

EXCELENTÍSSIMO SENHOR. DOUTOR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXXXXXXXXXXXX

HABEAS CORPUS

Paciente: XXXXXXXXXXXXX

Autoridade Coatora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Comarca de Origem: XXXXXXXXXXXXXXXX

Número na Origem: XXXXXXXXXXXXXXXX

Tráfico. Pouca droga. Primário. Pedido de liberdade provisória da
Defensoria Pública e do Ministério Público. Preventiva de ofício. Ofensa
ao sistema acusatório.

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO XXXXXXXXXXXXXXXX, 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, patrocinando os
interesses de XXXXXXXXXXXX, 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
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, articulando o que se segue.

I - DOS FATOS E DAS RAZÕES PARA O DEFERIMENTO DA ORDEM

O paciente foi preso em flagrante delito no dia XXXXXXXXXXXX, sob
acusação de que teria praticado o crime tipificado no art. 33 da Lei nº
11.343/06. Em audiência de custódia, a prisão em flagrante foi
convertida em prisão preventiva, na forma do art. 310, II, c/c art. 312 e
313, I, todos do CPP, em razão da suposta gravidade dos fatos.

Porém, 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.

De acordo com a Lei nº 12.403/11, que deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal, a prisão durante o curso processual transformou-se em exceção no ordenamento jurídico, exigindo decisão fundamentada e a presença da necessidade cautelar, portanto, a prisão preventiva passou a obedecer ao binômio necessidade e adequação, sendo relegada para último plano.

No caso, os policiais militares afirmaram terem avistado o paciente transitando em uma motocicleta, XXXXXXXX pilotava enquanto XXXXXXXX era o carona. Relataram que eles fugiram ao ver a polícia, mas XXXXXXXX acabou perdendo o controle de direção e caíram, sendo, então, abordados. Próximo ao local da queda, os militares afirmaram terem encontrado uma sacola com XX buchas de substância semelhante à maconha. O paciente disse não ser dono da droga.

A quantidade de droga apreendida não é elevada e não há variedade e o paciente é primário, não havendo indicação de que seja integrante de organização criminosa ou voltado para a criminalidade. Logo, a manutenção da prisão cautelar revela-se extremamente desproporcional ao resultado de eventual sentença penal condenatória, pois é possível, ao menos a priori, a incidência do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que impõe a redução da pena para aquém do mínimo legal, regime aberto e substituição da pena por restritivas de direito, à luz do art. 44/CP.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no incidente de uniformização de jurisprudência nº 1.0145.09.558174-3/003, sedimentou o entendimento sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - TRÁFICO DE DROGAS "PRIVILEGIADO" - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE”. (TJMG, INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA-CR Nº 1.0145.09.558174-3/003 NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.09.558174-3/001 - REL. DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, DJ 23/09/2011).

Sobre o tema o respeitado professor Paulo Rangel faz algumas considerações:

“A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. ”

A gravidade abstrata do delito imputado, igualmente, não se presta a fundamentar a segregação provisória, nestes termos, denegar a liberdade sob a alegação de que o crime seria grave é o mesmo que analisar o cabimento da liberdade provisória de forma abstrata. Não há nos autos elementos que demonstrem a gravidade concreta do suposto crime. Não se notícia uma organização para o tráfico ou apreensão de instrumentos que revelem mercancia em grande escala.

Tanto é assim que a Defensoria Pública e o Ministério Público, em audiência de custódia, se manifestaram pela concessão de liberdade provisória ao paciente.

A prisão preventiva foi então decretada ex officio pela M.M. Juíza, caracterizando, a nosso ver, verdadeira violação às normas previstas nos arts. 282, §2º, e 311, ambos do CPP, in verbis (grifos e negritos nossos):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

("http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm" \l "art1" (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Caberá a prisão preventiva decretada pelo Juiz, de ofício, no curso da ação penal. Nas demais fases a decretação da prisão preventiva depende de requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou do assistente ou de representação da autoridade policial, o que não ocorreu na espécie.

E tal se dá em observância ao sistema acusatório, vigente em nosso ordenamento, que restou, a nosso ver, desrespeitado. Segue jurisprudência a respeito do tema (grifos e negritos nossos):

“HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA PELO IL. MAGISTRADO A QUO - DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO - INFRINGÊNCIA AO ART. 311 DO CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - ORDEM CONCEDIDA. As alterações promovidas pela lei 12.403/2011 permitem ao Juiz a decretação da prisão preventiva de ofício somente na fase judicial. Portanto, a sua decretação de ofício em inquérito configura constrangimento ilegal por ofensa ao art. 311 do CPP, sendo o relaxamento da custódia cautelar medida que se impõe. ” (TJMG - HC nº 1.0000.15.026870-4/000, 5ª Câm. Criminal, Des. Rel. Eduardo Machado).

“HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA PELO D. JUIZ SINGULAR - DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO PREVENTIVA - DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 311 DO CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - ORDEM CONCEDIDA. - Com o

advento da Lei nº 12.403/11, tem-se que a prisão cautelar não pode ser decretada pelo Magistrado, de ofício, na fase administrativa. Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal. O não cumprimento desta determinação constitui constrangimento e enseja o relaxamento da segregação ilegal. ” (TJMG – HC nº 1.0000.12.095735-2/000, Rel. Des. Catta Preta, 2ª Câm. Criminal, julg. em 11/10/2012, publ. em 22/10/2012).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO EM FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADA. PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO, NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. PACIENTE PRIMÁRIO ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Havendo ilegalidade no auto de prisão em flagrante e não sendo cabível a sua homologação, não pode o magistrado, na fase pré-processual, sem representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, decretar de ofício a prisão preventiva, sendo imperativo, em consequente o relaxamento da prisão em flagrante. Imperativa, por outro lado, para o decreto preventivo a indicação de o porquê a liberdade provisória colocaria em risco a ordem pública, não sendo a gravidade abstrata do delito, de forma isolada, suficiente para fundamentar a prisão preventiva. Trata-se de paciente tecnicamente primário. Face ao princípio constitucional da presunção de inocência, não cabe a segregação cautelar como mera antecipação de pena. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (TJRS – 3ª Câm. Criminal, HC nº 70048099071, Rel. Francesco Conti, julg. em 19/04/2012).

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático...” (TRF 1ª Região, HC 12599/GO - 0012599-83.2012.4.01.0000, publ. em 13/04/2012).

“PRISÃO PREVENTIVA - TRÁFICO DE DROGAS - LIBERDADE PROVISÓRIA - ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006 - ALCANCE. O preceito vedador da liberdade provisória - artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 - pressupõe a prisão em flagrante, não sendo adequado em se tratando de preventiva. PRISÃO PREVENTIVA - FORMALIZAÇÃO. De início, a prisão preventiva pressupõe representação da autoridade competente, não cabendo transformar em regra a atuação de ofício em tal campo. PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTOS - IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. ” (STF - 1Turma, HC 107317, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 10/04/2012, publ. em 10-05-2012).

Sobre a matéria, as palavras de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer: "Corrigindo antigo defeito, e, no ponto, divergindo do texto do art. 156, relativo às provas, a Lei nº 12.403/11 somente autoriza a decretação da preventiva de ofício, pelo juiz, quando no curso do processo. Na fase de investigação dependerá de provocação, seja da autoridade policial (por meio de representação - (...)), seja por requerimento do Ministério Público. O juiz brasileiro não é mais o juiz do Código Penal de 1941, não lhe competindo zelar pela qualidade da investigação, ao menos desde o ano de 1988, por força da nova ordem constitucional. (...) É que, enquanto não provocado, não pode o juiz se imiscuir na persecução investigativa. Como se órgão correcional fosse (do Ministério Público e da Polícia Judiciária). Não cabe a ele analisar o material em produção na referida fase pré-processual, na medida em que a jurisdição somente se exerce, na administração da persecução, por provocação dos interessados." (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência - 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2013).

Na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci:

“(...) durante a investigação policial, o magistrado não pode decretar a medida cautelar de ofício; depende de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. Aliás, essa restrição merece aplauso; quanto menos o juiz atuar, de ofício, na fase policial, mais adequado para a manter a sua imparcialidade. ”

Ainda, os renomados Doutores Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa:

“Uma vez ouvido o preso, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao defensor público para manifestação, e decidirá, na audiência fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do CPP, acerca da homologação do flagrante ou relaxamento da prisão e, após, sobre eventual pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Aqui é importante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público (presente na audiência de custódia), jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do artigo 311 do CPP. A tal 'conversão de ofício' da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o artigo 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo (felizmente) sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar. (Artigo "Afim, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte2)", in <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afim-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>, acesso em 16/09/2015).

Dessa forma, manter a prisão pelo simples fato de se tratar de crime da Lei de Drogas é o mesmo que dar vida ao art. 44 da Lei nº 11.343/06, esvaziando a majoritária jurisprudência nacional que entende que a restrição prevista no artigo supracitado não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio. Por fim, o próprio Supremo Tribunal Federal reiterou o seu entendimento de que o art. 44 da Lei 11.343/06 é inconstitucional. Cita-se o julgado por sua relevância:

“HC 104.339/SP - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.05.2012.” (grifo nosso).

Registre-se, por fim, que o paciente é primário, de antecedentes imaculados, nunca foi preso anteriormente 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, justifica-se a concessão de medida liminar, sob pena de se perpetuar o constrangimento ilegal representado pelo prolongamento injustificável de uma prisão descabida.

III - DOS PEDIDOS

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

Pugnamos 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.

XXXXXXXXXX, XX de XXXXXX de XXXX.

Defensor Público

Direito Processual Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.

DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXX