

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

HABEAS CORPUS

Paciente: NOME DO ASSISTIDO
Autoridade Coatora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Circunscrição de Origem: XXXXXXXX
Número na Origem:

A DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXX, no exercício de sua autonomia preconizada no §2º do art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil e no uso de sua competência legal prevista no art. 4º da Lei Complementar Federal 80/94, com atribuição para atuar durante a fase inquisitiva, assistindo NOME DO ASSISTIDO, já qualificado no APFD, impetra, com esteio no art. 5º, LXVIII, da Constituição da República c/c art. 7º, 6 do Pacto de São José da Costa Rica c/c art. 647 do Código de Processo Penal, a presente ORDEM DE HABEAS CORPUS em face do XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, articulando o que se segue.

I - DOS FATOS E DAS RAZÕES FUNDANTES PARA CONCESSÃO DA ORDEM

No dia xxxxxxxx a adolescente xxxxxxxx, de XX anos, acompanhada de sua mãe, xxxxxx, se dirigiu a Xª Delegacia Especializada de Proteção a Criança e ao Adolescente e registrou ocorrência policial pela suposta infração de importunação ofensiva ao pudor (nos termos constantes do BO nº XXXXXXXX) em face de xxxxxxxx, ocorrido em tese no dia anterior.

Ela narrou que o paciente teria a abordado em via pública e tentado agarrá-la puxando-a pelo cabelo e tentando beijá-la, mas ela conseguiu se desvencilhar. Ela, então, se dirigiu à residência do paciente e contou o ocorrido à esposa dele e, por isso, ele teria ameaçado a vítima, segundo relatou.

Diante desses fatos, a autoridade policial representou pela prisão preventiva, que foi acatada pela Juíza de Direito, cujo mandado de

prisão foi cumprido em xxxxxx.

A Defensoria Pública XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, com atribuição para atuar durante a fase inquisitiva, não foi intimada da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente e tampouco do cumprimento do mandado de prisão. Nós descobrimos que o paciente encontrava-se preso por meio das visitas/atendimentos que realizamos regularmente no XXXXXXXXXX. Pois bem, a ordem pública não está sendo ameaçada, tampouco a ordem econômica, vez que os autos não trazem qualquer indicação de que o agente irá delinquir no futuro. Consigne-se que o processo penal não possui a função de evitar condutas futuras, pois tal desiderato é inerente à polícia do Estado, sendo completamente alheio ao fundamento processual. Nas palavras do professor Aury Lopes Jr.:

“A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal...” (Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.123).

Por sua vez, no que tange à manutenção da sua prisão por conveniência da instrução criminal, também não há qualquer indício de que o paciente irá interferir na condução do processo. Aliás, a prisão cautelar não deve ser decretada por conveniência da instrução criminal, mas sim quando imprescindível à instrução criminal.

No tocante à garantia da aplicação da lei penal, também não há qualquer indicação de que ele não comparecerá a todos os atos do processo. Da decisão de fls. XX/XXv depreendem-se três fundamentos adotados pela Magistrada para decretar a prisão preventiva do paciente, pois se entendeu (i) que os fatos se amoldam à figura prevista no art. 213/CP, portanto hediondos, (ii) que o paciente tem maus antecedentes e (iii) que cautelares diversas da prisão seriam obviamente ineficazes.

Da Figura Típica - Readequação

A douta Magistrada asseverou que “...o delito em tela,

pelo qual responde o investigado, é crime hediondo e doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 213, do Código Penal)". Entrementes, do relato da própria vítima, que afirmou que o paciente teria passado a mão em seu cabelo e tentado beijá-la, se descortina que a conduta não se adequa à figura típica prevista no art. 213/CP. Tanto que no próprio boletim de ocorrência constou tratar-se de suposta importunação sexual, atualmente prevista no art. 215-A do Código Penal, in verbis:

"Art. 215-A: Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave";

Nas lições de Aury Lopes Júnior, Alexandre Moraes da Rosa, Marília Brambilla e Carla Gehlen, toques e beijos forçados, por exemplo, não mais se adequarão à figura do estupro, mas poderão sim ao delià figura da importunação sexual (art. 215-A), veja:

"O estuprador é aquele que pratica ato libidinoso, em sua potencialidade ofensiva máxima (coito anal, vaginal, felação etc.), e continuará respondendo pelo crime previsto no artigo 213, estupro (hediondo), mas agora, pelo princípio da proporcionalidade, os atos libidinosos foram "divididos", até mesmo em respeito às vítimas que tiveram suas liberdades sexuais ofendidas em nível máximo. Agora, "o passar de mãos lascivo nas nádegas", "o beijo forçado", aquilo que antes tinha que se adequar ao estupro para não ficar impune (mesmo todo mundo sabendo dessa desproporcionalidade!) "ganha" nova tipificação: o crime de importunação sexual. Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). Qualifica-se o âmbito de proteção normativo. (Excerto extraído do sítio

"<http://www.conjur.com.br>"

www.conjur.com.br. Aury Lopes Júnior, Alexandre Moraes da Rosa, Marília Brambilla e Carla Gehlen. Limite penal: O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18? Publicado em 28 de setembro de 2018, 8h05).

E veja que mesmo antes da Lei 13.718/18, que tipificou a conduta de importunação sexual, a própria jurisprudência pátria já reconhecia a desproporção e a falta de razoabilidade de se adequar ao estupro o mero beijo ou toque:

"EMBARGOS INFRINGENTES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO DO

DELITO PARA A INFRAÇÃO DO ARTIGO 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS. CASO CONCRETO DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. 1. Fere o princípio da proporcionalidade o mesmo apenamento ao estupro, ao atentado violento ao pudor sem qualquer espécie de cópula e a prática de atos libidinosos menos graves: beijo lascivo, apalpadelas etc. 2. Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor possuem igual apenamento: 6 a 10 anos de reclusão. O legislador de 1990 não considerou no processo de tipificação criminal o princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, manter conjunção carnal ou outro tipo de relação sexual, bem como qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por mais simples que seja, tem a mesma reprovabilidade jurídica. Possibilidade de realização de adequação típica, com qualificação jurídico-penal adequada. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (TJRS - 4º Grupo de Câmaras Criminais - Embargos Infringentes nº 70010270510, Rel.: Nereu José Giacomolli, Julgado em 22/03/2005).

Não houve conjunção carnal e tampouco prática de qualquer outro ato libidinoso contra a vítima que possa permitir a incidência do art. 213/CP. Os atos descritos, muito embora possam causar constrangimento, não se adequam em hipótese alguma às elementares típicas do art. 213/CP. Mesmo porque não seria razoável submeter o autor da conduta descrita às penas cominadas ao estupro (06 a 10 anos de reclusão) pela evidente desproporcionalidade.

Em síntese, a nobre julgadora fundamentou a decisão que decretou a prisão preventiva como se estupro fosse. Porém, como dito, de estupro não se trata, o que afasta a mencionada hediondez.

(ii) Dos Antecedentes Criminais do Paciente

Compulsando a certidão de antecedentes criminais do paciente, verifica-se que, de fato, ele possui algumas anotações, entretanto, absolutamente nenhuma delas é afeta a crimes sexuais ou a crimes contra a mulher - violência doméstica. E essas anotações não maculam sua primariedade.

Por isso, tal circunstância, por si só, não engendra a prisão preventiva, devendo estar presentes alguns dos requisitos do art. 312 do CPP. Nesse sentido, a jurisprudência pátria (grifos e negritos nossos):

“HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA.

ACUSADO COM ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 310 DO CPP. 1. Mesmo que o acusado tenha antecedentes criminais, não é impeditivo para a concessão da liberdade provisória. 2. O instituto da reincidência deverá ser considerado no momento da prolação da sentença". (TRF-4 - HC 41076 RS. Rel. Tadaaqui Hirose. DJ 15/08/2001).

ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. GRAVIDADE DO DELITO. MODUS OPERANDI. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, SÓ POR SÓ, NÃO AUTORIZAM O DECRETO DA PRISÃO CAUTELAR. ALEGAÇÃO DE QUE O RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA É DUVIDOSO. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não compete a esta E. Corte analisar se o reconhecimento efetuado pela vítima é, ou não, duvidoso. Impetração não conhecida, nesta parte. 2. O fato de o réu ostentar antecedente criminal deve ser analisado como circunstância judicial, no momento da fixação da pena. 3. A gravidade do delito, o modus operandi, e o concurso de agentes já foram considerados pelo legislador, no momento da fixação da pena abstrata e do regime prisional e, assim, não servem, isoladamente, como fundamento para a decretação da prisão preventiva ou indeferimento de pedido de liberdade provisória. 4. Impetração conhecida em parte. 5. Ordem concedida, para outorgar ao réu o benefício da liberdade provisória. (STJ - HC 120387 / RS. Ministro CELSO LIMONGI. DJe 21/09/2009).

Assim, na hipótese de eventual condenação nas penas do art. 215-A do Código Penal e sendo o paciente primário, certamente a sanção será aplicada próximo do mínimo legal, com fixação de regime aberto e substituição por penas restritivas de direito, de acordo com o permissivo contido no art. 44/CP.

Como se vê, Excelências, desarrazoada a sua custódia cautelar.

(iii) Do Cabimento de Medidas Cautelares Diversas da Prisão
A Exma. Juíza aduziu que "...o emprego de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, não se aplica no caso sub examine por serem obviamente ineficazes diante da extrema gravidade do delito e levando-se em conta as circunstâncias do

caso em tela e do próprio procedimento criminal que aqui tramita.” Segundo o entendimento supra, as cautelares seriam obviamente ineficazes devido à extrema gravidade do delito. Contudo, como discorrido supra, a conduta consiste em passar as mãos ou puxar no/o cabelo da vítima e tentar beijá-la. Não houve passada de mão em partes íntimas e a tentativa de beijo, segundo declarações da própria vítima, não se consumou. A conduta narrada, apesar de típica, não é de extrema gravidade, não se adequa à figura típica do estupro e não é hedionda. E continua o decisum no sentido de que as cautelares seriam obviamente ineficazes por conta das circunstâncias do caso em tela e do próprio procedimento criminal. Porém, não especifica a quais circunstâncias se refere e tampouco esclarece porque o procedimento criminal obstaculizaria a fixação de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, sobretudo quando tais medidas não foram impostas anteriormente, de modo que é impossível asseverar que as mesmas seriam ineficazes.

O desvalor da conduta quando desgarrado das circunstâncias concretas e de sua relação com o espectro social não pode justificar a segregação provisória, dada a já citada garantia constitucional da presunção da inocência, art. 5º, LVII, da CR/88, sobretudo quando a decisão de decretação de prisão preventiva não aponta, efetivamente, em que o encarceramento do paciente contribuirá para a preservação da ordem pública, econômica, instrução do processo ou aplicação da lei penal. Repisa-se, por fim, que o paciente é primário e possui residência fixa.

II - DA CONCESSÃO DA LIMINAR

Ante a plausibilidade do pedido, demonstrado o *fumus boni iuris*, sendo visível e inegável o *periculum in mora* em manter-se a prisão do paciente, necessária a concessão de medida liminar, sob pena de se perpetuar o constrangimento ilegal representado pelo prolongamento injustificável de uma prisão descabida.

Recorre-se ainda à Súmula 32 deste egrégio Tribunal:

“A prisão preventiva deve ser, sempre, fundamentada com dados objetivos do processo”. (grifo nosso).

III - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, respeitosamente, a DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXXXXXX espera que seja a ordem concedida liminarmente, fazendo cessar o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, para revogar a prisão preventiva, tornando-a definitiva após regular processamento, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Pugna-se pela observância do art. 128, I, da Lei Complementar 80/94,

que dispõe que o Defensor Público será intimado pessoalmente em qualquer processo, contando-se-lhe em dobro todos os prazos. Instruem a presente petição cópias de documentos extraídos dos autos principais.

XXXXXX, XX de XXXXXX de XXXX.

Defensor Público
DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX