

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

HABEAS CORPUS: 0047348-29.2011.8.19.0000

IMPETRANTE: MARCO ANTONIO DO NASCIMENTO

PACIENTE: RAFAEL DE SOUSA CASSIANO

AUTORIDADE COATORA: 41.^a VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DEFINIDOS NO ARTIGO 155, §4º, INCISO IV COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II E ARTIGO 180, *CAPUT*, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. LIMINAR DEFERIDA PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ARTIGO 319, INCISOS I E IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA VIOLADORA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 12.403/11. NOVA SISTEMÁTICA QUE IMPÕE AOS APLICADORES DO DIREITO A NECESSIDADE DE DEMONSTRAR, POR MEIO DE ELEMENTOS FÁTICOS EXTRAÍDOS DE CADA CASO ANALISADO, A IMPRESCINDIBILIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS CAPAZES DE DEMONSTRAR A IMPRESCINDIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA GRAVIDADE EM TESE DE CRIME DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO PARA SUSTENTAR A PRISÃO CAUTELAR. PROVA SATISFATÓRIA DE DOMICÍLIO E CONDIÇÕES PARA QUE O PACIENTE POSSA AGUARDAR EM LIBERDADE O RESULTADO DO PROCESSO SEM COLOCAR EM RISCO A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. LEITURA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE NÃO SUFRAGA A TESE DA DECISÃO DE 1º GRAU DE QUE CRIMES COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS AUTOMATICAMENTE AUTORIZAM A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA DOS PROCESSADOS. MARCO TEMPORAL CUJO OBJETIVO É O OPOSTO: VEDAR, EM REGRA, A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PROCESSO POR CRIMES PUNIDOS COM PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR E MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NELA DETERMINADAS. CONCESSÃO DA ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* n.º. 0047348-29.2011.8.19.0000, em que é impetrante **MARCO ANTONIO DO NASCIMENTO** e paciente **RAFAEL DE SOUSA CASSIANO**.

ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada em 26 de outubro de 2011, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Ratifica-se a liminar.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Luiz Felipe Haddad. Participaram do julgamento, como vogais, os Desembargadores Cairo Ícaro França David e José Roberto Lagranha Távora.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2011.

**DESEMBARGADOR GERALDO PRADO
RELATOR**

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Marco Antonio do Nascimento, em favor de Rafael de Souza Cassiano, por meio do qual pleiteia a liberdade provisória do paciente.

Para tanto, aduz que “o paciente foi preso como incurso em tese no artigo 180 e 155, c/c 14 CP, tipos de pequeno potencial ofensivo” e que a decisão que negou a

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

liberdade provisória ao paciente “baseou-se em um juízo de possibilidade e probabilidade dentro de sua subjetividade.” (fl. 6 do índice 2).

O impetrante alega, ainda, que o paciente é pessoa trabalhadora e que o sustento de sua família depende dele.

Instruem o *habeas corpus*: cópia da decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva (fl. 9 do índice 2); comprovante de residência no nome da mãe do paciente (fls. 10/2 do índice 2); declaração de atividade lícita (fl. 13 do índice 2) e declarações de boa conduta (fls. 14/9 do índice 2).

Em informações acostadas às folhas 1/2 do índice 27, a culta juíza esclarece que o paciente foi denunciado em 06 de setembro de 2011 pela prática dos crimes definidos no artigo 155, §4º, inciso IV combinado com o artigo 14, inciso II e artigo 180, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

Junto com as informações vieram as cópias da denúncia e da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva (fls. 3/6 do índice 27).

A liminar foi deferida em decisão acostada ao índice 34.

Em parecer, o Procurador de Justiça Julio Roberto Costa Silva, opinou pela denegação da ordem, com a reconsideração do provimento liminar (índice 45).

VOTO

A ordem deve ser concedida.

A decisão proferida por culta magistrada, quando da conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva, teve a seguinte fundamentação:

“A liberdade, por ora seria prematura e temerária, sob o risco de comprometer a aplicação da lei penal, apesar de os delitos imputados ao

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

indiciado ser de médio potencial ofensivo, em concurso, ultrapassam a pena máxima de 04 (quatro) anos, como bem salientou o Parquet.

Ressalte-se que o indiciado não comprovou atividade lícita, formal ou informal, tampouco residência fixa.

Assim considero, vez que presentes encontram-se os requisitos estabelecidos no art. 312 c/c 313, ambos do CPP, sendo o acautelamento imprescindível, posto que inequívocas e fundadas as razões de indícios da autoria dos referido (sic) nacional na prática do delito grave imputado” (fl. 6 do índice 6).

A Lei 12.403/11, que alterou o sistema de medidas cautelares do Código de Processo Penal, trouxe para o ordenamento jurídico diversas medidas cautelares alternativas à prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal) e estabeleceu que a prisão preventiva deverá ser aplicada apenas quando as cautelares alternativas não se mostrarem suficientes ou adequadas.

Essa nova sistemática impõe aos aplicadores do direito a necessidade de demonstrar, através de elementos fáticos extraídos de cada caso analisado, a imprescindibilidade da custódia cautelar.

Devem demonstrar, ainda, que o processo, alvo precípua da medida cautelar, não estaria amplamente protegido pela aplicação de medidas cautelares menos invasivas aos direitos do imputado.

Assim, hoje, a prisão preventiva é reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio como medida excepcional, na esteira dos preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹.

Com efeito, esta Corte deliberou, no item 69 da sentença do caso *López Alvarez vs. Honduras* (01/02/06)² que há obrigação do Estado membro

¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998 (art. 62 da Convenção), no contexto da aprovação do Pacto de São José da Costa Rica, pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

² PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários aos artigos 311 – 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In FERNANDES, Og - organizador. Medidas Cautelares no Processo Penal, HC 0047348-29.2011.8.19.0000 MC

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

consistente em não restringir a liberdade do preso além dos limites necessários para assegurar que, em liberdade, o imputado não prejudicará a colheita da prova ou embaraçará a ação da justiça. A Corte conclui que esta mesma obrigação exclui a possibilidade de se considerar suficientes para a decretação da prisão as características pessoais do imputado e a gravidade em tese do crime que se lhe atribui.

A decisão que determinou a prisão preventiva do paciente, alvo deste *habeas corpus*, não atendeu a qualquer dos ditames da Lei 12.403/11.

A digna juíza expôs que a liberdade do paciente seria temerária, mas não disse por que chegou a esta conclusão.

Não há qualquer sinal que aponte para risco processual a embasar a aplicação da custódia cautelar. Não há nem mesmo indício de que solto, o paciente faria mau uso da sua liberdade, atrapalhando o andamento do processo, a colheita de provas ou a aplicação de eventual sanção penal.

As medidas cautelares não se prestam a “fazer justiça”, mas tão-somente a resguardar o devido processo legal e nas palavras de Aury Lopes Jr. “*são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado*”³.

Assim, Bigliani e Bovino ensinam que “alarme social”, “repercussão social do fato”, “periculosidade do imputado” e “risco de reincidência” estão fora do “território” das funções processuais da prisão preventiva e não servem de fundamento legítimo para a sua decretação⁴.

Nesse passo, na atual sistemática das medidas cautelares, em consonância com as liberdades individuais do réu, não há espaço para o argumento utilizado pelo digno Procurador de Justiça Julio Roberto Costa da

Prisões e suas Alternativas - Comentários à Lei 12.403 de 05.05.2011. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 105/6.

³ LOPES JR, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Editora Lumen Júris, 2011, p. 90.

⁴ BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares Del sistema interamericano, obra citada, p. 25.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Silva, de que a gravidade do crime de receptação, por si só gera intranquilidade social e a necessidade de preservação da ordem pública.

Aqui, cabe assinalar que, apesar dos avanços trazidos pela Lei 12.403/11, é de se lamentar a subsistência dos requisitos da garantia da ordem pública e da ordem econômica no artigo 312 do Código de Processo Penal, a ensejar a custódia cautelar.

A crítica a esses dois requisitos se estabelece na medida em que a garantia da ordem pública e da ordem econômica são conceitos vagos e imprecisos e estão dissociadas dos riscos ao processo.

A prisão como garantia da ordem pública, segundo os ensinamentos de Aury Lopes Jr.⁵, tem origem na Alemanha da década 30, período em que o nazifacismo buscava uma autorização geral e aberta para prender, com fundamento apenas em um discurso autoritário e utilitarista, que não tem cabimento no estado democrático de direito em que vivemos.

Além da amplitude da indeterminação das expressões, cabe apontar outro problema na sua utilização como fundamento da custódia cautelar.

A prisão preventiva decretada para assegurar a ordem pública tem finalidade tipicamente de polícia, de segurança pública e não de medida protetora da instrução criminal.

A custódia cautelar não é uma pena antecipada e por isso é estranha à sua finalidade a função de prevenção geral. Assim, fundamentar a prisão do paciente no curso do processo na garantia da ordem pública é ferir, em última análise, os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Vale dizer que o STF, no *habeas corpus* n. 106446/SP, julgado pela sua 1ª Turma, já se pronunciou, por maioria de votos, sobre a aplicação da nova sistemática das medidas cautelares, ressaltando a excepcionalidade da prisão preventiva:

⁵ O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Editora Lúmen Júris, 2011, p. 91.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

“Ante empate na votação, a 1ª Turma concedeu parcialmente habeas corpus a fim de determinar a substituição da decisão que denegara à paciente o direito de recorrer em liberdade por outra que imponha medidas cautelares previstas no novel art. 319 do CPP, cuja redação foi conferida pela Lei 12. 403/2011. Na espécie, em primeiro habeas corpus, o STJ deferira relaxamento de prisão preventiva em virtude de excesso de prazo. Posteriormente, sobreviera sentença que condenara a ré pelos delitos de formação de quadrilha armada, receptação e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (CP, artigos 288, parágrafo único e 180, caput e Estatuto do Desarmamento, art. 16, respectivamente), bem como lhe negara o direito de recorrer em liberdade, na medida em que considerara inalterados os motivos do indeferimento da liberdade provisória. Este título judicial assentara a necessidade de acautelamento da ordem pública, porquanto a condenada atuava como informante de facção criminosa altamente estruturada, o que denotaria sua periculosidade e real possibilidade de que pudesse voltar a delinquir. Em decorrência, a defesa impetrara segundo writ no STJ, o qual mantivera a condenação prolatada pelo juízo singular, daí a impetração neste Supremo. A defesa alegava que os fundamentos da renovação da reprimenda não seriam legítimos, porque a paciente teria sido rejuogada pelos idênticos fatos apostos na decisão que decretara sua prisão preventiva.

Prevaleceu o voto médio do Min. Dias Toffoli, que reputou superado o dispositivo do decreto que retomara os mesmos argumentos que inspiraram o de custódia cautelar em benefício da ordem pública e da segurança jurídica. Ponderou que perturbações de monta justificariam o encarceramento com respaldo na paz social apenas nos casos em que a sociedade se sentisse desprovida de sua tranqüilidade. Consignou, outrossim, que a nova redação do art. 319 do CPP introduziria a

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

segregação prisional como exceção e que o fato de a paciente receber ordens e manter contato com organização criminosa não justificaria, por si só, a aplicação dessa medida, que deveria ser a última escolha do magistrado. Por conseguinte, determinou a adoção dos procedimentos alternativos constantes dos incisos I, II, e III do referido artigo (“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”) em substituição à prisão processual proferida pelo juízo singular. O Ministro Marco Aurélio concedia a ordem integralmente, ao destacar a insubsistência da decisão que negara à ré o direito de recorrer em liberdade. Sublinhava que o fato de o juízo de 1º grau ter se reportado a título de prisão processual que fora glosado pelo Judiciário — ante o excesso de prazo — indicaria contornos de execução criminal precoce, uma vez que a condenação ainda não transitara em julgado.

Os Ministros Cármen Lúcia e Luiz Fux, por sua vez, denegavam a ordem e asseveravam que a revogação da prisão preventiva por excesso de prazo não impediria a sua decretação por outras razões, ou até pelas mesmas, se estas persistissem. Igualmente, frisavam que a superveniência de sentença condenatória sobrelevaria eventual constrangimento detectado no decorrer da instrução criminal, desde que presentes os requisitos previstos em lei. Enfatizavam que os elementos concretos de convicção

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*que determinaram a manutenção da constrição da paciente estariam suficientemente demonstrados*⁶.

Note-se que a paciente do *habeas corpus* julgado pelo STF foi condenada pela prática, dentre outros crimes, de receptação, e a gravidade em tese do delito não se mostrou como óbice à aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

A decisão proferida no juízo da 41ª Vara Criminal da Capital se equivoca mais uma vez quando dispõe que, apesar de os delitos imputados ao paciente serem de médio potencial ofensivo, em concurso, ultrapassam a pena de quatro anos, o que levaria à possibilidade de aplicação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal.

Sustenta-se que esta não é a melhor leitura do dispositivo, quer nos casos de concurso de crimes, quer ainda quando isoladamente algum crime imputado ao processado tenha pena máxima superior a quatro anos.

Atento à homogeneidade, que determina que o paciente não deva sofrer, durante o processo, restrições a sua liberdade que ao final deste não serão implementadas, o legislador utilizou o parâmetro de quatro anos determinado para a aplicação das penas alternativas, para evitar a prisão preventiva.

Todavia, a analogia com o sistema das penas restritivas de direitos não deve ser utilizada quando restringir a liberdade do paciente, haja vista a excepcionalidade da prisão cautelar.

Desta forma, a referência à pena máxima privativa de liberdade – superior a 4 (quatro) anos – há de ser considerada isoladamente, no caso de concurso de crimes. O critério de interpretação/aplicação da nova regra é extraído da presunção de inocência e aponta para a liberdade como *status* preferencial do imputado durante toda persecução penal.

⁶ Publicado no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 641.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Reavivar o antigo método da fiança, em que o somatório das penas cominadas, na hipótese de concurso de crimes, interditava a liberdade provisória mediante fiança, e aplicar este critério aos casos de decretação da prisão preventiva colide com a estrutura adotada pela Lei 12.403/11, em seu propósito de concretizar o mandamento constitucional da presunção de inocência.

Saliente-se, por oportuno, que o descumprimento da cautelar alternativa pode ser “sancionado” com a decretação da prisão preventiva nos termos do § 6º do artigo 288 do Código de Processo Penal.

No que concerne à conclusão judicial de que crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos estão por si só a autorizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, cabe destacar que o propósito do marco temporal do artigo 313 do Código de Processo Penal é outro.

Com efeito, a disciplina legal pretende restringir os casos de prisão preventiva, vedando a adoção da custódia cautelar, como regra, na hipótese de processo por crime com pena inferior a quatro anos.

Nos demais casos, considerada a excepcionalidade da prisão preventiva, o juiz não encontrará o mesmo óbice, mas deverá investigar a necessidade concreta da medida, o que é indispensável, em termos de infração de médio potencial ofensivo, especialmente dada a previsão legal de alternativas à prisão.

Cumprido esclarecer, por fim, que o impetrante instruiu este *habeas corpus* com as cópias do comprovante de residência no nome da mãe do paciente (fls. 10/2, do índice 2); de declaração de atividade lícita (fl. 13 do índice 2) e de declarações de boa conduta (fls. 14/9 do índice 2).

Destarte, está afastada a única motivação extraída de dados fáticos exposta pela douta magistrada para a decretação da custódia cautelar, qual seja, a falta de comprovação de atividade laborativa lícita e de residência fixa.

Há de se destacar que a “substituição” da prisão preventiva por alternativa cautelar em *habeas corpus* é cabível, uma vez que restringe em âmbito

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

menor a liberdade de locomoção do paciente, que assim é preservada em sua maior porção, malgrado reconheça presente o risco oriundo desta liberdade, todavia controlável por meio de providência de menor gravidade.

Neste termos a ordem deve ser concedida para revogar a prisão preventiva e aplicar as medidas alternativas de comparecimento semanal em juízo, inicialmente às segundas-feiras, salvo se outra data e outra periodicidade vierem a ser ordenadas pela autoridade judiciária de primeiro grau (artigo 319, inciso I do Código de Processo Penal) e proibição de se ausentar da região metropolitana do Rio de Janeiro, enquanto não for concluída a audiência de inquirição das testemunhas arroladas pelas partes (artigo 319, inciso IV do Código de Processo Penal, nos exatos termos da decisão liminar.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2011

**GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR**