

**Excelentíssimos Doutores Desembargadores da 08ª Câmara Criminal do Tribunal
de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

Autos nº. 0045813-57.2014.8.19.0001

CAIO SILVA DE SOUZA, devidamente qualificado nos autos do processo penal em epígrafe, vem, perante V. Exa., por seu advogado signatário, consoante dispõe o art. 588 do Código de Processo Penal, apresentas as **RAZÕES DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, deduzindo os fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

I. PRELIMINARES:

O recorrente, antes da decisão de pronúncia proferida pelo ilustre juízo da 03ª Vara Criminal do Tribunal Júri, impetrou *Habeas Corpus* em que deduzia uma série de questões preliminares, atinentes às irregularidades observadas na condução do procedimento.

A ordem foi denegada pela Egrégia 08ª Câmara Criminal nos termos do voto da eminente Relatora. Entretanto, por ocasião deste julgamento, foi ventilado pelos ínclitos desembargadores que compõem o órgão colegiado, que as aludidas nulidades poderiam ser objeto de reexame no momento da apreciação do recurso, pois mais propício a uma análise minuciosa dos elementos constantes dos autos.

De fato, as provas produzidas no processo (ou a sua ausência, em razão da colidência/insuficiência de defesa) confirmaram as assertivas deduzidas anteriormente no *writ*.

Considerando que a matéria é de conhecimento dos respeitadas magistrados que integram a 08ª Câmara Criminal, o recorrente ratifica os fundamentos delineados na ação constitucional, sintetizando-os nesta peça.

1. Desentranhamento da declaração prestada pelo Paciente às fls. 156 dos autos originários, por ter sido obtida ilicitamente:

No dia 12 de fevereiro de 2014, precisamente às 09h56min, Caio Silva de Souza exerceu, perante a autoridade policial, o **direito constitucional de permanecer em silêncio**, reservando-se ao direito de falar apenas em juízo (**fls. 143**). Este fato foi, inclusive, noticiado pela imprensa às 11h31min do próprio dia 12 de fevereiro¹.

¹ “Desde que foi preso na madrugada desta quarta-feira, Caio Silva de Souza, de 22 anos, não fez nenhuma declaração à polícia. Ele deixou claro que não falaria a respeito dos fatos. Não admitiu nem negou nada que lhe é atribuído”, informou o delegado Mauricio Luciano, responsável pelo caso, em coletiva de imprensa de quase 50 minutos de duração”. Disponível em

Durante a **madrugada** do mesmo dia, representantes da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro **compareceram à penitenciária e acordaram o paciente**, com o único fim de **extrair as declarações que não haviam obtido**.

As declarações prestadas pelo imputado durante a madrugada, sem ciência do advogado constituído e no mesmo dia em que havia exercido perante a autoridade policial o direito de permanecer em silêncio, constitui um elemento de informação obtido ilicitamente e, portanto, inadmissível no processo penal nos termos do art. 5º, LVI da Constituição da República.

As decisões do Poder Judiciário possuem **importante efeito de dissuasão** e, assim, forte capacidade de desestimular a utilização de certos expedientes pelas agências repressivas, incompatíveis com o regime democrático. Trata-se de uma valiosa função política conferida a esta instituição.

O **prejuízo** decorre não apenas da própria ontologia que impregna a ilicitude probatória, mas do fato de que estas declarações, embora colhidas no inquérito, poderão ser ventiladas pela Acusação na eventualíssima hipótese de desprovimento deste Recurso.

Por esta razão, requer-se, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, o desentranhamento do elemento de informação acostado às fls. 156 dos autos originários.

2. Prejuízos decorrentes da colidência defensiva e de sua insuficiência:

Este processo constitui um **importante “leading case”** a respeito do que se deve entender, do ponto de vista processual penal, como **colidência de defesa**.

Consta dos autos que o advogado constituído pelo primeiro denunciado (Fábio Raposo) o orientou a aderir à colaboração premiada, indicado o suposto responsável pela deflagração do artefato explosivo (Caio Silva de Souza). Feito isso, **o mesmo advogado passou a defender também o delatado**, cujas declarações estavam em **violenta contradição** com aquelas prestadas pelo delator.

É comezinho concluir, mesmo porque se trata de conduta tipificada no código penal, que o mesmo patrono não pode realizar a defesa técnica de **dois cidadãos que se acusam reciprocamente**.

Embora a **tergiversação** tenha ocorrido desde o inquérito policial, ela **se prolongou ao processo criminal**, ou seja, da apresentação de resposta preliminar até a entrada do advogado subscritor deste recurso no feito, **já no meio da instrução**. Há notícias de que o ilustre Dr. Jonas Tadeu responde a processo administrativo disciplinar na Ordem dos Advogados do Brasil em razão deste fato².

A colidência defensiva é **notória** não apenas no âmbito do **próprio ambiente forense**, como foi **veiculada pela grande mídia** (reportagens colacionadas em anexo).

“Advogado de defesa ou de acusação? Quem é Jonas Tadeu e o que é quem de fato”³.

“Suspeitos se acusam: Em entrevista à Rádio CBN, o advogado de Fábio e Caio, Jonas Tadeu, negou, inicialmente, a existência do depoimento. Em seguida, voltou atrás, e afirmou que não tinha conhecimento sobre o documento. Diante disso, o advogado admitiu a possibilidade de deixar o caso, uma vez que as versões de seus clientes sobre o crime não coincidem”⁴.

“Divergências na defesa. (...) O especialista em direito penal Nélio Andrade, professor da Universidade Cândido Mendes, disse entender existir “conflito de defesa” no fato de um mesmo advogado

² Esta informação foi obtida a partir do pai do paciente que, procurado pelo antigo patrono para servir de testemunha neste processo, recusou. Por transcorrer em sigilo, não foi possível ao impetrante obter a cópia dos autos. Caso entenda relevante para formação do juízo meritório deste *Habeas Corpus* é possível que a própria Câmara, pelos seus ínclitos desembargadores, o requisite.

³ Disponível em <http://rebaixada.org/advogado-de-defesa-ou-de-acusao-quem-jonas-tadeu-e-o-que-e-quem-de-fato/> acessado em 01 de dezembro de 2014.

⁴ Disponível em <http://plantaobrasil.com.br/news.asp?nID=76017>, acessado em 10 de junho de 2014.

defender os dois suspeitos. “A meu sentir é incompatível. Um está acusado de ser partícipe e o outro de ser o autor. **Ele queria o benefício da delação premiada do primeiro (Fábio Raposo). Pelas declarações dele, ele passou toda a responsabilidade para o outro (Caio). E agora defende o outro?**”, questionou.⁵ *grifos nossos.*

O fato de que o mesmo advogado representava tanto o delator quanto o delatado (com acusações recíprocas) foi objeto de atenção da autoridade policial Dr. Fábio Pacífico Marques que, por ocasião das suas declarações em juízo, afirmou:

“Na minha visão ele (Fábio Raposo) está transferindo a responsabilidade para alguém (*track* 06:00)

Este segundo rapaz de condição financeira bem pior... (Caio Silva de Souza) na TV..., de cabeça baixa diz – eu acendi **e depois se reserva ao direito de só falar em juízo** – pelo mesmo patrono. (*track* 06:20).

Achei incoerência **o segundo denunciado, pobre morador de Nilópolis, ficar em silêncio e ainda ser reportado a ele a responsabilidade de ter soltado os apetrechos quando as imagens não falavam bem isso...ali pairava uma dúvida.** Quando recebi a determinação de ir ao presídio... achei que devia ir.” *Grifos nossos.*

Questionado sobre quem havia identificado o segundo acusado (Caio Silva de Souza), o citado depoente, incontinenti, afirmou: **“foi o advogado que realizou”** (*track*. 16:44)

Estas declarações, ao mesmo tempo, provam que: 1. A autoridade policial esteve durante a madrugada no presídio para colher declarações; 2. Estava ciente de que o réu exercera o direito ao silêncio; 3. Que os suspeitos se acusavam; 4. Até aquele momento, havia dúvida quanto à autoria da deflagração do artefato.

⁵ Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/02/advogado-de-caio-diz-que-inquerito-pode-ser-anulado-apos-depoimento.html> acessado em 01 de dezembro de 2014.

Este último ponto é importante, pois é **indicativo dos prejuízos** suportados pelo acusado **ao ser defendido pelo mesmo patrono do seu delator**. Como salientado pela testemunha de acusação, até a identificação do peticionante pelo próprio advogado, “*as imagens não falavam bem isso*”, ou seja, “*ali pairava uma dívida*”.

Deve ser esclarecido que uma coisa é o advogado orientar o cliente a se apresentar (absolutamente **correto e recomendável**), outra é auxiliar/substituir as agências repressivas na tarefa de demonstrar a autoria delitiva.

O **prejuízo** aos interesses do defendido é claro. O advogado que outrora auxiliou na delação do futuro cliente, deixou de apresentar documentos importantes, arrolou três testemunhas de caráter e, **naturalmente, não solicitou perícia no vídeo em que o acusado – ainda sem condições de ser identificado – aparecia.**

Ora, se o próprio advogado havia identificado o futuro cliente, por decorrência lógica, não poderia solicitar, em sede de resposta preliminar (art. 396-A do CPP), perícia com o fim de questionar a autoria (**prejuízo incontestável à defesa**).

A nulidade do processo penal em razão da defesa colidente e precária é um dever que se deve exercer em nome do respeito à advocacia, função essencial à administração da justiça (**art. 133 da CR**); da plenitude de defesa (**art. 5. XXXVIII, “a” CR**) e do devido processo legal (**art. 5º, LVI da CR**).

Do ponto de vista infraconstitucional, o não reconhecimento da nulidade importa em violação ao **art. 497, V do Código de Processo Penal**, que impõe ao juiz presidente o dever de nomear, em caso de defesa **insuficiente**, falha ou **contraditória**, outro defensor ao acusado.

A colidência/insuficiência da defesa influiu negativamente na apuração da verdade processual, autorizando, a *contrario sensu*, o reconhecimento da nulidade nos termos do art. 566 do Código de Processo Penal. Os prejuízos à defesa foram

detalhadamente descritos, em respeito ao art. 563 do Código de Processo Penal, ratificado pelo enunciado n.º 523 do Supremo Tribunal Federal.

Isto posto, requer o reconhecimento da nulidade absoluta do processo, *ab initio*, conferindo-se ao acusado o direito de oferecer nova resposta preliminar, arguindo preliminares, oferecendo documentos, especificando provas e arrolando testemunhas, enfim, o direito de exercer uma defesa técnica sólida, plena e efetiva.

3. Prejuízo decorrente do indeferimento da substituição das testemunhas (de caráter) anteriormente arroladas.

Conforme descrito, há nos autos prova contundente de defesa técnica colidente e não efetiva. Uma das evidências desta última afirmação pode ser extraída do seguinte fato: a par de toda repercussão do caso, da gravidade da imputação e das inúmeras pessoas que presenciaram diretamente o fato (ou o seu contexto), o advogado arrolou **testemunhas meramente de caráter**.

Quando o novo patrono requereu a substituição e acréscimo, o objetivo era sanar, ao menos neste ponto, o **prejuízo** já demasiadamente suportado pelo interesse defensivo. Consequentemente, arrolou – dentro do universo de dezesseis pessoas a que teria direito o réu – dez testemunhas, cujas declarações seriam de indiscutível valor ao interesse defensivo.

O juízo, entretanto, considerou **preclusa** a possibilidade de “consertar a insuficiência da defesa anterior” pelo novo advogado e, desta forma, ratificou a afirmação de que a inefetividade defensiva acarretou **prejuízo** ao interesse do acusado.

A Constituição da República impõe à Agência Judicial o dever de assegurar a **efetividade da defesa técnica**, imperativo que está em **absoluta supremacia** em relação ao instituto da **preclusão**. A correta afirmação de que o momento de

proposição da prova é o da resposta preliminar e que, portanto, o direito de requerer diligências, substituir ou acrescentar testemunhas está precluso, prova que a deficiência defensiva causou prejuízo ao réu. Em outros termos, a insuficiência da defesa técnica anterior fez com que **o acusado perdesse a chance** de contribuir concretamente com o processo, em especial, para evitar eventual decisão de pronúncia.

O pedido de substituição e acréscimo foi justificado, inclusive, com **a indicação da sua pertinência e relevância**, em respeito ao que dispõe o **art. 411, §2º** do Código de Processo Penal.

Ainda que pretendesse considerar precluso o direito da defesa, **não havia impedimento de que ouvisse as testemunhas enquanto pertencentes ao interesse do próprio juízo**. Sendo assim, embora fora do prazo e do disposto no art. 408 do CPC, poderia o juízo **aplicar a regra do art. 209** do Código de Processo Penal.

Há pessoas que prestaram declarações no Registro de Ocorrência que não foram arroladas, cujas declarações são importantes. A Sra. Fernanda Gomes Correa, jornalista que acompanhava o Sr. Santiago Andrade e que, por razões desconhecidas foi para o veículo da empresa enquanto a vítima se dirigiu para o centro da confusão, foi ouvida no inquérito, mas não foi arrolada. O advogado Dr. Ramon Teixeira, também arrolado pela nova defesa, ajudou a socorrer a vítima e estava em posição estratégica no momento do imprevisível acidente. Enfim, todas as testemunhas tinham relevância.

Deve ser sopesado ainda que das dez testemunhas arroladas, **seis delas estavam fisicamente presentes ao ato**. Estas pessoas, sublinha-se, compareceram independente de intimação e, portanto, não havia razão para que deixassem de ser ouvidas⁶.

⁶ O art. 8º, 2, “f”, do Pacto de São José da Costa Rica garante o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes do Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

O indeferimento do pedido de substituição e acréscimo das duas testemunhas de caráter e do informante causou, enfim, graves prejuízos à ordem constitucional e processual. Prejuízo irreparável ao contraditório e ao exercício da plenitude da defesa; à consecução da “verdade” processual, enquanto uma das finalidades epistemológicas do processo; à paridade de armas, na medida em que a defesa não conseguiu contribuir concretamente à construção da decisão penal tal qual o Ministério Público; ao devido processo legal substancial, enfim, prejuízo à defesa da liberdade do acusado.

4. O Laudo Técnico nº. 70 / E A/ 2014 é nulo por violação à formalidade legal: ausência de perito oficial.

O art. 159 do Código de Processo Penal impõe que, em regra, os laudos sejam realizados por um perito oficial. Indica ainda o §1º deste dispositivo que, somente na excepcional hipótese de **faltar perito oficial**, o exame pode ser realizado por duas pessoas com habilitação técnica específica relacionada à natureza do objeto da perícia⁷. Quanto a estes, exige-se ainda que prestem prévio compromisso de bem e fielmente desempenharem o cargo (art. 159, §2º do CPP)⁸.

Os peritos oficiais são aqueles que integram os quadros da polícia, normalmente em órgão de polícia científica, pertencendo aos institutos de criminalística ou repartições congêneres⁹. Em outras palavras, devem ser assim considerados os servidores públicos de carreira, concursados especificamente para o cargo de perito, com conhecimento em determinada área¹⁰.

⁷ A doutrina, naturalmente, ratifica a opção legal. Neste sentido, Pacelli: “Na hipótese de ausência de perito oficial na comarca ou no juízo, o exame será realizado por duas pessoas idôneas (...)”. PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 413

⁸ Não se vê nos autos referência a este compromisso.

⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 302. No Rio de Janeiro, trata-se do Instituto de Criminalística Carlos Éboli. (ICCE)

¹⁰ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 612.

O Laudo Técnico constante das fls. 160/167, a par de todas as incongruências¹¹, **não foi realizado por perito**, embora não o falte nos quadros oficiais. Esta afirmação é corroborada no próprio “histórico” do documento:

“(…) atendendo à solicitação da Chefia do Esquadrão Antibomba. uma equipe deste se composta pelo **Comissário de Polícia** EDUARDO FASULO CATALDO, 257.267-5; pelo **Inspetor de Polícia** ULISSES MARY TERRA FERREIRA PINTO, matr. 872.226-6. e pelo **Inspetor de Polícia** IVALDO PEREIRA CUNHA. matr 859 250-3, **todos TÉCNICOS EM EXPLOSIVOS E DESATIVAÇÃO DE ARTEFATOS EXPLOSIVOS**, deslocaram-se até a Central do Brasil, Praça Duque de Caxias (local este onde ocorrera a prática de crime na noite anterior) passando então a auxiliar o trabalho da Autoridade Policial Dr Mauricio Luciano de Almeida e Silva matr. 834.837-7, que já havia feito a marcação de vários vestígios de prováveis artefatos”. *grifos nossos*.

Como se extrai da análise do laudo, sequer compareceu ao local um perito oficial do Estado. Daqueles que assinam o exame (fls. 167), Eduardo Fasulo Cataldo é Comissário de Polícia e, Ulysses Mary Terra Ferreira Pinto, por sua vez, é Inspetor de Polícia.

Ao menos que se prove a ausência de peritos oficiais na Comarca (o que não está documentado nos autos), o procedimento previsto para produção da prova pericial não foi observado. A lavratura do laudo, em regra, por perito oficial, constitui caráter essencial e inderrogável. Consequentemente, como conclui Antonio Magalhães Gomes Filho¹², a violação às formalidades essenciais deve conduzir à **nulidade** dos atos de produção realizados em desconformidade com a lei.

Por estas razões, requer-se o reconhecimento da invalidade do Laudo Técnico nº. 70/ E A/ 2014, desentranhando-o dos autos para que, se for o caso, outro seja produzido em conformidade com o Código de Processo Penal.

¹¹ O local não foi preservado, conforme impõe o art. 6º, I do Código de Processo Penal.

¹² YARSHELL, Flávio Luis, MORAIS, Maurício Zanoide de. (org.) Estudos em Homenagem à Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, p. 314.

II. MÉRITO:

2.1. Não há provas mínimas da prática de dolo eventual na conduta perpetrada pelos agentes:

A decisão de pronúncia proferida pelo respeitado magistrado da 03ª Vara Criminal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro não enfrentou a relação entre a prova apurada nos autos e a inexistência de dolo eventual na conduta perpetrada pelo acusado. O **ônus do Ministério Público** de demonstrar que não se trata de crime de perigo comum com resultado morte (preterdoloso, **como salta aos olhos**) foi, assim, **comodamente substituído pelo recurso à soberania dos veredictos**.

A própria denúncia oferecida já havia reconhecido a existência do crime de explosão, embora, equivocadamente, o tenha imputado em concurso com o crime de homicídio qualificado (também pelo meio explosivo)¹³. A prática de uma conduta geradora de perigo comum não é, portanto, desconhecida pela Acusação, não obstante tenha lhe faltado correlacioná-la com a qualificadora descrita no art. 258 do Código Penal. O silêncio do Ministério Público quanto a este último ponto foi, inclusive, percebido pelo magistrado:

“No mesmo extrato acusatório, diz que os acusados assumiram o risco de expor a perigo a integridade física de pessoas indeterminadas para, imputar-lhes, em razão do concurso formal, o crime de explosão (...). **Após a narrativa de ambos os crimes visualizados no dizer do Ministério Público, sucede que silencia sobre a forma qualificada de crime de perigo comum, tracejada pela literalidade do artigo 258 do Código Penal**” (fls. 187) *g.n.*

É de se considerar igualmente, tal como realizado pelo atento voto do desembargador Gilmar Teixeira (vencido nos autos do *Habeas Corpus* liberatório), que o próprio juízo monocrático também vislumbrara, no momento em que recebeu a denúncia, a inoportuna classificação conferida pelo Ministério Público.

¹³ O evidente *bis in idem* foi reconhecido pelo *parquet* em memoriais finais e, igualmente, retirado no momento na pronúncia do réu.

O excesso acusatório possui enorme repercussão, não apenas no plano social e moral, mas também no plano processual, influenciando na determinação da competência e do exercício de direitos processuais. A **soberania dos veredictos não socorre os casos de abuso do poder de acusar** e deve ser lida, sob o ponto de vista constitucional, em consonância com outros princípios que preservam o cidadão do arbítrio estatal.

O material probatório produzido impõe que se realize a **correta valoração jurídica dos fatos**¹⁴, não se tratando, portanto de “análise do mérito da causa” pertencente ao Tribunal do Júri.

O relatório policial acostado às fls. 311 já trazia elementos indicativos de que o crime cometido pelo recorrente encontra adequação no art. 251 do Código Penal.

“Frise-se que ao deflagrarem artefato explosivo em local público, conforme restou assentada a conclusão dos agentes do esquadrão antibomba, **colocam em risco o patrimônio, a integridade física e a vida de um número indeterminado de pessoas, violando destarte as normas do art. 251, §1º do CP.** Segundo o laudo pericial produzido pelo esquadrão, o artefato foi classificado como explosivo e incendiário e que, **se acionado de maneira incorreta, tem potencial para colocar em risco à vida, a integridade física e ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas, como soem ser os crimes contra a incolumidade pública.**

Ambos os ilícitos, como cediço na doutrina, podem ser praticados em concurso material se, além do agente praticar o homicídio por meio do artefato explosivo, este provocar perigo comum a incolumidade pública de um número indeterminado de pessoas, como são as manifestações populares”.

A autoridade policial concluiu pela prática do crime de explosão, entretanto, recaindo no mesmo equívoco ministerial, **deixou de enfrentar a figura típica**

¹⁴ A hipótese dos autos pode ser vista sob o prisma da **emendatio libelli, permitida em segundo grau**. A descrição dos fatos narrados na denúncia dá conta de que a sua qualificação correta não comporta o concurso material entre o art. 251 e o art. 121, §2º do Código Penal, mas a incidência do art. 251 c/c a qualificadora descrita no art. 258 do mesmo diploma.

do art. 258 do Código Penal, forçando o cúmulo material com o crime de homicídio doloso triplamente qualificado.

É de conhecimento público que a utilização de rojões por parte dos manifestantes jamais esteve relacionada à tentativa, mesmo que eventual, de ocasionar a morte de alguém. Tratava-se, como consta dos autos, de **constranger o avanço do batalhão de choque da polícia militar, protegido por sólidos equipamentos de segurança** (em tese, crime de perigo comum)¹⁵.

O emprego de “fogos de artifício” por parte de manifestantes, a par de reprovável, está inserido em um contexto de excesso da força pelas agências policiais que não pode ser irresponsavelmente desconsiderado. Inclusive, a quantidade de explosivos lançados pela polícia no dia do fatídico acidente era tão intensa que **“a linha investigativa inicial era de que o artefato que atingiu o cinegrafista havia sido lançado pela PM”** (track 01:35 - Eduardo Cataldo - comissário de Policial Civil).¹⁶

Este mesmo comissário de polícia, um dos subscritores do laudo de fls. 160/167 afirmou ainda que *“no local existiam diversos fragmentos de explosão – como por exemplo: granadas de pimenta, (...) que o local onde foi realizada a perícia parecia uma praça de guerra, teve bombas de efeitos morais e tudo mais, contendo, assim, inúmeros resíduos”*¹⁷.

A descrição desta conjuntura possui a única finalidade de demonstrar que a **intenção dos agentes** ao deflagrar o rojão não representa assentimento prévio, ainda que eventual, de ocasionar a morte de quem quer que seja. Naquele contexto, tanto a polícia, quanto parte dos manifestantes pretendiam dispersarem-se uns aos outros.

¹⁵ O mesmo se deve dizer da utilização frequentemente abusiva das bombas de gás lacrimogêneo e disparos de bala de borracha pela polícia, casos em que várias pessoas foram indiscriminadamente vitimadas (há inúmeros exemplos de lesão corporal grave e gravíssima e também de óbitos decorrentes da atuação dos agentes estatais). Tratava-se, nesta hipótese, de constranger a atuação de alguns manifestantes, no suposto cumprimento do dever legal.

¹⁶ Vídeos disponíveis na rede de internet demonstram que, mesmo no momento em que o Sr. Santiago Andrade estava sendo atendido, a polícia ainda lançava artefatos explosivos naquela direção.

¹⁷ Questionado pela defesa de Caio Silva de Souza, Eduardo Cataldo afirmou que foram arrecadados outros artefatos, mas como não eram inerentes ao caso, foram desprezados.

O dolo de afastar os agentes policiais mediante a prática de crime de perigo comum (explosão – fogos de artifício) está provado nos autos, além das imagens, a partir das declarações das próprias testemunhas de acusação.

A testemunha Luiz Alexandre de Oliveira Martins, policial militar, que estava no local do incidente, ao ser indagado acerca da utilização dos artefatos em confrontos com as forças de segurança, asseverou: **“os artefatos são utilizados para desestabilizar as forças policiais”**.

Questionado pelo juízo se havia apurado a forma com que o artefato é utilizado normalmente (com ou sem haste guia), o Dr. Maurício Luciano de Almeida e Silva, Delegado de Polícia da 17ª DP, afirmou o seguinte:

(Testemunha) - Quando tira a vara ele vira um **busca-pé sem direção**.

(Juízo) - Então, ao disparar este artefato na condição em que foi promovido, **não tinha a menor direção?**

(Testemunha) - **Não tinha a menor direção**. O que eu verifiquei é que pelo **posicionamento que ele colocou ele queria atingir os policiais**. (03:00). *G.n.*

Esta declaração é relevante porque prova duas circunstâncias, ambas indicativas da **ausência de dolo eventual** na conduta perpetrada pelos agentes.

A primeira delas será tratada a seguir e diz respeito à **falta de controle** do curso do artefato, o que coloca o **resultado morte fora do domínio da vontade do agente** (“*busca-pé sem direção*”).

A segunda diz respeito ao fato, já salientado, de que a intenção do acusado era tão somente o de **dispensar as forças policiais, não existindo nenhuma**

possibilidade de lesionar qualquer agente, em razão do sofisticado equipamento de segurança que dispunham¹⁸.

Esta assertiva está confirmada, em juízo, pelas declarações de Luiz Alexandre de Oliveira Martins, Tenente da Polícia Militar (BP Choque), oportunidade em que asseverou que “**ninguém das forças policiais jamais foi atingido** (track 12:10). O tenente afirmou ainda que, no dia do fato, “*atuou utilizando dois lançadores de gás lacrimogêneo e três granadas de efeito moral, para poder assustar as pessoas e elas se dispersarem* (track 08:50).

A conclusão de que era **impossível ao agente controlar a direção do artefato**, posto que deflagrado em **desacordo às normas de cuidado** (sem haste guia), constitui outro indicativo importante da ausência de dolo eventual na conduta perpetrada pelo réu.

A ausência de domínio do curso causal (**pressuposto objetivo do domínio do fato**) foi confirmada no laudo técnico elaborado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Na referida peça, os policiais constataram que:

02 – Este Artefato Explosivo é destinado a ser acionado conforme um Foguete, para deflagrar em céu aberto, produzindo como efeito principal, após ascensão, uma explosão de cores.

03 – Este Artefato (identificado nas imagens posteriormente) possui o corpo sólido de formato cilíndrico com uma extremidade ogival, parecido com um Foguete, confeccionado em plástico, **e não apresenta a haste-guia, feita de maneira, para dar equilíbrio e direcionamento na sua trajetória¹⁹. G.n.**

O parecer técnico atesta que o artefato estava sem o suporte que daria equilíbrio e direção ao explosivo. As imagens acostadas ao processo indicam, por outro

¹⁸ O tenente coronel do Batalhão de Choque, por ocasião de uma entrevista publicada na internet, explicou que “o equipamento é capaz até de proteger o soldado contra rojões como aquele que matou o cinegrafista [Santiago Andrade, da Bandeirantes, atingido por um rojão na cabeça enquanto cobria um protesto no dia 6 de fevereiro]”. Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/2014-02-27/pm-do-rio-de-janeiro-vai-usar-uniforme-robocop-em-manifestacoes.html>, acessado em 25 de novembro de 2014.

¹⁹ Fl. 161 dos autos.

lado, que o **recorrente recebeu o artefato das mãos do corréu sem a haste guia**, não existindo **nenhum indicativo de que soubesse das consequências** técnicas (físicas) que adviriam desta circunstância.

O desconhecimento de que o artefato não faria somente uma explosão para cima – como ordinariamente se espera -, assumindo um **curso irregular**, atesta que o acusado **não detinha o controle**, o **planejamento racional da conduta**, indispensável à imputação pelo crime de homicídio doloso (mesmo que eventual). Em outras palavras, o desconhecimento de que o artefato estava sem controle, inclusive, **colocando em risco sua própria integridade física**, indica que é inadmissível a tese acusatória segundo a qual o réu, “no nível intelectual, *levou a sério a possível* produção do resultado e, no nível emocional, se *conformou* com este²⁰.

Deve ser reconhecido, entretanto, que o ato de deflagrar um rojão, com ou sem haste guia, em tese, representa uma ação perigosa e, por este fato, o acusado deve responder pelo **crime de perigo comum tipificado no art. 251 do Código Penal**. No que diz respeito ao **resultado morte** decorrente da explosão (art. 258 do Código Penal), todas as provas convergem no sentido de que **somente poderá lhe ser imputado a título culposos**.

A este respeito, inclusive, deve ser chamada a atenção ao depoimento do Dr. Maurício Luciano de Almeida e Silva, delegado de polícia e de Eduardo Cataldo, comissão signatário do laudo técnico, quando afirmam que a **morte do cinegrafista Santiago Andrade ocorreu “por acaso”**, pois, em regra, a detonação não deveria ocorrer com o impacto do artefato.

(Eduardo Cataldo, questionado pelo juízo) - O artefato só explode no tempo dele, ou seja, **mesmo que encontre algum obstáculo no caminho, ele não irá explodir**.

...

²⁰ Assim se caracteriza o dolo eventual segundo a melhor doutrina do país. Por todos, SANTOS, Juarez Cirino do. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ª Ed. Curitiba: Lumen Juris: ICPC, 2008, p. 143.

(Juízo) - Sabe dizer qual a distância entre o momento em que se aciona um artefato nestas condições até ele explodir se não houver nenhum obstáculo ou barreira?

(Maurício Luciano de Almeida e Silva) Na verdade os peritos me disseram que **a deflagração na cabeça do Santiago foi por acaso, não foi porque bateu na cabeça dele** (*track*, 06:25). *G.n.*

Para que o Ministério Público pudesse sustentar uma imputação por homicídio doloso, **qualquer que seja sua espécie**, era imprescindível que tivesse produzido provas mínimas de que o acusado, desde o início, dirigia a sua conduta, conscientemente, em contraposição à norma (do art. 121 do Código Penal). Era preciso demonstrar, em suma, a **vontade** do acusado de ocasionar a morte do Sr. Santiago Andrade, ainda que eventualmente.

Muito respeitosamente, não está correto o juízo da 03ª Vara Criminal quando, por ocasião da pronúncia, afirmou que é “necessário somente que o resultado seja possível ou provável” para submeter o réu ao plenário do júri. Nem a jurisprudência brasileira, tampouco qualquer doutrina em direito penal, exclui o exame das provas vinculadas ao elemento volitivo.

Como descreveu Nelson Hungria²¹: “assumir o risco é alguma coisa mais que ter a consciência de correr o risco: é **consentir previamente** no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer”. No dolo eventual, explica Juarez Tavares²²,

“deve haver um **grau de intensidade no tocante ao processo de produção do resultado que tenha carga equivalente àquela que se desenvolve com o dolo direto**. Isto leva à conclusão que o dolo eventual deve ter uma base normativa que justifique a inclusão no âmbito volitivo do sujeito. O segundo pressuposto é de que no dolo eventual o **agente deve ter refletido e estar consciente acerca da possibilidade da realização do tipo** e, segundo o seu plano para o fato, se tenha colocado de acordo com o fato de que, com sua ação, produzirá uma lesão ao bem jurídico”. *G. N.*

²¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 4ª ed., volume I, tomo OO, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

²² TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, 3ª ed. revista e ampliada, 2003.

Como leciona Zaffaroni e Pierangeli²³, “o conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos não se deve confundir com a **aceitação da possibilidade do resultado**, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não ao cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual”.

Em síntese: finda a primeira fase do procedimento, a **Acusação não produziu nenhum elemento** de que tenha o réu **refletido e que estava consciente** da possibilidade de “*matar alguém*”, **inclusive, a si próprio**. Não se pode dizer que, **representando este plano**, tenha colocado a sua ação de acordo com o resultado lesivo.

Há provas mínimas, entretanto, de que o acusado realizou uma **conduta perigosa**, como o é o ato de acender rojões, sem os cuidados necessários²⁴. Este fato, entretanto, importa, em tese, no **crime de explosão**, cujo triste resultado daí decorrente somente pode lhe ser imputável a título culposos.

2.1.1. Excesso acusatório e inexistência de ofensa à soberania dos veredictos.

O irretocável voto do ilustre Desembargador Gilmar Teixeira, no contexto do *Habeas Corpus* liberatório apreciado pela 08ª Câmara Criminal, está confirmado pelas provas produzidas na primeira fase do procedimento²⁵. Conforme brilhantemente apontado, “*o poder de acusar não é ilimitado, e bem por isso deve sofrer restrições jurídicas quando as restrições do bom senso e do bom uso não tiveram sido suficientes*”.

²³ ZAFFARONI, Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral – 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

²⁴ Como o seria em qualquer lugar público e minimamente movimentado (seja em uma festa junina ou de ano novo).

²⁵ Estas provas, além dos vídeos de conhecimento público, estão sediadas nas declarações prestadas pelas testemunhas de acusação e também pelas conclusões do laudo técnico. Apreciadas em conjunto, o material informativo, como se observa das várias imagens veiculadas na imprensa, indica que a intenção dos agentes ao deflagrar o artefato era o de tão somente “desestabilizar as forças de segurança”, em típico caso de conduta que gera um perigo comum. Por outro lado, está igualmente demonstrado que os agentes não detinham o controle do curso do artefato e que este, inclusive, ocasionando riscos aos próprios, tomou uma direção errante, imprevisível.

A fase da *juditio acusationis*, portanto, comprovou que a conduta está aparentemente adequada ao tipo descrito no art. 251 c/c art. 258, ambos do Código Penal²⁶.

Não se trata, assim, de dúvida a ser dirimida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Os Tribunais do país (assim como as cortes superiores), diante do excesso acusatório, frequentemente desclassificam a imputação. Não existe nesta decisão, em absoluto, nenhuma afronta ao princípio da soberania dos veredictos.

Para a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**²⁷ é perfeitamente cabível, mesmo em sede de Recurso Especial, revalorar as provas produzidas para evitar a submissão do réu ao Júri²⁸. Em se tratando de Recurso em Sentido Estrito, entretanto, esta discussão sequer se impõe.

Para que houvesse dúvida a ser dirimida pelo Tribunal popular, como indicou o juízo monocrático, seria **preciso que o Ministério Público tivesse**

²⁶ No juízo natural (vara criminal comum) ainda deverá ser analisado se o próprio resultado morte, decorrente do crime de explosão, era previsível ao agente e, portanto, imputável a título culposo.

²⁷ PENAL. PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. **DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. PRONÚNCIA. APLICAÇÃO DO BROCARDO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO DOLO EVENTUAL. DÚVIDA NÃO CARACTERIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** Inexistente qualquer ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no aresto impugnado, insubsistente a alegada contrariedade ao art. 619 do CPP. A reavaliação do contexto probatório firmado pelo Tribunal a quo, diferente do reexame de provas vedado pela Súmula 7/STJ, é permitida em sede de recurso especial. **A pronúncia do réu, em atenção ao brocardo in dubio pro societate, exige a presença de contexto que possa gerar dúvida a respeito da existência de dolo eventual. Inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, impõe-se a desclassificação da conduta para a forma culposa.** REsp 705416 / SC Ministro PAULO MEDINA

²⁸ O mesmo na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. (...). HC 107801 / SP - SÃO PAULO. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA

produzido alguma prova indicativa de dolo eventual na conduta dos agentes. **Só há, contudo, prova do crime de explosão** que, por violação às normas de cuidado (sem haste), acabou resultando na triste morte do Sr. Santiago Andrade (nas palavras da autoridade policial, “por acaso”).

Nem mesmo no **notório caso do pedreiro Amarildo**, cuja denúncia narra **bárbaros atos de tortura** com fios elétricos, espancamentos, etc., por agentes policiais, o Ministério Público imputou o crime em dolo eventual. Este fato, responsável por desencadear, ele próprio, várias manifestações no país, foi classificado como tortura seguida de morte²⁹.

O brocardo *in dubio pro societate* não é, em síntese, subterfúgio jurídico para submeter o réu, especialmente em um caso de grande repercussão, às agruras de um julgamento pelo Tribunal do Júri, como se sabe, mais passível às pressões midiáticas e às manobras retóricas do *parquet*.

Um **estudo de casos** julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos últimos dez anos é indicativo que a imputação do Ministério Público (por homicídio qualificado ao invés de explosão – ainda que seguida de morte), acolhida na decisão de pronúncia - contradiz todos os limites tradicionalmente respeitados por esta notável instituição.

Nos autos da apelação nº. 0015683-57.2009.8.19.0002, por exemplo, vê-se que a imputação atribuiu ao réu “ter rondado a casa da vítima em uma moto, arremessando contra a residência um artefato explosivo”, cuja substância utilizada possuía “poder de detonação com alto poder expansivo”, “tanto que poderia causar, até, danos bem maiores do que os efetivamente causados”. Consta ainda que o arremesso deste explosivo colocou em risco próximo e imediato a integridade física da vítima e seus familiares, que por sorte não sofreram qualquer consequência corporal decorrente da explosão, “o que inegavelmente poderia ter ocorrido”.

²⁹ Ação penal nº. 0271912-17.2013.8.19.0001, em trâmite perante a 35ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Neste caso, como indicado, o denunciado arremessou uma bomba com alto poder de detonação (não um “rojão de festa”) na direção da residência da vítima, que estava em casa, e o Ministério Público imputou o delito de explosão (não a tentativa de homicídio por dolo eventual).

Nos autos da Apelação Criminal nº. 5410/2003, consta que os agentes arremessaram artefato similar à dinamite, explodindo um veículo Kadett cinza em uma rua muito movimentada. A imputação não foi pelo art. 121 na forma tentada, mas sim o delito descrito no art. 251 do Código Penal.

No julgamento do Habeas Corpus nº. 1871/2006 consta que o denunciado, depois de procedido ao fabrico de dois artefatos de uso caseiro arremessou-os sobre o telhado da Igreja Universal do Reino de Deus. Estes artefatos “foram arremessados no momento em que a igreja se encontrava cheia de fiéis que participavam do culto matutino, havendo explosão em dois locais do imóvel”. Também aqui o Ministério Público imputou ao réu apenas a conduta descrita no art. 251 do Código Penal.

Conforme se depreende deste **breve estudo de casos** julgados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mesmo nas hipóteses em que a possível lesão corporal ou morte da (s) vítima (s) era muito mais provável (enquanto desdobramento do risco causado pela conduta do réu), o Ministério Público não vislumbrou a ocorrência de dolo eventual, mas – **de forma correta – a prática do crime de explosão**³⁰.

Esta conclusão autoriza a pensar, **muito respeitosamente**, que há, neste processo, algo muito além da independência funcional, atravessando tanto a atuação do Acusador, quanto do poder judiciário em primeiro grau: seja o desejo de tornar os

³⁰ **Advertência:** Fosse o caso de entender que a deflagração de um rojão no contexto das manifestações importa, *in re ipsa*, dolo eventual de matar alguém, todos os fogos de artifícios deflagrados em mobilizações - desde junho de 2013 - deveriam ser investigados e os autores, uma vez identificados, perseguidos com fundamento no art. 121 c/c art. 14, II do Código Penal. Evidentemente, esta interpretação está muito além do razoável, pois a conduta não trata, por óbvio, da tentativa de homicídio (ainda que por dolo eventual).

denunciados em exemplos expiatórios contra novas mobilizações populares, seja o de atender aos apelos repressivos da mídia, de onde a vítima, inclusive, integrava os quadros como cinegrafista.

Desta forma, por todo o exposto, requer, com fulcro no art. 419 do Código de Processo Penal, a **desclassificação do delito imputado para o descrito no art. 251 c/c art. 258 do Código Penal**, remetendo-se os autos para uma das varas criminais comuns do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2.2. Incompatibilidade das qualificadoras imputadas com o dolo eventual:

O acusado foi pronunciado por crime de homicídio doloso (eventual) triplamente qualificado: motivo torpe; emprego de explosivo; recurso que dificulte ou torne impossível à defesa do ofendido.

A qualificadora prevista no **inciso IV** do §2º do art. 121 do Código Penal é **incompatível com o dolo eventual**, conforme **consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, na mesma linha de toda a doutrina brasileira³¹.

EMENTA: Habeas Corpus. Homicídio qualificado pelo modo de execução e dolo eventual. Incompatibilidade. Ordem concedida. **O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, inc. IV, do CP** (“traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”). Precedentes. Ordem concedida. HC 95136/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.3.2011. *g.n.*

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Homicídios qualificados. 3. Alegação de excesso de linguagem. Inexistência do vício. 4. Inocorrência de falta de correlação entre a denúncia e a pronúncia. 5. **Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação)**. 6. Primariedade e bons antecedentes como excludente de prisão preventiva, matéria não conhecida, sob pena de supressão de instância. 7. Precedentes. 8. Ordem parcialmente

³¹ Por todos: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 2: parte especial, arts. 121 a 249. 11 ed. Ver. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 95; HUNGRIA. Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 169Idem. p. 168.

A existência de dolo específico constitui condição *sine qua non* à imputação da citada qualificadora. Considerando que o crime foi imputado pelo Ministério Público, em *dolo eventual*, é dogmaticamente impossível sustentar a sua ocorrência.

No que se refere à qualificadora consistente em **motivo torpe**, preconiza a Acusação pela sua incidência, tendo em vista que o homicídio teria sido cometido com o fim de “corromper a legitimidade das manifestações”. Na opinião do Ministério Público a deflagração do rojão que (**acidentalmente**) vitimou o Santiago Andrade revelaria um motivo abjeto, vil, tenebroso, de transformar pacíficas manifestações populares em episódios de violência.

A consideração, pura e simples, de que a deflagração de um rojão (de amplo uso popular) indica uma motivação asquerosa de subversão das manifestações lança sobre os ombros do réu toda a responsabilidade pelo cenário de conflito. É relevante considerar ainda que no dia do fatídico acidente que vitimou Santiago Andrade, todas as pessoas presentes naquela manifestação tinham a certeza de que o artefato que atingiu a vítima havia sido lançado por policiais. Também deve ser lembrado que, na mesma data e momento, **faleceu o vendedor ambulante Tasman Amaral Accioly**, atropelado enquanto fugia das bombas de gás lacrimogêneo arremessadas pelos agentes estatais.

Em suma, conforme explica César Roberto Bitencourt: “*torpe é o motivo que atinge mais profundamente o sentimento ético-social da coletividade, é o motivo repugnante, abjeto, vil, que repugna à consciência média*”³²”.

O contexto apresentado não revela a torpeza que sustenta o Ministério Público na denúncia e memoriais finais. Pelo contrário, somado às provas

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. 2. Parte Especial: Dos Crimes Contra a Pessoa. 12ª edição ver. e ampl. – São Paulo. Saraiva, 2012. p. 83

constantes do processo, indicam que o dolo do agente, no máximo, era o de tão somente “afastar os policiais”, embora se possa entender que os meios utilizados para tanto ampliaram o risco permitido, violando regras objetivas de cuidado.

A primeira fase do procedimento não produziu provas de que a deflagração do rojão tinha como propósito um motivo torpe. A qualificadora do inciso I do §2º do art. 121 do Código Penal constitui, portanto, uma suposição artificial do Ministério Público.

Desta forma, considerando que a qualificadora constante do inciso IV é incompatível com o dolo eventual e a descrita no inciso I não está provada nos autos, requer que sejam ambas excluídas, em caso de manutenção da decisão de pronúncia.

III. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU SUA ADEQUAÇÃO À MEDIDA ALTERNATIVA AO CÁRCERE.

3.1. Alteração do suporte fático que ensejou a decretação da prisão cautelar:

Há **alteração no quadro fático** que ensejou a decretação da prisão cautelar, possibilitando que seja reapreciada pelo Tribunal a sua necessidade e adequação, nos termos do **art. 316 do Código de Processo Penal**. Portanto, antes de enfrentar os fundamentos delineados na decisão de pronúncia para manutenção do decreto prisional, deve ser esclarecido o seguinte:

Na concepção do juízo monocrático, a prisão preventiva do réu está essencialmente vinculada à **garantia da ordem pública**³³, consistente na “provável **reiteração criminosa**”. A reiteração defluiria dos mesmos estímulos para delinquir que

³³ O recurso à **garantia da aplicação da lei penal** foi mencionado, “*en passant*” apenas no último parágrafo da decisão que, ao receber a denúncia, decretou a prisão preventiva. Ele não foi novamente alçado à fundamentação da medida cautelar na decisão de pronúncia. De fato, este fundamento não tem nenhuma incidência, pois está demonstrado que **não havia mandado de prisão expedido em seu desfavor** quando, voluntária e espontaneamente, o réu entrou em contato com a autoridade policial fluminense, por intermédio do antigo patrono, requerendo a apresentação na unidade da federação em que se encontrava.

o acusado receberia caso lhe fosse conferido o direito de aguardar o julgamento em liberdade. Nas palavras do i. magistrado:

“(…) sendo de todo recomendável a conversão, para acautelar a própria ordem pública, uma vez que em liberdade continuarão a desenvolver a atividade ilícita interrompida pela pronta e eficiente ação policial. Reaviva-se que a prisão cautelar com base no resguardo da ordem pública visa evitar que os agentes permaneçam delinquindo no decorrer da persecução penal, evitando distúrbios e intraquilidade no meio social”.

Extraí-se da decisão que o juízo justificou a prisão na necessidade de “acautelar a ordem pública” tendo em vista a possibilidade dos acusados retornarem ao **contexto das intensas manifestações populares** que insurgiram no país, reiterando na prática delitiva. **Este contexto, entretanto, não existe mais.**

As medidas cautelares são provisionais, o que significa que estão submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, **não existindo mais o suporte fático** que fundamentou a prisão cautelar, a decisão deve ser revista e o decreto prisional revogado.

3.2. Prisão preventiva expressamente fundamentada na gravidade abstrata do delito, imputação por crime hediondo, clamor social e credibilidade da Justiça: motivação recusada pela doutrina e jurisprudência do país.

Todos os outros argumentos delineados na decisão de pronúncia para manter a prisão preventiva são recusados pela doutrina e, especialmente, pelos tribunais superiores do Brasil. Alguns fundamentos, inclusive, são proibidos por súmula do Supremo Tribunal Federal, além de serem objeto de fortes e reiteradas críticas. São eles, nos **estritos termos** utilizados pelo respeitado magistrado:

1. Gravidade abstrata do delito:

“A mais abalizada doutrina e jurisprudência entendem ser possível a decretação ou manutenção da prisão cautelar em razão da gravidade do delito”.

“A gravidade e a violência da infração têm valor considerável na decretação da custódia preventiva, mesmo porque revelam, no mínimo, uma possível periculosidade do agente, determinando mais vigor na aplicação da lei penal.” *g.n*

2. Imputação por crime hediondo:

“O delito por ele praticado causa grande impacto social, considerado hediondo pela legislação pátria”. *g.n*

3. Credibilidade da justiça e clamor público:

“O conceito de ordem pública não se limita a prevenir futuros delitos, mas acautelar a sociedade, garantindo a paz social e a credibilidade da Justiça, face o clamor público e a gravidade do crime”. *g.n*

Uma breve pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal revela 83 (oitenta e três) acórdãos sobre “**prisão e gravidade abstrata do delito**”. Em todos eles a fundamentação utilizada pelo magistrado da 03ª Vara Criminal é absolutamente recusada por “**contrariedade à firme orientação do STF**”: “*segundo remansosa jurisprudência desta corte não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade*”.

Há decisões neste sentido por todos os membros do Pretório Excelso.

Exemplificadamente:

Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE

DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM DE OFÍCIO CONCEDIDA.

1. As decisões que indeferiram os pedidos de liberdade provisória do paciente limitaram-se a fazer afirmações genéricas a respeito da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em contrariedade à firme orientação jurisprudencial do STF.

(...) **HC 106691 / SP Min. ROBERTO BARROSO** Idem. **HC 121500 / SP - SÃO PAULO Min. ROBERTO BARROSO**

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INDEFERIMENTO LIMINAR DO HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 691. SUPERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A superação da Súmula 691 do STF constitui medida excepcional, que somente se legitima quando a decisão atacada se mostra teratológica, flagrantemente ilegal ou abusiva. A situação no caso concreto é apta a superar o entendimento sumular, diante do evidente constrangimento ilegal ao qual estão submetidos os pacientes. II – No caso concreto, o requisito autorizador da necessidade de garantia da ordem pública, descrito no art. 312 do Código Processual Penal, não foi concretamente demonstrado pelo magistrado de piso. **Os pacientes são primários e a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva basicamente limitou-se a afirmar a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.** III - **Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar-se a imposição da prisão cautelar.** IV - Ademais, o Plenário desta Corte, ao apreciar o HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, assentou que a proibição abstrata de concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, entre outros. V – Impetração não conhecida mas ordem concedida de ofício, confirmada a liminar, para que seja assegurado aos pacientes o direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal bandeirante, relativamente à Ação Penal 0097554-30.2013.8.17.0001, sem prejuízo da fixação de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal ou mesmo da decretação da prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do mesmo diploma legal, se for o caso. **HC 121286 / PE - PERNAMBUCO Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.**

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (60g DE MACONHA). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA COM FUNDAMENTO APENAS NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A prisão cautelar para garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal é ilegítima quando fundamentada, como no caso sub examine, tão somente na gravidade in abstracto, ínsita ao crime. Precedentes: HC 114.092/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 26/3/2011; HC 112.462/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 20/03/2013; HC 114.029/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22/2/2013; HC 107.316/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 28/2/2013). (...)

Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, salvo se por outro motivo deva permanecer preso. **HC 121250 / SE - SERGIPE Relator (a): Min. LUIZ FUX**

Os demais fundamentos utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva como “imputação por crime hediondo” e “acautelar a sociedade, garantindo a paz social e a credibilidade da Justiça, face o clamor público”, a bem da verdade, constituem desdobramentos da opinião do julgador a respeito da gravidade do delito (vedado pela mens juditio da súmula nº. 718 do STF).

Há, contudo, abundantes decisões na jurisprudência do país, especificamente, refratárias a estes argumentos. No que se refere à menção a imputação por crime hediondo como supostamente indicativo da periculosidade do agente, o próprio Desembargador Gilmar Teixeira fez colacionar em seu voto (nos autos do Habeas Corpus liberatório anteriormente impetrado) uma dezena de decisões. Ilustrativamente:

Sentença condenatória (prisão provisória). Fundamentação (necessidade). Apelação em liberdade (possibilidade).

1. A prisão oriunda de sentença condenatória recorrível é espécie de prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada. Ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

2. **Por si só, a reincidência seja simples capitulação legal do crime com hediondo não são hipótese de prisão cautelar.**

3. Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindira de norma escrita par tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.

4. Faltando à sentença persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que o réu pode apelar em liberdade.

5. Ordem concedia par se determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (STJ / HC nº. 72.639/MS, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, julgado em 12/11/2007). G.n.

Por fim, também o fundamento da prisão com base na “credibilidade da justiça” e “clamor público” não encontra nenhum respaldo na jurisprudência, tampouco na comunidade acadêmica do país. Para constar:

Ementa: “Habeas Corpus” – prisão preventiva decretada com fundamento na gravidade objetiva do delito, no **clamor público, na suposta ofensa à credibilidade das instituições** e na conjectura de que a prisão cautelar se justifica para conveniência da instrução criminal - caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual – utilização, pelo magistrado, na decretação da prisão preventiva, de **critérios incompatíveis com a jurisprudência do supremo tribunal federal** – situação de injusto constrangimento configurada – afastamento, em caráter excepcional, no caso concreto, da incidência da súmula 691/stf – “*habeas corpus*” concedido de ofício. **HC nº. 96.095/SP; Supremo Tribunal Federal. Relator. Min. Celso de Mello;**

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA E CONSUMAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO AO CRIME TENTADO. EXIGÊNCIA DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. **CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NO CLAMOR SOCIAL E NA PERICULOSIDADE DO AGENTE. MERAS CONJECTURAS.** AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO SE MOSTRAM AMEAÇADAS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

1. A alegada negativa de autoria quanto à tentativa de homicídio é questão que demanda aprofundado exame de provas para o seu reconhecimento, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.
2. A prisão cautelar não pode ser decretada se ausentes os motivos para a custódia preventiva, previsto no artigo 312 do CPP, especialmente quando se trata de paciente primário e sem antecedentes criminais.
3. **Há constrangimento ilegal quando o decreto de prisão preventiva encontra-se fundado na repercussão/clamor social e meras conjecturas acerca da periculosidade do paciente, haja vista a gravidade dos delitos em tese cometidos**, dissociadas de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.
4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. **HC nº 132.222. Superior Tribunal de Justiça; Relator: Min. Jorge Mussi.**

Como visto, a jurisprudência adota, na mesma linha da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o entendimento de que a noção de **perigo processual** constitui o próprio limite à imposição da prisão cautelar³⁴.

Sob outro aspecto, deve ser considerado que inexistente, em concreto, qualquer elemento de que o acusado, por seu comportamento social, seja uma pessoa supostamente perigosa. Muito pelo contrário. A existência de bons antecedentes e primariedade do acusado, embora, por si só, não afaste a decretação da medida cautelar, constitui **indicativo da ausência de plausibilidade da tese de reiteração criminosa**. Em outras palavras, a presença de **bons antecedentes, primariedade e ocupação lícita**, a *contrario sensu*, **por não representar hipótese de multirecidência específica** (em tese, indicativa de “periculosidade”), deslegitima o recurso à reiteração criminosa como fundamento da necessidade de prisão cautelar.

³⁴ Com base neste entendimento, a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (informes nº. 35/07 e 86/09)** repudia outros fundamentos para justificar a decretação da prisão preventiva: o “alarme social”; “repercussão social do fato”, “periculosidade do imputado” e “risco de reincidência” estão fora do território das funções processuais e não servem de fundamento legítimo para a decretação de medidas cautelares como a prisão preventiva.

De qualquer forma, conforme aventado, o contexto social e político que, na concepção do magistrado da 03ª Vara Criminal fornecia as supostas condições à reiteração não existe mais, devendo a prisão ser revogada em razão das modificações no suporte fático que fundamentava a medida cautelar (art. 316 do CPP).

Há, finalmente, um último argumento a favor da revogação da prisão preventiva, desta vez, ligado ao *fumus commissi delicti*.

Como demonstrado neste recurso, o excesso acusatório é patente. Para que houvesse dúvida a ser dirimida pelo Tribunal do Júri, como indicou o juízo monocrático, seria preciso que o Ministério Público tivesse produzido alguma prova indicativa de dolo eventual na conduta dos agentes. Só há, contudo, prova do dolo de afastar os agentes policiais mediante a prática de crime de perigo comum (explosão), por fogos de artifício. A falta de controle do curso do artefato, em razão da ausência de haste guia, coloca o resultado fora do domínio da vontade do agente. A infeliz morte do Sr. Santiago Andrade (nas palavras da autoridade policial, “um acaso”) somente pode lhe ser atribuído culposamente.

De toda sorte, **em matéria de prisão**, se há **dúvida** a respeito da correta valoração da imputação (**homicídio doloso ou culposo**) **esta deve ser resolvida em favor da liberdade.**

Isto significa que o esforço do juízo para sustentar a pronúncia com fundamento no *in dubio contra reum*, quando o que está em questão é a prisão preventiva, deve militar em favor do acusado e não da “sociedade”. Assim, ainda que considerássemos válida a assertiva de que o julgamento cabe ao Tribunal do Júri, a inegável conclusão de que há elementos sérios apontando para um homicídio culposo (preterdolo) é suficiente para garantir ao recorrente o direito de aguardar o processo penal em liberdade.

3.3. Necessidade de substituição da prisão preventiva por medida cautelar alternativa.

Na eventualidade de serem superadas as alegações pela revogação da prisão, deve ser concedido ao recorrente o justo direito de ser submetido à medida menos gravosa à sua dignidade e liberdade, nos termos dos arts. 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal. Após a promulgação da Lei nº. 12.403/11, constitui um dever inafastável da Agência Judicial indicar suficientemente as razões pelas quais o uso de outras medidas cautelares pessoais, diversas da prisão, não é adequado ao caso concreto.

Para tanto, não é possível aderir – conforme demonstrado nos tópicos precedentes – às justificações lastreadas na gravidade abstrata do delito, no caráter hediondo da imputação ou, ainda, na suposta necessidade de atender ao clamor público.

A firme posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, neste ponto, cumpre a relevante função de “orientar” os órgãos jurisdicionais do país. Trata-se, em última instância, de **enfrentar a cultura do encarceramento em massa** no Brasil, substituindo-a pela busca por uma **solução cautelar** que, embora não lastreada na prisão preventiva, seja **igualmente adequada** à preservação do desenvolvimento regular do processo penal.

Os incisos I, II, III e IV do art. 319 do CPP, isolados ou cumulativamente aplicados, são adequados e suficientes à tutela instrumental do processo³⁵. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe amplamente a hipótese de decretação de medidas cautelares diversas da prisão. Em recentíssima decisão, entendeu o tribunal:

EMENTA Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente

³⁵ Conforme apontado pelo desembargador Gilmar Teixeira, nos autos do habeas corpus já referido, se o objetivo é evitar que o recorrente participe de manifestações (que já não ocorrem mais no país), basta a aplicação do inciso II do art. 319 do Código de Processo Penal.

da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Writ extinto. Ordem concedida de ofício. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. 2. Nada impede, entretanto, que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, como é o caso dos autos. 3. O ato prisional em questão não apresenta elementos concretos e individualizados mínimos capazes de impedir que o paciente aguarde em liberdade o desfecho final da persecução penal. 4. O fundamento da garantia da ordem pública encontra-se calcada em argumentos genéricos e abstratos, os quais justificariam a custódia cautelar, sob esse prisma, em qualquer hipótese, mormente quando afirma o juízo que “o quadro fático apresentado nos autos é e sempre será justificador da prisão cautelar para a preservação a ordem pública”. 5. Segundo a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal, para que o decreto de prisão preventiva (assim como a sua manutenção) seja idôneo, é necessário que o ato judicial constrictivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. 6. Registre-se, ainda que “a alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não validam a ordem de prisão cautelar” (HC nº 108.802/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 19/6/12). 7. Caso de substituição da custódia cautelar por medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 8. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual eleita. Ordem concedida de ofício. (HC 115.395, julgado em 04 de junho de 2013, grifos nossos).

Desta forma, na eventual hipótese de não acolhimento do pedido de revogação, requer-se a substituição da prisão preventiva por uma das medidas cautelares diversas, consoante dispõe o art. 319 do Código de Processo Penal.

IV. PEDIDO:

Todo abuso acusatório precisa ser contido pelo Poder Judiciário, principal responsável por estabelecer limites ao exercício da persecução criminal, a mais violenta forma de manifestação do poder do Estado.

Caio Silva de Souza é um jovem de apenas 23 anos e, logrando êxito à acusação, passaria mais tempo encarcerado do que possui de vida. O réu tem ainda uma filha de apenas dois anos de idade, é adorado por todos e ainda encontra-se vinculado ao trabalho que exercia.

O triste acidente que vitimou o Sr. Santiago Andrade merece, de fato, uma profunda reflexão de todos os atores (policiais e manifestantes) envolvidos nas manifestações populares que ocorreram no Brasil. Por outro lado, seria uma enorme injustiça submeter o réu ao azar de um julgamento pelo conselho de sentença, quando as provas produzidas na primeira fase do procedimento não apontam que tenha consentido previamente com a morte do Sr. Santiago Andrade, ainda que eventualmente.

Preliminarmente, em razão do exposto, requer que seja reconhecida a nulidade do processo, considerando-se que foram demonstrados todos os prejuízos ocasionados pela colidência defensiva, insuficiência da defesa e, conseqüentemente, pela violação à plenitude de defesa (especialmente, tendo em vista os danos causados pelo indeferimento da substituição/acrécimo de testemunhas).

Ainda em sede preliminar, requer que seja desentranhada a declaração constante das fls. 156, tendo em vista o emprego de ilicitude na produção do elemento de informação. No que se refere ao Laudo Técnico n°. 70/2014 (fls. 160/167), considerando a violação demonstrada no tópico pertinente (ausência de perito oficial, quando não o faltava na comarca), requer que seja reconhecida a nulidade do meio de prova ou, subsidiariamente, refeita a perícia conforme determina a lei processual penal.

No mérito, o Ministério Público não produziu nenhuma prova no sentido de que o réu tenha consentido previamente com a morte do Sr. Santiago Andrade.

Nos autos, está provado que a **intenção** dos agentes era **cometer um crime de perigo comum, por meio da deflagração de um rojão** para constranger o avanço da polícia. De forma alguma há provas mínimas de que o réu tenha refletido,

estava consciente, enfim, tenha projetado racionalmente a possibilidade de “matar alguém”. Neste cenário, o resultado morte, em decorrência da explosão, somente pode lhe ser imputável a título culposos.

Por todo o exposto, requer que o delito imputado seja desclassificado para o crime descrito no art. 251 c/c art. 258, ambos do Código Penal, remetendo-se os autos para uma das varas criminais comuns do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Subsidiariamente, na incogitável hipótese de pronúncia do réu, requer que sejam acolhidas as alegações defensivas para **rejeitar as qualificadoras** impropriamente imputadas pelo Ministério Público.

Finalmente, requer que seja **revogada a prisão preventiva** ou substituída por qualquer uma das medidas alternativas ao cárcere.

Nestes Termos,

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 2014.

Antonio Pedro Melchior

OAB/RJ 154.653

Leonardo dos Santos Rivera

OAB/RJ 163.173