

EXCELENTÍSSIMO      SENHOR      DOUTOR      DESEMBARGADOR  
PRESIDENTE      DO      EGRÉGIO      TRIBUNAL      DE      JUSTIÇA  
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

HABEAS CORPUS

Paciente: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Autoridade Coatora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Circunscrição de Origem: XXXXXXXXXXXXX

Número na Origem:

Descumprimento de medida protetiva. Não imposição de tornozeleira eletrônica anteriormente. Não exaurimento das medidas. Ausência de violência real. Prisão preventiva - desproporcionalidade.

A DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, 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 durante a fase inquisitiva os interesses de XXXXXXXXXXXXX, 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 PARA O DEFERIMENTO DA ORDEM

O paciente foi preso em flagrante delito no dia XXXXXX, sob acusação de prática, em tese, do crime tipificado no art. 24-A da Lei nº 11.340/06.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva na forma dos arts. 310, II, e arts. 312 e 313, III, todos do CPP, porque o paciente teria descumprido medida protetiva anterior, ou seja, em razão da suposta prática de delito, cuja pena é de 3 meses a 2 anos de detenção.

Pois bem, 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 periculômetro (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 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.

As considerações judiciais, data vênua, mostram-se inaptas a amparar a decretação da prisão preventiva, pois o paciente é primário, não houve violência real e o fundamento para a conversão em prisão preventiva centrou-se no descumprimento de medida protetiva anterior, ou seja, na própria prática do tipo penal, não esclarecendo o douto Magistrado porque o acautelamento provisório se faria necessário e tampouco por que as medidas cautelares, em especial o monitoramento eletrônico, que sequer foi experimentado, seria insuficiente.

Consigne-se que o não cumprimento de medida protetiva que venha caracterizar o delito insculpido no art. 24-A da Lei nº 11.340/06 não deve ensejar, obrigatória e automaticamente, a prisão preventiva. A necessidade da prisão deve ser analisada caso a caso. Entendimento diverso conduziria à ilação de que a liberdade provisória seria sempre incabível ao referido delito, o que não se cogita.

No caso, havia medida protetiva deferida em favor de

XXXXXXXXXXXXX - autos nº XXXXXXXX-X, requerida em razão de fato ocorrido em XXXXX. O pedido da medida protetiva foi julgado procedente, com resolução de mérito, e o paciente informou que tinha conhecimento das medidas impostas contra ele.

Entrementes, após detida análise de sua certidão de antecedentes criminais, constatamos que o fato que motivou a referida medida protetiva não deu ensejo, sequer, a um inquérito policial, quiçá a um processo judicial. Em sendo assim, o paciente não teve oportunidade de, à luz do contraditório e da ampla defesa, indicar testemunhas, ser ouvido perante a autoridade judiciária e apresentar sua defesa. Enfim, ele está preso por descumprimento de medida gerada por um fato, cuja existência não foi sequer submetida ao contraditório no bojo do procedimento processual penal.

Deve-se ter em conta, também, que quando da fixação das medidas protetivas, não se aplicou a monitoração eletrônica, instrumento que tem se revelado bastante eficaz em casos como o presente. Além disso, é sabido que a prisão preventiva é medida extremada, que deveria ser estabelecida apenas em último caso, nesse passo, reputa-se mais que adequado, porque não necessário, o exaurimento de medidas diversas da prisão, notadamente o monitoramento eletrônico.

Quanto aos antecedentes criminais do paciente, depreende-se que ele possui uma condenação com trânsito em julgado, cujo fato é distante no tempo, do ano de XXXX, pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, crime que traz preceito secundário menos gravoso que aqueles previstos para as contravenções penais, as quais não causam reincidência (art. 63/CP), o que gera o entendimento de que condenação com trânsito em julgado nas penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06 não teria o condão de ensejar reincidência.

Tal entendimento foi acolhido pelo STJ (5ª Turma. HC 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 04/10/2018, e 6ª Turma. REsp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/08/2018) que, além de adotar a posição supra, levantou ainda o fato de que a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 será decidida pelo STF no bojo do RE 635.659 em breve, já tendo alguns Ministros explicitado seus votos no sentido da inconstitucionalidade pela violação à intimidade e vida privada.

Em sendo assim, o paciente é primário e o delito imputado a ele comina pena mínima de 3 (três) meses, por isso, mesmo que venha a ser condenado, certamente a reprimenda será aplicada próximo do mínimo legal, o regime a ser fixado será o aberto com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito,

com base no art. 44/CP. Não se justificando, desta feita, a custódia cautelar de quem se presume inocente quando e se condenado terá o direito de cumprir a sanção em liberdade.

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. ”

.

No mesmo sentido, é o julgado (negritos nossos):

“HABEAS CORPUS. FURTO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL E MAIS GRAVOSA DO QUE A PROVÁVEL CONDENÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DESCARCERIZADORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1- A prisão cautelar só se legitima quando, além de presentes os requisitos e as hipóteses autorizadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, não exceder o mal que pode ser causado pela imposição da reprimenda a ser aplicada em caso de eventual condenação. 2- Se ao final da persecução criminal por furto não restar materializada a imposição de cárcere, face à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, vez que se trata de paciente primário, ilógica a manutenção da privação de sua liberdade durante a instrução criminal, devendo o status libertatis ser restabelecido, em homenagem ao princípio da presunção de inocência constitucionalmente garantida. 3- Ordem concedida, com aplicação de medidas cautelares. ” (TJMG – 3ª Câmara Criminal, HC nº 1.0000.14.032445-0/000 – Rel. Antônio Armando dos Anjos).

Por fim, tem-se que a prisão preventiva não é razoável, mas sim medida

exagerada na espécie. Repisa-se que o paciente é primário e tem 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 XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX espera seja a ordem concedida liminarmente, fazendo cessar o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, com a concessão de liberdade provisória com cautelares, notadamente o monitoramento eletrônico para fiscalizar as medidas protetivas já aplicadas, 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.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX, XX de XXXXXXXXXXXXX de XXXX .

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

DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX