

Luiza Nagib Eluf
Jorge Eluf Neto

Nilson Cruz dos Santos
Eric Minoru Nakumo

Vitor Nagib Eluf
Pedro Nagib Eluf

Eduardo Luis F. Porto
Gustavo Garcia Sandrini
Najila Viana da Silva

**Excelentíssimo Senhor (a) Doutor (a) Juiz (a) de Direito do
Departamento de Inquéritos Policiais da Capital – DIPO.**

Processo nº

JOSIVAN ALBUQUERQUE ALVES E CAICK AYRES

FORMIGA, já devidamente qualificados nos autos em epigrafe, por advogado, que se compromete a juntar procuração em 05 (cinco) dias, vêm, mui respeitosamente, perante Vossa Excelência com fulcro no artigo 310 do nosso Código de Processo Penal requerer a sua

LIBERDADE PROVISÓRIA

o que faz na forma do dispositivo citado e nas razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas:

I – DOS FATOS

01. Os Peticionários foram presos na data de ontem como incurso no artigo 155, inciso IV, de nosso Código Penal em sua forma tentada, pelos fatos descritos a seguir:

02. A vítima ao retornar ao seu veículo estacionado na Rua João Tibiriça nº 10, City Lapa, avistou dois indivíduos no interior de seu veículo por volta das 12:30.

03. Ao serem surpreendidos os dois indivíduos se retiraram do veículo e adentraram em um veículo Celta Prata, no qual um terceiro indivíduo os aguardava e se evadiram do local, **portanto 03 (três) pessoas.**

04. Diante de tal fato a vítima acionou a Polícia Militar via COPOM, narrando os fatos.

05. Após o período de mais de uma hora e meia do ocorrido, na Rua Passo da Pátria, 135, em frente ao Posto UBS (Doc. 01), portanto distante do local dos fatos (Doc. 02), os Peticionários que estavam em dois no interior de seu veículo (Celta Prata) estacionando o mesmo para ir ao Posto Médico supracitado, foram abordados por uma viatura policial.

06. Ao serem indagados pelos Policiais, o que faziam ali, responderam que estavam retornando da adega “Irmãos do Barba”, sediada na Rua Nanuque, 611, Vila Hamburquesa, para efetuar um pagamento.

07. Neste ponto importante aclarar que o Peticionário Josivan é proprietário da Adega GK, situada na Rua

Sandoval Ferreira Cabral, 194, (Doc. 03) na qual o Peticionário Caick é funcionário. Sendo certo, que Josivan adquiri determinadas bebidas na adega "Irmãos Barba" e revende em seu comércio.

08. Diante das explicações apresentadas, os Policiais Militares se dirigiram até a adega "Irmãos Barba" onde solicitaram a o funcionário Edgar Maikon da Silva que os acompanhassem até o local da abordagem.

09. No local da abordagem, segundo o depoimento do próprio funcionário às fls.____ do inquérito, o mesmo reconheceu os Peticionários como fregueses do local onde trabalha.

10. Ainda no local da abordagem, os policiais militares levaram a vítima para que reconhecesse os Peticionários, entretanto, nem no local da abordagem, bem como na delegacia a mesma NÃO reconheceu os Peticionários como autores da tentativa de furto, apenas declarando que possuíam **vestimentas parecidas** com a dos autores.

11. Portanto, os reconhecimentos foram negativos.

12. Desta feita, insta-se destacar que os Peticionários (i) foram detidos longe da *res furtiva*, (ii) depois de um longo período de tempo, (iii) a versão apresentada para os policiais militares de que eram fregueses de um comércio próximo de onde foram abordados foi confirmada pelo funcionário da empresa, (iv) a vítima não os reconheceu, (v) a vítima declinou serem três e não dois os envolvidos nas tentativa delitiva, restando portanto, apenas a suspeita dos policiais como alicerce do suposto flagrante.

13. Mesmo diante de tais fatos, os Peticionários encontra-se recolhido no 91º Distrito Policial, vivendo em situação verdadeiramente sub-humana.

14. Desta feita vem requerer, a concessão da liberdade provisória, uma vez que não está presente nenhum dos motivos que autorizam a sua custódia cautelar, como passaremos a demonstrar:

II – DO DIREITO

15. Imperioso destacar que os Peticionários, estão sendo acusado, tão somente, pela tentativa da conduta típica em nosso Código Penal, em seu artigo 155 em sua forma qualificada, com penas de 02 a 08 anos de prisão.

16. Em que pese, a pena máxima ser superior a 04 anos de prisão, pelo que passível de prisão preventiva, desde que incidentes as demais condições autorizadas da medida cautelar, a suposta tentativa de cometimento de crime, teria ocorrido sem violência ou grave ameaça a pessoa, sendo certo que os Peticionários são tecnicamente primários, motivo pelo qual, pode-se afirmar que em uma eventual condenação, os Peticionários fariam jus, nos moldes do artigo 44 e seguintes do CP, a uma pena restritiva de direitos, motivo este que torna injusta a manutenção da prisão preventiva em face dos mesmos.

17. É de clareza meridiana que, em sendo entendimento correto a pregação doutrinária de que a prisão só

deve se dar quando for de "incontrastável necessidade", evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o ordenamento jurídico tutela e ampara, os Peticionários, enquanto não condenados, não são culpados, não podendo serem tratados como se o fossem, gozando eles de um "status" de inocência, porquanto as restrições à liberdade dos mesmos, quaisquer que sejam elas, só se admitem se ditadas pela mais estrita necessidade, o que "in casu" não ocorre.

18. Ora Excelência, a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade, o que não é o caso em questão.

19. Para que a prisão processual, seja legítima em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

20. No caso em tela nem mesmo a autoria do crime está minimamente demonstrada, uma vez que a vítima não reconheceu os Peticionários como autores do fato e os policiais os prenderem distante da *res furtiva*, horas após o fato.

21. Mesmo se houvesse a presença de fortes indícios de autoria e materialidade do fato, tendo em vista a natureza processual ou instrumental da custódia preventiva, tais indícios

não bastam para a decretação da medida extrema. Nem mesmo a gravidade do delito, que não corre no caso presente, autorizaria a prisão cautelar se a medida não se mostrar imprescindível para assegurar o regular desenvolvimento do processo e aplicação da lei penal.

22. No caso presente, a probabilidade de que os Peticionários possam agir de modo a dificultar a produção da prova não ficou evidenciada.

23. Outrossim, a repercussão do delito, no meio social, não constitui fator determinante a autorizar a prisão preventiva. O Poder Judiciário, ao assegurar ao acusado o direito de responder em liberdade o processo, nos estritos termos da lei processual, perpassada pelo crivo das garantias constitucionais, por certo, não pode gerar clima de impunidade.

Nossas Cortes Superiores já vêm se posicionando a este respeito reiteradamente, como mostram estes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Posse ou porte ilegal de arma de fogo. Inconstitucionalidade do art. 21 da Lei 10.826/03 declarada pelo STF. Prisão em flagrante. Indeferimento do pedido de liberdade provisória. Motivação inidônea para respaldar a custódia. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.’ (HC 71.999, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 10.9.07) e deste col. STF:

'Quanto à ordem pública, a jurisprudência do Tribunal se firmou no sentido de que a caracterização genérica ou a mera citação do art. 312 do CPP não são suficientes para caracterizar a ameaça à ordem pública.' (HC n.º 85.615, rel. GILMAR MENDES, DJ 03.03.2006) (grifos nossos)

24. Ademais, desde o início, a prisão dos Peticionários tem se mostrado iníqua e desnecessária, por não se amoldar ao comportamento dos mesmos quaisquer das situações que autorize sua segregação, eis que se trata, como brota cristalinamente dos próprios autos, serem os Peticionários réus primários, trabalhadores, com residência fixa, possuindo fortes laços em suas comunidades, não sendo contumaz dos mesmos comportamento censurável.

25. Nada há, portanto, a indicar que, soltos, praticarão qualquer infração à ordem jurídica, tampouco que colocarão em risco a ordem pública, uma vez que não são criminosos contumazes.

26. Insta-se destacar, que ao contrário do que, infelizmente, alguns poucos magistrados têm decidido sobre o tema ora ventilado, nosso ordenamento jurídico não permite a manutenção da custódia prisional de réu, com base apenas na gravidade do delito, visando resguardar a ordem pública. Senão vejamos:

“Não se prestam para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios

de autoria e a prova da materialidade e o juízo valorativo sobre a gravidade dos delitos imputados ao acusado." (HC 91.762, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Tuma, DJ 10.03.2008).

27. A jurisprudência de nossas Cortes superiores é clara em afirmar que a invocação da gravidade do crime não autoriza a prisão preventiva. A regra é a liberdade; a prisão, é exceção. Consoante lapidar decisão ora colacionada.

"6. A Lei de Execução Penal Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

8. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de

adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

'AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.' (HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

'HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 9

147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida.' (HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

(...)

10. No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006. HC 84.078 / MG.

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade indubitavelmente mais grave enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o

10

que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

QUEM LÊ O TEXTO CONSTITUCIONAL EM JUÍZO PERFEITO SABE QUE A CONSTITUIÇÃO ASSEGURA QUE NEM A LEI, NEM QUALQUER DECISÃO JUDICIAL IMPONHAM AO RÉU ALGUMA SANÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que

pequenos arremedos de jurista poderiam supor ----apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

(...) (grifos nossos).

28. Ressalta-se também, que a aplicação da lei penal está garantida, já que os Peticionários têm residência fixa (Doc. 04 e 05) e ocupação lícita (Docs. 03 e 06), possuem nesta capital (Doc. 04), demonstrando que estão radicados no distrito da culpa e não pretendem subtrair-se à aplicação da lei.

Em mesmo sentido é a nossa jurisprudência:

"Liberdade provisória. Concessão. Inexistência nos autos de elementos que convençam da necessidade da manutenção da prisão preventiva. Inteligência do art. 310, parágrafo único, do CPP." (RT 560/359)

29. Assim, vê-se que inexiste razão a que se perdue a prisão dos mesmos, e assim sendo, cessando a necessidade, que cesse a medida.

III – Do Pedido

30. Ante todo o exposto, conforme cabalmente demonstrado, desde o início inexistem motivos para a segregação dos Peticionários, pelas razões fáticas e jurídicas aduzidas, considerando-se ainda tudo mais que milita em favor dos mesmos e que por certo o alto saber jurídico e senso de eqüidade de V. Exa. haverá de suprir, com fundamento no dispositivo anteriormente citado, rogam os Peticionário **JOSIVAN ALBUQUERQUE ALVES e CAICK AYRES FORMIGA**, que no sublime exercício de seu mister, V. Exa. se digne em conceder a LIBERDADE PROVISÓRIA dos Peticionários, para o fim de restabelecer-lhes a liberdade, para que soltos se livrem da imputação que lhes pesa, se comprometendo a comparecerem à todos os atos processuais e a não se ausentarem ou mudarem de endereço sem prévia comunicação a esse Juízo e via de conseqüência, a se submeterem às imposições estilares, observadas as formalidades legais.

Termos em que

E.R.D.

São Paulo, 08 de fevereiro de 2014.

NILSON CRUZ DOS SANTOS

OAB/SP Nº 248.770

LUIZA NAGBI ELUF

OAB/SP Nº 327.349