Liberdade provisória – sem o pagamento de fiança

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | 05/02/2023

AO DOUTO JUÍZO DE DIREITO DA 00ª VARA CRIMINAL DE CIDADE/UF

PROCESSO nº 00000

NOME DO CLIENTE, nacionalidade, estado civil, profissão, portador do CPF/MF nº 0000000, com Documento de Identidade de n° 000000, residente e domiciliado na Rua TAL, nº 00000, bairro TAL, CEP: 000000, CIDADE/UF, vem, através de seus advogados abaixo assinados e com procuração em anexo, respeitosamente a presença de Vossa Excelência, apresentar pedido de **LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA**, com fulcro no art. 325, § 1º, I c/c o art. 350, ambos do Código de Processo Penal (CPP), com base nos termos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

DOS FATOS

O Condutor Sr. FULANO DE TAL, no DIA/MÊS/ANO, durante uma ronda de rotina da polícia militar, por volta das 00h00m, em direção à TAL LUGAR, foi informado por um transeunte que dois indivíduos supostamente armados. Que foram de encontro ao requerente e o abordaram, momento este que o autuaram em flagrante delito em virtude de portar consigo um revolver de calibre .38 (doc em anexo).

Após a lavratura do flagrante, fora estipulada a fiança na importância de R$ -00000 (REAIS), valor este demasiado para as condições econômicas do requerente, o qual se encontra desempregado.

Mais adiante a autoridade policial encaminhou os autos da prisão em flagrante para esse juízo competente.

DO DIREITO

DO CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Primeiramente Excelência, cumpre destacar que a constituição de um advogado não pode ser presumida como característica de poder econômico do acusado, visto que o advogado pode atuar sem a percepção de honorários advocatícios.

Como é cediço, a situação factual ora trazida ao conhecimento de Vossa Excelência atrai, inexoravelmente, o regime jurídico-processual previsto no art. 325, § 1º, I c/c o art. 350, ambos do Código de Processo Penal (CPP), visto que o paciente possui evidente hipossuficiência econômica e financeira, questão de exponencial relevância na presente ação.

A título de parametrização e fundamentação concretas dessa incapacidade, cumpre a essa Defensoria Pública destacar tratar-se de hipossuficiência econômico-financeira caracterizadamente (a) atual, no seu aspecto temporal, (b) absoluta, no seu aspecto de abrangência, (c) objetiva, no seu aspecto de aferição, e (d) evidente, no seu aspecto comprobatório para efeito de cognição judicial.

Assim o pedido de liberdade provisória encontra-se devidamente parametrizado dentro de critérios seguros e concretamente aferíveis e controláveis por esse respeitável juízo.

Assentada essa premissa, a defesa entende necessária e obrigatória a incidência normativa da prescrição processual atinente à dispensa da fiança (art. 325, § 1º, I, CPP), porquanto a situação econômica do preso, objetivamente, não permitiria adimplir tal encargo.

Afirmar o contrário, data venia, equivaleria a chancelar conclusão duplamente inaceitável dentro dos cânones de um Estado Democrático de Direito de cariz social: primeiro porque seria antisonômico, na medida viabiliza direitos aos cidadãos providos de capacidade econômico-financeiro e, simultaneamente e de forma contraditória, obsta o mesmo direito justamente aos mais vulneráveis por desprovidos de tal capacidade; segundo

porque condiciona a fruição de um direito (liberdade provisória, no caso) ao implemento de uma condição objetivamente impossível: paciente hipossuficiente economicamente hipossuficiente.

Em termos de precedentes, cumpre salientar, com toda a antecedência, que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado conta com sólido repertório jurisprudencial apto a balizar a matéria, de cujo magistério pode-se colher os seguintes arestos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

HABEAS CORPUS. DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. RÉU JURIDICAMENTE POBRE. ART. 350 CPP. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. CONCESÃO DA ORDEM. UNÂNIME. (TJAL, HC n.º 201.08478-7, Acórdão n.º 3.028/2012, Relator: Des. José Carlos Malta Marques, Órgão Julgador: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, Data do Julgamento: 07/03/2012). (Grifos nossos).

Ainda, neste sentido:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA. FIANÇA NÃO PAGA. RÉU JURIDICAMENTE POBRE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. (HC n.º 201.06269-5, Acórdão n.º 3.0942/201, Relator: Des. Edivaldo Bandeira Rios, Órgão Julgador: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, Data do Julgamento: 23/1/2011). (Grifos nossos).

O Excelentíssimo Doutor Desembargador Otávio Leão Praxedes, corrobora com este entendimento na seguinte decisão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

Dessa forma, verificada a impossibilidade do Paciente em

prestar a fiança, bem como a inexistência dos requisitos para a manutenção da segregação, é que defiro o pedido liminar, para conceder a liberdade provisória ao Indiciado sem o pagamento da fiança, nos termos do art. 350 do CP, mantendo as demais medidas cautelares impostas pela Autoridade apontada como coatora na decisão de fls. 12/18. (Grifos no original). HC nº 080414-89.2014.8.02.00

As jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas se encontram em perfeita harmonia com os precedentes formados no Supremo Tribunal Federal, ex vi:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE O VALOR DA FIANÇA E A CAPACIDADE ECONÔMICA DO PACIENTE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 326 E 350 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SITUAÇÃO APTA A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (..). 3. No caso, entretanto, vislumbra-se flagrante ilegalidade apta a autorizar concessão da ordem de ofício. 4. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, o que impõe ao magistrado, como qualquer outra decisão acauteladora, a demonstração das circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente que justifique a medida a ser aplicada. Na espécie, manteve-se a medida cautelar da fiança sem levar em consideração fator essencial exigido pela legislação processual penal: capacidade econômica do agente. Ademais, são relevantes os fundamentos da impetração acerca da incapacidade econômica do paciente. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar que concedeu a liberdade provisória ao paciente com a dispensa do pagamento de fiança, ressalvada a hipótese do juízo competente impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas

no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 114731, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 14-04-2014 PUBLIC 15-04-2014). (Grifos nossos).

DO NÃO CABIMENTO DA PREVENTIVA

É importante ressaltar que também não deve ser decretada a prisão preventiva a qual suas condições estão consignadas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, ex vi:

Art. 312. A prisão preventiva poderá 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 da autoria.

[..]

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A priori, observa-se que o art. 313 do Código de Processo Penal, define que para a sua utilização é necessário que a

conduta imputada refira-se a crime com pena superior a 04 (quatro) anos, o que no caso em análise **não é compatível,** pois o tipo imputado (art. 14, Lei 10.826/2003) tem pena máxima de 04 (quatro) anos.

Nunca é demais lembrar que, para constituírem fundamento da prisão preventiva, as hipóteses de previstas no artigo retro, quando invocadas, não devem estar baseadas em meras suposições, mas em fatos concretos, os quais que devem ser indicados na respectiva decisão, não podendo, ainda, simplesmente ser transcritas as palavras da lei.

Embora os indícios de autoria estejam presentes, tal motivo não pode, por si só, justificar a segregação cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da pena.

O acusado é primário e possui residência fixa e não possui processos criminais em curso.

Ademais, não há indícios de que acusado, uma vez solto, volte a delinquir, o que pode ser claramente observado se levarem em consideração que todas as circunstancias judiciais do artigo 59 do Código Penal serão favoráveis, e, ainda, atentar para o fato do acusado ter ainda a seu favor o atenuante da menoridade relativa do art. 65, I do Código Penal, por este possuir 19 anos e não possuir condenação criminal, o que não condiz com o perfil dos agentes de condutas semelhantes as imputadas.

Ainda que este fosse o caso, observa-se que a necessidade de acautelamento do meio social para evitar a prática de novos delitos é uma das finalidades da pena privativa de liberdade (prevenção especial negativa), que somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da condenação; nada tem a ver com as finalidades do processo. E a prisão preventiva – como modalidade de tutela cautelar processual penal – somente pode ser decretada se for necessária para o processo, para resguardar os seus fins e a eficácia do provimento final. Caso

contrário, haveria violação frontal ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Não é o caso, da mesma forma, de dizer que a instrução processual será afetada. É preciso comprovação nos autos de que o indiciado pretende interferir na produção da prova, o que não ocorrerá dadas as circunstâncias discriminadas e o perfil do indiciado.

Ademais, a possibilidade de acusado desaparecer ou prejudicar a colheita de provas não foi demonstrada nos autos. Não se demonstrou que a prisão do requerente seja necessária para resguardar a eficácia do provimento final. Em outras palavras, está ausente a cautelaridade que deve nortear toda prisão provisória.

Além disso, conforme já salientado acima, a gravidade, em tese, do delito ora investigado, também não basta, por si só, para fundamentar a segregação cautelar.

Na realidade, tal circunstância interessa somente à política criminal, ao legislador (no momento em que estabelece a sanção em tese) e ao juiz (por ocasião da imposição da pena ao condenado). Não justifica, pois, a prisão preventiva, servindo apenas para camuflar uma antecipação de pena (STF, HC 87.041-PA, julgamento em 29/06/06; HC 83.865-SP, rel. Min. Menezes Direito, Informativo de Jurisprudência do STF n. 490, e HC 82.903, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/08/2008).

Assim, não se vislumbra a presença dos fundamentos que autorizam a custódia preventiva, uma vez que o acusado não representa ofensa à ordem pública, não havendo, também, necessidade de ficar detido por conveniência da instrução criminal ou para garantir aplicação da lei penal.

Os Tribunais Superiores vêm decidindo, reiteradamente, que, em virtude do princípio da inocência, não se pode afastar do plano da concretude para se decretar um encarceramento

processual, pois as prisões em nosso ordenamento são tidas como exceções e só se legitimam quando concretamente demonstrados os requisitos do art. 312 do CPP.

Qualquer interpretação divergente conduz à indesejável antecipação de pena e de culpabilidade, indevida violação do princípio constitucional da não-culpabilidade.

Por fim, é de bom alvitre que o Supremo Tribunal Federal, conforme sólida jurisprudência, a gravidade do crime, não pode ser usada (de forma autônoma) como fundamentação para a prisão cautelar:

HC N. 100.430-AC

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

"HABEAS CORPUS" – PRISÃO CAUTELAR DECRETADA COM APOIO EM MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS: GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO; NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DE CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE CRIMES E DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA – ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA PRISÃO CAUTELAR QUANDO DECRETADA, UNICAMENTE, COM SUPORTE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS – INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE

RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL.

– A privação cautelar da liberdade individual – cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) – reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real

necessidade.

A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

Doutrina. Precedentes.

A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

– A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes.

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE

LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.

– A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE

QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR.

– Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que essa modalidade de prisão é necessária para resguardar a credibilidade das instituições.

A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS.

– A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.

– A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinqüir ou interferir na instrução probatória ou evadir-se do distrito da culpa ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira para obstruir, indevidamente, a regular tramitação do processo penal de conhecimento.

– Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE.

– Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.

A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

HC 95125 / BA – BAHIA

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 08/06/2010

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFIQUEM O DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. WRIT NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – Apesar de o decreto preventivo relatar o descaso e a falta de atenção dos pacientes para com a Justiça, não expõe, de forma objetiva, qualquer fato concreto que demonstre a materialização de alguma das hipóteses mencionadas no art. 312 do Código de Processo Penal. II – Ausente a demonstração da necessidade da manutenção da segregação preventiva, não sendo motivos aptos à sua decretação a gravidade do crime, a sua reprovabilidade, nem tampouco o clamor público. III – A metódica e progressiva construção pretoriana, passou a repelir a custódia cautelar quando vazada em termos abstratos, sem amparo em fatos concretos, fundamentada de forma lacônica ou baseada exclusivamente na garantia da ordem pública. IV – Impetração da qual não se conhece, concedendo-se, todavia, a ordem de ofício. (grifo nosso).

Para que não reste dúvida de que esse é o entendimento não só da Primeira Turma do STF, mas também da Segunda Turma, conferir:

HC 95886 / RJ – RIO DE JANEIRO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 27/10/2009

Órgão Julgador: Segunda Turma

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSTA INSEGURANÇA E INTRANQÜILIDADE DAS TESTEMUNHAS – FORMULAÇÃO DE JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS – INADMISSIBILIDADE – CARÁTER

EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – "HABEAS CORPUS"

DEFERIDO – EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS" AOS DEMAIS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, POR AUSÊNCIA, QUANTO A ESTES, DE QUAISQUER CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM PESSOAL. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. – A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. – A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que

lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. – A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE

CONJECTURAIS. – A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. – A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá gerar insegurança ou intranqüilidade nas testemunhas. – Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. – Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu.

Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva.

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional

(CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.

Precedentes

Em transcrição do HC 111.874 publicada recentemente, o Ministro Celso de Melo sintetiza com clareza exemplar a questão:

Impende assinalar, por isso mesmo, que a gravidade em abstrato do crime não basta para justificar, só por si, a privação cautelar da liberdade individual do paciente.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, “per se”, a justificar a privação cautelar do “status libertatis” daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos

julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, ainda que o delito imputado ao réu seja legalmente classificado como crime hediondo (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

"A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII)."

(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Ora, se o sentenciado pode cumprir pena em regime semiaberto, como dizer que a manutenção do preso provisório no cárcere não fere a razoabilidade? É patente que a prisão cautelar acabaria sendo mais grave que um eventual cumprimento de pena.

Mais ainda, no HC 97.256 o STF admitiu a possibilidade de aplicação de **pena alternativa**, a depender da análise do caso concreto. A título de ilustração, seguem algumas recentes decisões sobre o assunto:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME ABERTO.

IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º

do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que a

partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, é razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Precedentes.

3. No caso, embora verificada a primariedade dos pacientes, bem como o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, com posterior aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo, o regime menos rigoroso não se mostra adequado, de acordo com o contido que preceitua o art. 42 da Lei de Tóxicos. Dessa forma, levando em consideração a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, elementos esses que preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal (art. 42 da Lei nº 11.343/06), o regime intermediário é o mais apropriado para a hipótese.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos pacientes, determinando, ainda, ao Tribunal de origem, que aprecie livremente a possibilidade de substituição da pena, afastado o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas.

(HC 223.849/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 12/06/2012)

Pois bem, considerando as circunstâncias até o momento favoráveis ao acusado, caso venha a ser condenado há

possibilidade concreta de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou ainda ter a sua pena privativa de liberdade substituída por pena alternativa. Sendo assim, é desproporcional manter o paciente preso cautelarmente tendo em vista que provavelmente não permanecerá preso após eventual condenação.

Por fim, isto não quer dizer que a prisão preventiva se tornará inócua. Como bem ressaltado nos fundamentos da lei da reforma das prisões cautelares (Lei 12.403/11), a prisão preventiva deve ser utilizada quando as demais medidas cautelares não são cabíveis ou se revelarem insuficientes. No caso em apreço, como justificar que a medida cautelar de monitoramento eletrônico não seria cabível e/ou suficiente? O acusado não resistiu à prisão e não deu indícios de que fugiria.

Caso descumprida a medida cautelar imposta, aí sim haveria fundamento para a prisão preventiva. Imaginar de modo contrário seria fazer letra morta das alterações trazidas pela Lei 12.403/11.

A propósito, segue trecho da recente decisão liminar no HC 118.580/SP, concedida pelo Ministro Celso de Mello:

Cabe advertir, neste ponto, que nem mesmo eventual clamor público poderia erigir-se em fator subordinante da decretação ou da manutenção da prisão cautelar de qualquer pessoa.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso.

Bem por isso, já se decidiu, nesta Suprema Corte, que "a repercussão do crime ou o clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva, dentre as estritamente delineadas no artigo 312 do Código de Processo Penal (…)" (RTJ

112/1115, 1119, Rel. Min. RAFAEL MAYER – grifei).

A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos fundamentos que podem legitimá-la, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal (RT 598/417 – RTJ 172/159, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – HC 71.289/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RHC 64.420/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.):

"O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes."

(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

De outro lado, revela-se arbitrária a decisão que decreta (ou, como na espécie, que mantém) a prisão cautelar de alguém com o objetivo de inibir terceiros que eventualmente venham a incidir em práticas delituosas, pois tal não é a função

jurídico-processual do instituto da prisão cautelar.

É oportuno frisar que, as prisões cautelares vêm sendo repudiadas pelos Tribunais Superiores, porquanto importa sempre no cumprimento antecipado da pena, (isto, na hipótese de remanescer condenado o réu), violando-se aqui o princípio presunção de não culpabilidade, com sede Constitucional, por força do artigo 5º, LVII.

O art.321 do Código de Processo penal alerta:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Assim, requer-se a Vossa Excelência, que seja concedida ao Acusado o direito de responder em liberdade, haja vista as razões acimas explicitadas, bem como a inteligência do art. 321 e 319 do CPP, não havendo motivos para manter-se em custódia.

DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer:

A concessão de liberdade provisória, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal;

A aplicação das medias cautelares previstas no art. 319 do CPP, caso seja Vossa Excelência entenda por necessárias;

A oitiva do representante do ministério público;

A expedição de **alvará de soltura** colocando-se o INDICIADO em liberdade, que antecipadamente se compromete a comparecer a todos os atos do processo, quando intimado.

Termos em que,

Pede Deferimento.

CIDADE, 00, MÊS, ANO

ADVOGADO
OAB Nº