se pune em decorrência da gravidade social daquele crime em específico, e sim pela gravidade inapreensível e intangível, que se pauta em supostos danos que o Paciente possa vir a causar em suposta reincidência — que, inclusive, não encontra respaldo na realidade do perfil pessoal do Paciente.

c. A PRISÃO PREVENTIVA CHOCA-SE CONTRA O PERFIL PESSOAL INOFENSIVO DO PACIENTE

In casu, sequer existem elementos concretos que deem amparo à prisão processual.

Não há qualquer elemento de convicção que implique que a liberdade do Paciente — que é réu primário — representa riscos à ordem pública ou à instrução processual. Não existe qualquer dado revelador do *periculum libertatis* e, por isso, a manutenção da prisão preventiva é manifestamente ilegal. Inclusive, o mandado de prisão foi cumprido no dia seguinte à sua expedição, no distrito da culpa, o que comprova o estado de espírito colaborativo do Paciente, que jamais pretendeu se furtar a qualquer responsabilidade e, pelo contrário, confessou a prática delituosa.

A esse respeito, o E. STJ tem entendimento pacificado no sentido de que não são cabíveis decretos prisionais genéricos e que não indiquem efetivos elementos de convicção que demonstrem a existência de *periculum libertatis*:

Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida [...] o paciente não ostenta registros criminais, donde se conclui que a sua prisão cautelar foi decretada com base apenas na gravidade abstrata do suposto crime. Ademais, o acusado tem residência fixa e é estudante de curso profissionalizante, condições pessoais que devem ser consideradas, no caso, sobretudo porque não ficou demonstrada a efetiva necessidade da medida extrema em relação ao paciente. Constrangimento ilegal. (STJ, AR no HC n.º 578.230, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 27/05/2020)

[...] A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de

⁴ VIGARELLO, Georges (trad. MAGALHÃES, Lucy). *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 241.

Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. No caso, a custódia foi decretada com base apenas na quantidade de droga apreendida, que, na espécie, não se mostrou exacerbada — paciente condenada à pena de 5 anos de reclusão em decorrência da apreensão, em seu poder, de pouco mais de 4g (quatro gramas) de crack. Tal circunstância, por si só, não é motivação suficiente para demonstrar a periculosidade da paciente ou a gravidade concreta da conduta [...]. 6. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva. (STJ, HC n.º 553.078, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 18/05/2020)

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. PRESUNÇÃO DE FUGA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO [...]

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e da presença de indícios suficientes da autoria [...].

3. Caso em que a prisão preventiva do paciente, acusado de estelionato, foi decretada para a garantia da ordem pública sem a indicação de uma excepcionalidade a justificar a medida extrema, apenas aspectos inerentes ao tipo penal incriminador do crime de estelionato. Quanto ao suposto risco à aplicação da lei penal, não há registro de diligências no sentido de localizar o réu para responder ao processo, atestando o seu efetivo intento de se furtar à aplicação da lei penal. Precedentes. 4. Além disso, o paciente é primário, possui 23 anos de idade — e 21 à época dos fatos —, e o crime imputado não foi praticado com violência ou grave ameaça, não havendo, assim, um risco social ou ao regular desenvolvimento do processo, caso permaneça em liberdade. Constrangimento ilegal evidenciado. (STJ, HC n.º 493.228, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/08/2019)

Tendo em mente que a r. Decisão Impugnada se pautou em presunções genéricas e inaceitáveis e desconsiderou os dados concretos de que o Paciente é primário, tem bons antecedentes, de residência fixa e ocupação lícita, além de as medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 CPP serem bastantes e, também, menos restritivas, requer-se a revogação da decretação da prisão preventiva.

IV. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Em razão da grave crise sanitária causada pela disseminação do novo coronavírus, responsável por causar a COVID-19, e das graves consequências que representa ao ambiente carcerário, o Conselho Nacional de Justiça (o “CNJ”) emitiu sua Recomendação n.º 62, em 17 de março de 2020 (a “Recomendação 62”), *verbatim*:

Art. 4º. Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: [...]

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Aqui, de acordo com dados extraídos do domínio eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, o Centro de Detenção Provisória de Paulo de Faria está com ocupação superior à sua capacidade (v. <<http://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/cdp.html#>>).

Essa situação, somada aos fatos de que o Paciente é primário, tem bons antecedentes, endereço fixo e ocupação lícita, além de se tratar de crime sem violência, é suficiente para que, com fundamento no artigo 4º, inciso I, alínea b da Recomendação 62, seja revogada a sua prisão preventiva, com a imposição de medidas cautelares pessoais alternativas.

Nesse sentido, concorda o E. STJ:

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art.33, caput, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de fornecimento a consumo de terceiros, 77 pinos plásticos que continham cocaína [...], 38 porções de maconha [...]. Ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, penso que, na atual situação, salvo necessidade inarredável da manutenção da prisão preventiva – nos crimes cometidos com particular violência, ou a envolver acusado de especial e evidente periculosidade, ou que se comporte de modo a, claramente, denotar risco de fuga ou de destruição das provas e/ou ameaça a testemunha —, o exame da necessidade da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar. Deve-se fortalecer sobremaneira o princípio da não culpabilidade e eleger, com primazia, medidas alternativas à prisão processual, com o propósito de não agravar ainda mais a precariedade do sistema penitenciário e evitar o alastramento da doença nas prisões. A custódia ante tempus é, mais do que nunca, o último recurso a ser utilizado neste momento de adversidade [...]. Dessa forma, sob as premissas anteriormente explicitadas – e em conformidade com o art. 4º, I e III, da Recomendação n. 62/2020 do CNJ – deve ser relaxada a custódia cautelar do acusado. (STJ, HC n.º 504.506, Rel. Min. Rogério Schietti, j. 02/04/2020)

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de João Pedro Melo, apontando-se como autoridade coatora do Tribunal de Justiça de São Paulo [...]. Verifica-se dos autos que o paciente está preso preventivamente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas [...]. A concessão de liminar em habeas corpus é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano [...]. Entretanto, não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 62/2020, em que Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus [...]. Diante desse cenário, é preciso dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19), devendo a custódia ser substituída pela prisão cautelar em regime domiciliar. Ante o exposto, defiro o pedido liminar para, excepcionalmente e em cumprimento à Recomendação CNJ n.º 62/2020, substituir a prisão cautelar imposta ao paciente por prisão domiciliar [...]. (STJ, HC n.º 567.006, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. 19/03/2020)

A esse respeito, já se determinou que não é necessário que o indivíduo em questão pertença ao grupo de risco da doença para que a prisão preventiva seja revertida:

Da análise das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, observa-se que o único argumento utilizado para negar a aplicação da medida seria o fato de a paciente possuir 23 anos de idade e não possuir doença crônica, ou seja, não estar na faixa etária considerada como 'grupo de risco' da pandemia (fls. 69/70 e 79). Em face do exposto, defiro o pedido liminar para, reconhecendo a adequação da situação da paciente ao disposto na recomendação citada, conceder prisão alberque-domiciliar à apenada, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo de primeiro grau. (STJ, HC n.º 570.608, Rel. Min. Sebastião Reis, j. 02/04/2020)

Ainda, dos moldes do princípio da proporcionalidade, é possível concluir que manter a medida cautelar imposta ao Paciente é irrazoável e incongruente, já que as consequências de mantê-lo preso são mais gravosas do que os eventuais riscos de soltá-lo.

Como já exposto, não há qualquer justificativa concreta do porquê de a prisão preventiva dever perseverar.

Mesmo se um contexto normal fosse, o Paciente deveria poder assistir o processo em liberdade, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e os prejuízos que o encarceramento indevido pode trazer a vida de um.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a revogação da prisão preventiva decretada em sede de audiência pelo MM. Juízo.

Termos em que
pedem deferimento.

São Paulo, 27 de setembro de 2020

ANNA BUDHAZI

OAB n.º XXXXXX

[nUSP 10340197]

HELENA FOLGUEIRA

OAB n.º XXXXXX

[nUSP 10338576]

NICHOLAS CIGLIONI

OAB n.º XXXXXX

[nUSP 10339772]