

Felipe Zular - nUSP 4769648
Gabriela Pletsch da Luz - nUSP 10274801
João Francisco Chacarosque - nUSP 9267672
Lucas Gabriel Campos Balog - nUSP 7182031
Pedro Luis Fiacadori - nUSP 8585939
Pedro Lopes de Carvalho - nUSP 9839694

I. Dos fatos

Em 15 de maio de 2018, Maria foi presa em flagrante pela prática do delito de furto qualificado tentado (art. 155, § 4º, I, combinado com art. 14, inciso II, do Código Penal). No dia seguinte, Maria foi submetida à audiência de custódia, tendo a medida pré-cautelares sido convertida em prisão preventiva, sob o fundamento de que os fatos praticados por Maria eram dotados de extrema gravidade, colocando em risco a ordem pública. Em 19 de junho de 2018, o Ministério Público denunciou Maria pela prática do delito. A denúncia foi recebida pela autoridade judiciária somente no dia 19 de fevereiro de 2019, ou seja, sete meses depois.

Por decisão proferida em 03 de agosto de 2019, a autoridade judiciária manteve o recebimento da peça inicial e designou a audiência de instrução, debates e julgamento para 9 de dezembro de 2019. Ocorre que nessa data não foi possível conduzir a Maria, em virtude da ineficiência do poder público e início da pandemia. Com efeito, Maria permanece presa cautelarmente há quase dois anos e cinco meses, desde o dia 16 de maio de 2018.

II. Da ausência de fundamento para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

A prisão preventiva, enquanto medida cautelar, deve ser compreendida à luz da sua instrumentalidade ao processo penal. Ao contrário de constituir-se em antecipação de pena, a prisão preventiva é um *meio* predisposto para que o procedimento definitivo alcance resultado útil. Disso decorre a necessária constatação de que a prisão preventiva - assim como as demais medidas cautelares - não é satisfatória por si mesma, já que tem por finalidade assegurar a viabilidade de aplicação da pena. Tal constatação basilar não pode ser perdida de vista, sob pena de a medida cautelar constituir-se em mera arbitrariedade do Poder Judiciário no exercício de seu *ius puniendi*. É justamente o que acontece no caso sob análise, conforme restará provado adiante.

Ainda no que tange aos princípios das medidas cautelares, vale ressaltar o seu caráter excepcional ou subsidiário. Isto é, a prisão cautelar, enquanto medida drástica de privação da liberdade do acusado sem que haja qualquer sentença condenatória, deve ser compreendida como *ultima ratio*: não pode, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência de (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), ser estendida arbitrariamente, ao arrepio do princípio da legalidade. A esses princípios ora mencionados voltar-se-á oportunamente, quando tratarmos de sua aplicação ao caso concreto.

Pois bem. Prosseguindo a análise, estabelece o art. 312, do CPP, conforme redação que estava em vigor no momento em que Maria foi presa preventivamente, que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Dos autos depreende-se que Maria foi presa preventivamente com base no primeiro fundamento, qual seja, a existência de risco à ordem pública.

No entanto, doutrina e jurisprudência entendem que a interpretação extensiva do termo “garantia da ordem pública” não merece acolhida. Isso porque trata-se, sobretudo, de uma interpretação com altas doses de subjetivismo, em que a “garantia da ordem pública” é, em realidade, “conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico” (LOPES JR. E MORAIS DA ROSA, 2015), e que na prática vem sendo aplicado ao sabor das ideologias pessoais do intérprete. Nesse sentido, confira-se a pertinente lição de Rubens Casara:

Assim, a expressão “ordem pública” proporciona um imenso subjetivismo e, conseqüentemente, uma margem muito grande de insegurança, pois a sua completa vagueza e abstração viabiliza interpretações e manipulações sujeitas ao inquisidor. Nota-se que tal fundamento não se orienta por questões técnicas e dados objetivos, mas sim pela opção política do julgador, preenchendo a ausência de sentido com as suas convicções pessoais. (CASARA, 2015).

Como se isso não bastasse, o argumento da gravidade do delito, utilizado na sentença como fator gerador do risco à ordem pública, é atentatório contra a própria presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Isso porque esse argumento se funda em presunções e antecipações do juízo de culpabilidade, partindo do pressuposto de que o crime teria acontecido antes mesmo de que haja sentença. Nessa toada, é fato notório que os

tribunais superiores têm inadmitido a prisão preventiva pela gravidade abstrata do crime, sem que se indiquem os elementos substanciais que embasaram a sentença, conforme se depreende do seguinte julgado:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, **concluiu, definitivamente, que a decretação ou a manutenção do encarceramento processual (entenda-se qualquer prisão antes de condenação transitada em julgado) depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso o Julgador deve consignar, expressamente, elementos substanciais indicadores de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.** “Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (STF, HC 101.705/BA, 2.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 03/09/2010). Não tem base empírica idônea o decreto prisional em que o Magistrado limita-se tão somente a mencionar a gravidade abstrata do delito ou cuja fundamentação é dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado, sem ressaltar a necessidade real da medida excepcional.(...)” (RHC 43.442/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014).

Veja-se, ainda, que a situação se agrava quando se constata que a prisão preventiva fundamentada em “risco à ordem pública” constitui-se em aplicação antecipada da pena. As funções de prevenção geral e de retribuição, utilizadas para justificar a necessidade de decretação da prisão em virtude da gravidade do delito, são exclusivas da *pena*. Ora, a medida cautelar, dada sua instrumentalidade com relação ao processo principal - como já explicado acima - é um *meio* predisposto para que o procedimento definitivo alcance resultado útil. Assim sendo, sob pena de violação ao princípio da instrumentalidade, da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) e da garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), não pode a prisão preventiva assumir as vezes da pena sem que haja prévio processo judicial válido e sentença transitada em julgado. Nesse sentido, veja-se a doutrina mais abalizada no tema:

A ideia de garantia da ordem pública geralmente **se sustenta em elementos fáticos inconstitucionais e incongruentes em relação à finalidade de uma medida cautelar, como, por exemplo, a “gravidade do delito”, “inquietação social”, “clamor público”, “sensação de impunidade”, a “necessidade de**

acautelar a credibilidade da justiça” e o “estrépito da mídia” (GIACOMOLLI, 2014).

Em suma, se os fins da prisão preventiva são puramente cautelares e processuais, o argumento da “gravidade do delito” distancia-se por completo das finalidades do instituto. Acaba por servir, ao fim e ao cabo, como evidente e inaceitável instrumento de justiça sumária. A propósito, não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a seguinte tese acerca da prisão preventiva: "*A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva.*" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 4).

Ainda no que toca ao fundamento genérico da ordem pública e gravidade do delito, há que se ressaltar que a sentença que aplica medida preventiva baseada na gravidade *in abstracto* incorre em insuperável vício de motivação (art. 315, CPP, em linha com o art. 93, inc. IX, da CF). Não foi diferente no caso sob apreciação, em que a decretação da prisão de Maria, ao referir-se vagamente à “gravidade do delito” e ao “risco à ordem pública”, embasa-se em fundamentação genérica e abstrata. Estatui, em realidade, assertiva vaga que poderia ter sido invocada em qualquer outra decisão, e que não é apta a explicitar a efetiva necessidade e adequação da prisão preventiva (art. 282, incisos I e II).

Com efeito, a necessidade enquanto requisito das medidas cautelares (conforme previsão disposta no título IX do CPP e que, portanto, se aplica a todas as medidas cautelares) impõe ao julgador uma constante avaliação da efetiva instrumentalidade da medida, a fim de aferir se esta cumpre sua finalidade. Como já restou evidenciado na presente sustentação, tal não foi o que ocorreu no caso ora em análise. Do mesmo modo, a adequação da medida cautelar exige o juízo de proporcionalidade entre a conduta do agente e a medida imposta. Ora, é evidente que se tratando de furto - que não é um crime hediondo e não é praticado com violência ou grave ameaça, - ainda que se considere a necessidade de alguma medida cautelar, a privação da liberdade é manifestamente desproporcional à conduta supostamente perpetrada por Maria. Aliás, a prisão cautelar deve ser medida excepcional, posto que no processo penal a liberdade é a regra, e sua privação é a exceção. A esse tema retornaremos oportunamente.

Em síntese, como restou demonstrado neste tópico, a prisão preventiva de Maria é ilegal e inconstitucional por contrariar: i) a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), ao incorrer em uma antecipação do juízo de culpabilidade; ii) os

princípios da instrumentalidade, presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), garantia do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), ao constituir-se em antecipação de pena; iii) a motivação da sentença (art. 315, CPP, em linha com o art. 93, inc. IX, da CF), ao utilizar termo vago que poderia ter sido utilizado em qualquer outra decisão; e iv) a necessidade e a adequação (art. 282, incisos I e II), bem como o princípio da excepcionalidade, ao aplicar medida injustificada face aos objetivos do instituto e desproporcional à conduta da agente.

Some-se a isso tudo, por fim, que a prisão preventiva somente pode ser decretada em último caso. É claro o § 6º do artigo 282: “*a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”, 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*”. É estritamente necessária a aplicação do artigo 319 do Código de Processo Penal, que disciplina as medidas cautelares diversas da prisão, resguardando-se a prisão preventiva para a excepcionalidade, ou seja, quando outra medida cautelar restritiva não for justificadamente suficiente.

Ainda, não está presente o *periculum libertatis*, que é fundamento da prisão preventiva. Isso porque não há qualquer risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal, conforme já restou devidamente provado na presente peça.

III. Da ilegalidade da prisão preventiva no curso do processo por excesso de prazo

Para além da ilegalidade na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme demonstrado acima, cumpre destacar que a manutenção da prisão preventiva de Maria é revestida de completa ilegalidade no caso concreto em razão de seu excesso de prazo, causado por um desprezo do Estado pela liberdade da Maria.

Ela foi presa no dia 15 de maio de 2018, mas a denúncia somente foi recebida pela autoridade judiciária no dia 19 de fevereiro de 2019. Tendo realizado sua defesa no prazo legal estabelecida, Maria teve de esperar ainda até o dia 03 de agosto de 2019 para ter decisão proferida por este juízo. A audiência designada para o dia 09 de dezembro de 2019 não pôde ser realizada por insuficiências de recurso de Estado e, na data de 25 de março, a audiência tampouco pôde acontecer.

A acusada está presa desde 15 de maio de 2018, ou seja, há mais de 2 anos e 4 meses! E pior, desde sua prisão, sequer foi proferida sentença.

Observe-se que a própria denúncia em face da acusada foi oferecida, inexplicavelmente, fora do prazo máximo estabelecido pela lei.

Com efeito, o artigo 54 da Lei 11.343/2006 determina expressamente que a peça acusatória deverá ser apresentada pelo Parquet em 10 (dez) dias, a partir do recebimento do inquérito policial em juízo. No caso ora em comento, apesar de ter havido audiência de custódia um dia após a prisão em flagrante de Maria (16/05/18), inclusive tendo sido convertida em prisão preventiva, a denúncia foi oferecida tão somente em 16/06/2018 (1 mês após a prisão em flagrante e conclusão das investigações), o que, por si só, enseja o relaxamento da prisão por excesso de prazo.

Outro exemplo flagrante de morosidade da instrução processual repousa no fato de que a denúncia, notadamente intempestiva, só foi recebida por este r. juízo em 2019, enquanto a acusada continuava a cumprir prisão preventiva.

Só houve decisão proferida em 3 de agosto de 2019 e é nesta mesma decisão que se encontra o maior exemplo de descaso estatal com o Paciente: de forma absolutamente injustificada, a audiência de instrução, debates e julgamento foi designada apenas para o dia 09/19/2019. E pior, a audiência sequer pôde ocorrer, sendo postergada para o dia 25/03/2020.

Se não bastasse, é certo que aludida audiência jamais chegou a ocorrer de fato, pois, inobstante a ausência de informação nos autos sobre seu cancelamento, o advento da atual emergência de saúde pública impossibilitou a sua ocorrência na data então designada.

Não há dúvidas de que estamos diante de hipótese de excesso de prazo da prisão preventiva, o que afronta a proporcionalidade, razoabilidade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, além do direito fundamental à liberdade do cidadão, todos constitucionalmente assegurados.

A propósito, o E. Supremo Tribunal Federal não hesita em reconhecer a ilegalidade da prisão em casos semelhantes ao ora em comento. Confira-se:

“HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III)- TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV)- CARÁTER

EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU.

- **Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar** (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu.

- **O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário** - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - **traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo**, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.

- **A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana**, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo,

verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

- O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmudar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes”.

(STF – HC: 98878 MS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe: 20/11/2009)

Repare-se, ainda, que, com o transcurso do processo, a prisão preventiva se revestiu de ilegalidade, porquanto ignorou novidade introduzida pela Lei nº 13.964 /2019. Conforme a redação dada por esta ao art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Ora, o art. 2º do CPC, ao prescrever que a lei processual penal será aplicada desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, consagrou o princípio da imediatidade no processo penal. Desse modo, a Lei nº 13.964/2019 passou a reger a prisão preventiva previamente instaurada desde a sua entrada em vigor (23/01/2020). Inexistindo, no curso de 2020, qualquer decisão fundamentada de manutenção ou conservação da prisão preventiva controversa, esta ficou eivada de ilegalidade, por excesso de prazo. A manutenção da privação de liberdade de Maria vai, portanto, na contramão do mandamento constitucional de razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Uma vez ilegal, **a prisão preventiva de Maria deverá imediatamente relaxada**, por força do art. 5º, LXV da Constituição Federal.

No atual quadro pandêmico, a prisão preventiva de Maria ainda se sujeita a um agravante, uma vez que se afigura não só como a restrição da liberdade, como também oferta riscos à sua saúde. Dada a cumulação de fatores como aglomeração de pessoas, a insalubridade de unidades prisionais, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, e a insuficiência de equipes de saúde, estabelecimentos prisionais estão particularmente sujeitos à contaminação em grande escala. Foi com tais considerações, aliás, que o Conselho Nacional de Justiça recomendou, mediante o art. 4º, I, c da Recomendação nº 62, que magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal reavaliem as prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Pois bem. Na remota hipótese de se considerar a prisão preventiva como legal, **fato é que esta deixou de sê-lo com o transcurso de mais de dois anos, sobretudo ante a inexistência de data para julgamento.** Nesse mesmo sentido, é pacífica a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. [...] EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO FEITO. OCORRÊNCIA. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE HÁ MAIS DE SEIS ANOS. TRIBUNAL DO JURI NÃO REALIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] Na hipótese, verifica-se que o excesso de prazo é manifesto, extenso e injustificável, sem que a defesa tivesse contribuído para o atraso, tendo a prisão preventiva ocorrido em 30/03/2012 e o paciente sido pronunciado em 17/06/2014. Assim, a segregação cautelar estende-se já por mais de seis anos sem data para a realização da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, configurando constrangimento ilegal por ofender o princípio da razoabilidade em razão do excesso de prazo para a conclusão do feito” (STJ – HC 449.256/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 21/08/2018 – ementa parcial)”.

A todo sentir, é inafastável a conclusão de que a prisão de Maria é ilegal. Por essa razão, formula-se os pedidos expostos a seguir.

IV. Dos pedidos

Diante do exposto, pede-se pelo imediato relaxamento da prisão preventiva de Maria, ante as flagrantes ilegalidade e inconstitucionalidade da privação de liberdade no caso *in concreto*, conforme restou comprovado.

Alternativamente, requer-se a revogação da prisão preventiva, em razão da sua desproporcionalidade no caso *in concreto*.