

**EXCELENTÍSSIMO(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA _ VARA CRIMINAL DA
COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ADRIANO DA SILVA, portador da cédula de identidade n. __, brasileiro, domiciliado no endereço __, representado por seus procuradores que abaixo subscrevem, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, requerer a concessão de liberdade provisória sem fiança, nos termos do art. 310, inciso III, do Código de Processo Penal (“CPP”) c/c art. 5, inciso LXVI, da Constituição Federal, pelas razões de fato e direito abaixo demonstradas.

I. BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de injusta prisão em flagrante ao Sr. Adriano da Silva por suposta prática do tipo penal descrito no artigo 217-A do Código Penal com sua enteada, a vítima V.

Cumprе salientar que a prisão em flagrante se deu no dia seguinte à irmã de V. descobrir as reais intenções de V., fato já relatado às autoridades policiais, em que a irmã de V. afirma escutar V. falar ao telefone que estava *"prestes a acabar com a vida dele [o acusado]"*. No outro lado da linha estava o namorado de V., M., à quem V. recorreu logo após discutir com o réu, Sr. Adriano, que a proibiu de se encontrar com M..

Tais fatos, corroborados pelo relato da irmã de V., escancaram o dolo nas ações de V., que expressamente afirmou estar *"prestes a acabar com a vida"* do acusado.

Por fim, cumprе ressaltar, V. Ex.a, que o réu é pessoa íntegra, com quarenta e nove anos sem anotações policiais, o que demonstra seu caráter singular, comprovado por seu impecável antecedente.

Destarte, *data vênia*, não há causa para o encarceramento de pessoa cuja índole sempre honesta e íntegra.

II. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA

O que se percebe, de fato, é que não se verifica nenhum dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante do Sr. Adriano da Silva em prisão preventiva, procedimento previsto pelo inciso II do art. 310, do CPP. Com relação aos requisitos para a decretação de prisão preventiva, confira-se o que ensina BADARÓ:

“Em linhas gerais, é possível afirmar que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária a presença do pressuposto positivo, isto é, do fumus commissi delicti consistente na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, aliado a pelo menos uma das hipóteses de periculum libertatis do mesmo dispositivo (art. 312, caput)”¹

Isto posto, cumpre lembrar que **a regra geral é a liberdade**, que somente poderá ser suprimida após **criteriosa observância dos requisitos estabelecidos** para a decretação de prisão processual. Portanto, conforme restará demonstrado a seguir, **a medida que se impõe é a concessão de liberdade provisória** ao acusado, em consonância com o que manda a Lei Penal, no inciso III do artigo 310, CPP.

A. INEXISTÊNCIA DE *FUMUS COMMISSI DELICTI*

Entre os pressupostos positivos imperiosos para a decretação da prisão preventiva previstos no *caput* do art. 312 do CPP, estão a prova de existência do crime e o indício suficiente de autoria - em outras palavras, a constatação do *fumus commissi delicti*.

Da leitura do artigo supracitado é possível verificar uma diferença no grau de segurança necessário para a verificação dos dois elementos: enquanto para a autoria é preciso apenas um “indício suficiente”, ou seja, um juízo de probabilidade, em relação à materialidade do crime é necessária prova - ou seja, um juízo de certeza.

Sem a presença de um desses elementos, o *fumus commissi delicti* não se aperfeiçoa, tornando-se, então, imperiosa a decretação de liberdade provisória.

¹BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 3a Edição, pp. 971-972, São Paulo, 2015.

No caso *sub judice*, resta claro que não há certeza alguma em relação à materialidade do crime. O que existe, de fato, é uma prisão em flagrante por uma *suposta* prática de crime de estupro de vulnerável. Essa incerteza se torna ainda mais visível quando analisado o relato da própria irmã da vítima, segundo a qual, na noite anterior ao fato, a hipotética vítima teria ameaçado “acabar com a vida” do ora acusado.

A inexistência de um juízo de certeza em relação à existência do tipo penal, por si só, já seria suficiente para a impossibilidade de conversão da prisão em flagrante para a prisão preventiva. Não obstante, no presente caso, tampouco está presente o indício suficiente de autoria, o segundo componente do *fumus commissi delicti*.

Nas palavras do jurista BADARÓ:

*“Já quanto a autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha **certeza** da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de ‘indício suficiente’, isto é, a **probabilidade** de autoria. Cabe destacar, que neste ponto, a expressão indício foi utilizada no sentido de uma simples ‘prova leve’ ou uma prova semiplena de autoria.”²*

Dos autos não se extrai nenhuma prova concreta - sequer leve - não sendo plausível cogitar indício suficiente de autoria para fins de decretação de prisão preventiva.

Dessa forma, prescindem de materialidade do suposto crime, assim como de sua autoria, que devem ser devidamente comprovadas em observância ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, LVII:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

² Idem, pp. 967.

Ainda, salienta-se que o Código de Processo Penal é expresso em prever a possibilidade de prisão em flagrante quando exista apenas a *presunção* de autoria (art. 302, incisos III e IV). Contudo, a *presunção* não se confunde com o indício suficiente, sendo este último critério mais rigoroso a dar lastro à veracidade dos fatos alegados. Nessa esteira versa o doutrinador Nucci ao afirmar:

*“O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido.”*³ (grifos nossos).

Evidente, portanto, estarem ausentes ambos os requisitos necessários para o reconhecimento *defumus commissi delicti*.

B. AUSÊNCIA DE PERICULUM LIBERTATIS

Outrossim, conforme se extrai dos fatos narrados, tampouco se verifica a presença de *periculum libertatis* que justifique a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme estabelece o inciso II do art. 310, CPP.

Como é cediço, para se aferir a presença de *periculum libertatis*, o qual constitui requisito essencial para que seja decretada a conversão em prisão preventiva, é preciso (i) que se demonstre situações concretas que evidenciem a necessidade da supressão da liberdade do acusado; e (ii) que se justifique a inadequação das demais medidas cautelares alternativas à prisão.

Apesar de haver um “rol” no caput do art. 312, CPP, que contém eventuais fundamentações que justifiquem a prisão preventiva, é importante pontuar que se trata de expressões extremamente vagas e indeterminadas, que não dispensam a necessidade de demonstração *in casu* do efetivo perigo que a liberdade ocasiona.

³NUCCI, Guilherme. Leis Penais e Processuais Comentadas, 2018, p. 294

De fato, o que se tem de concreto é que o acusado, aos quarenta e nove anos de idade, não possui sequer uma anotação policial, com antecedentes impecáveis. Não à toa, o próprio Ministério Público manifestou-se em favor da concessão de liberdade provisória, o que, por si só, escancara o descabimento de decretação de prisão preventiva, no presente momento.

Ademais, é evidente que há outras medidas cautelares menos gravosas que podem ser aplicadas. Nesse ponto, é fundamental destacar que a segunda parte do inciso II, do art. 310, CPP, expressamente estipula a necessidade de privilegiar medidas menos gravosas, sendo cabível a prisão preventiva tão somente caso essas se mostrem inadequadas. Confira-se a didática explicação de BADARÓ:

*“Evidente, pois, que a prisão passa a exigir motivação idônea. Em um primeiro momento, **justificando a inadequação das medidas menos gravosas**. Em uma segunda etapa, expondo com base em quais elementos dos autos se conclui pela presença de *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (CPP, art. 312) (...). Para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva será necessário justificar, concretamente, serem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, bem como não ser o caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança”⁴ (grifos nossos).*

Sendo assim, patente que não se verifica o requisito do *periculum libertatis*, condição indispensável para decretação de prisão preventiva e que, portanto, deve ser afastada de pronto, privilegiando-se a liberdade do acusado, conforme mandam os princípios penais e constitucionais.

C. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

No mais, necessária a análise da aplicação da prisão preventiva com base no princípio da proporcionalidade, composto pelos conceitos de *necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito*. A prisão preventiva é a tutela cautelar mais agressiva contra uma pessoa inocente, devendo ser utilizada com grande rigor e apenas como última *ratio*. Em outras palavras, havendo incerteza quanto ao preenchimento de seus requisitos e

⁴BADARÓ, Gustavo. Idem. p. 971.

quanto sua imprescindibilidade, bem como existindo outras medidas cautelares suficientes, sua aplicação deve ser sempre afastada.

A necessidade e a adequação são preceitos expressamente previstos no art. 282 do CPP, *in verbis*:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.(...)”

Nesse sentido, conforme preleciona BADARÓ⁵, no âmbito criminal, para a imposição de uma medida cautelar, será imperativo verificar, em primeiro lugar, se há a **necessidade** de tal medida, e sendo imprescindível a sua imposição, em um segundo momento, buscar dentre as alternativas possíveis a **mais adequada**, isto é, aquela que impõe a restrição menos gravosa ao direito do acusado a ser afetado pela medida cautelar.

Somado a isto, não obstante a ausência de previsão expressa, existe também a necessidade de que a prisão preventiva seja dotada de **proporcionalidade**. Dando continuidade aos ensinamentos de BADARÓ⁶, isso significa que deve haver *“proporcionalidade entre a prisão cautelar e a provável pena a ser aplicada ao final do processo”*.

Esse também é o posicionamento do e. TJSP, ou seja, a necessidade do devido exame das particularidades do caso para a correta aplicação da medida cautelar, à luz dos princípios supracitados:

Habeas Corpus. Liminar. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Indícios de autoria. Fragilidade. Relaxamento. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos legais. Possibilidade de concessão de liberdade provisória. Revogação. - Paciente jovem,

⁵ Idem, p. 1045.

⁶ Idem, p. 1077.

primário, com residência certa e trabalho lícito. Adequada e suficiente, tendo em vista a necessidade de preservação de certa cautelaridade, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas do encarceramento. Considerado o princípio da proporcionalidade, a custódia provisória deve ser diretamente proporcional à eventual sanção penal. Ordem concedida para, convalidada a liminar, substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal. (TJSP, Habeas Corpus Criminal, Rel. Angélica de Almeida, 12ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 28/06/2017 - grifou-se)

* * *

*Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. **Pretendida revogação da prisão preventiva do paciente. Possibilidade. Paciente primário, menor de 21 anos e que foi preso em flagrante com 76 porções de maconha, com peso líquido de 270,31 gramas, 312 porções de cocaína, com peso líquido de 98,17 gramas e 126 pedras de crack, com peso líquido de 21,91 gramas, em situação reveladora, pelo menos à primeira vista, de prognose penal favorável à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com o estabelecimento de regime prisional mais brando que o fechado. Respeito à proporcionalidade. Recomendação n. 62 do CNJ. Máxima excepcionalidade das prisões cautelares. Ordem concedida com a imposição de medidas cautelares.**(TJSP, Habeas Corpus Criminal, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 05/10/2020 - grifou-se)*

D. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO

A Constituição Federal, ao conferir a função privativa ao Ministério Público no artigo 129, inciso I, da CF, optou nitidamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal, com a clara separação entre as funções de acusar e julgar durante todo o processo.

Desse modo, a Lei 11.394/2019, também conhecida como “pacote anticrime”, a fim de se alinhar ao modelo acusatório constitucionalmente previsto, realizou uma mudança nas redações dos artigos 282, §2º, e 311, do CPP, sendo assim dispostos:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

A alteração nos mencionados dispositivos mostra que se tornou-se vedada a decretação da prisão preventiva sem o “*prévio requerimento do Ministério Público*”. Ou seja, conforme ordenamento jurídico vigente, o juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício, exigindo-se prévio requerimento do MP.

Assim, no caso em tela, a violação aos referidos artigos legais e ao sistema acusatório é notória, haja vista que, ao manifestar-se sobre a prisão em flagrante do acusado, o Ministério Público manifestou-se favoravelmente à concessão de liberdade provisória, de sorte que absolutamente ilegal, à luz do ordenamento jurídico vigente, a decretação da prisão preventiva do paciente.

Destaque-se a recentíssima decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu, em 06/10/2020, a ilegalidade da decretação da prisão preventiva de ofício:

“A Turma, por votação unânime, não conheceu da impetração, mas concedeu, de ofício, ordem de habeas corpus, para invalidar, por ilegal, a conversão “ex officio” da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, confirmando, em consequência, o provimento cautelar anteriormente deferido, nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 6.10.2020.” (STF,

Habeas Corpus Criminal 188-888-MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, Julgado em 06/10/2020).

No presente caso, evidente que nenhum dos conceitos supracitados estão presentes a justificar a prisão preventiva do acusado. Conforme já exposto, a ausência de provas quanto (i) à existência do crime, (ii) aos indícios de autoria e (iii) ao perigo em conceder a liberdade do acusado, já afastam completamente qualquer dúvida sobre a prescindibilidade da aplicação da medida cautelar.

Reitera-se à exaustão: o próprio Ministério Público manifestou sua concordância com o cabimento da liberdade provisória do acusado, tendo em vista que é homem de bem, trabalhador, nunca teve anotação policial e há testemunha que trouxe elementos capazes de colocar em dúvida a materialidade e a autoria do crime. A testemunha, inclusive, é mãe da vítima, o que dá ao seu depoimento maior credibilidade, dada a natureza da acusação. Fica evidente, portanto, que conceder a liberdade provisória não traz qualquer risco para a sociedade ou para o procedimento, não havendo qualquer indício de periculosidade do acusado.

Nesse sentido, o primeiro exame aplicado ao presente caso já é capaz de afastar a aplicação de referida medida cautelar ficando claro que em nenhuma hipótese o encarceramento preventivo é essencial, tampouco o mais adequado para o caso em comento. A prisão preventiva deve ser recurso subsidiário, aplicado somente quando as demais medidas cautelares não se mostrarem suficientes para a garantia de um procedimento adequado e seguro, diante de perigos decorrentes das circunstâncias em questão. O que não ocorre no caso de Adriano, que deve ter sua presunção de inocência e sua liberdade preservadas, perante tantas incertezas.

III. PEDIDOS

Portanto, pelas razões de fato e de direito acima expostas, requer-se que seja concedida a liberdade provisória ao acusado, conforme manda o inciso III do art. 310, CPP, posto que ausentes os requisitos autorizadores da conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, e, ainda, em observância aos preceitos penais e constitucionais da presunção de inocência, da primariedade do acusado e da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Aline Gouveia | 10338513

Carolina Stampone | 9843021

Eduardo Franklin | 10339469

Isabelle Ueda | 10338580

Letícia de Zan | 10339386

Ricardo Smith |

Sofia Barone 10339712