

Advogados
Wagner Magalhães
Rafael Fagundes
Fábio Dib
Rafael Borges
Maria Clara Batista
Matheus Cardoso
Carlos Bruce Batista
Antenor Mafra



Nilo Batista Cláudio Costa André Nascimento

Estagiários
Igor Melo
Guilherme Furniel
Felipe Maranhão
Felipe Marques
Rosenvald Neto
Renan Schweitzer

**Excelentíssima Senhora Desembargadora
Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes**

**Marino D'Icarahy Junior, Raoni do Céu Brasil,
Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Ítalo Pires Aguiar, Lucas da Silveira
Sada e Raphaela de Araújo Lima Lopes, nos autos do *habeas corpus* nº
0065243-95.2014.8.19.0000 (processo originário nº 0229018-
26.2013.8.19.0001), cujos Pactes. são Elisa de Quadros Pinto Sanzi, Igor
Mendes da Silva e Karlayne Moraes da Silva Pinheiro, por seus advogados
que subscrevem a presente, vêm respeitosamente a Vossa Excelência, com
fundamento no artigo 30 da Lei nº 8.038/90, interpor o presente **recurso
ordinário em *habeas corpus***, protestando desde já pela juntada de suas razões e
posterior remessa para o Tribunal competente.**

Embora o acórdão denegatório da liberdade pleiteada tenha sido publicado no D.O de 29.jan.15, houve oposição de embargos de declaração, interrompendo-se a fluência do prazo recursal (art. 538, *caput*, CPC c/c art. 3º CPP). O acórdão que deu provimento parcial aos embargos de declaração opostos foi publicado no D.O de 19.fev.15, de tal forma que é clara a tempestividade do presente.

Nestes termos,
P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 2015.

Nilo Batista, adv. 197-B

Cláudio Costa, adv. 1.584-B

Rafael Fagundes, adv. 141.106

Rafael Borges, adv. 141.435

Egrégio Superior Tribunal de Justiça

Colenda Turma,

Volta-se a presente impetração contra decisão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, através de acórdão não unânime, denegou a ordem requerida pelos Pactes. para o fim de cassar a ordem de prisão preventiva decretada pela 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Este decreto manifestamente ilegal fora motivado pelo suposto descumprimento da medida cautelar que lhes proibia de “*frequentar manifestações ou protestos*”, estabelecida por acórdão nos autos do *habeas corpus* nº 0035621-68.2014.8.19.0000, julgado pelo mesmo órgão colegiado. Contra aquela decisão denegatória foram opostos embargos de declaração. Nesta sede, o ilustre Tribunal *a quo* reconheceu a omissão, porém não só manteve intactos os efeitos da decisão anterior, como ampliou o conteúdo do julgado.

I

**Reflexão brevíssima sobre o caso:
criminalização de manifestação política**

Os Pactes. são protagonistas de um caso chocante, em que expedientes ilegais de criminalização estão sendo utilizados como disfarces de uma perseguição política implacável, com poucos precedentes na nossa história recente. É inacreditável como, a despeito de superada a ditadura, tenha sido possível uma investigação sobre filiação partidária, sobre associações com evidentíssimo conteúdo político. Neste caso estão em questão violações flagrantes ao que estatuem o artigo 5º, incisos VIII (“*ninguém será privado de*

direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”) e XVI (“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”) da Constituição da República.

Por significativa coincidência, todos os “alvos” dessa investigação, os Pactes. inclusive, integram um campo político de “esquerda” – termo que nesta sede pretende abranger o numeroso grupo de pessoas que utilizou os protestos iniciados em junho de 2013 para questionar o *status quo*, seja relacionando as mazelas sociais brasileiras às opções político-econômicas do governo ou apenas criticando as bases do sistema capitalista.

A predileção dos órgãos de persecução criminal pelos grupos de “esquerda” fica muito clara na redação da inicial acusatória, especialmente quando a denúncia resenha os coletivos e as organizações que fariam parte da suposta quadrilha. De um horizonte vasto que vai de anarquistas a comunistas, toda “esquerda” foi contemplada. O *parquet* faz um esforço retórico comovente, mas a coloração ideológica da iniciativa é simplesmente óbvia, como é óbvia a construção artificial que redundou na imputação do delito de quadrilha.

O artificialismo da acusação e seus interesses político-ideológicos estão expressos em diversos trechos da inicial. Rigorosamente, é a própria denúncia que atesta a inexistência de quadrilha em sua acepção jurídico-penal. Vejamos as maiores evidências disso:

“a referida associação não foi estabelecida instantaneamente entre todos os indiciados, **tendo sido formada pela agregação sucessiva de membros**, na forma que será abaixo descrita” (fls. 13, Anexo I);

“Dentre os grupos que originariamente existiam, antes da quadrilha, podem ser identificados os seguintes: **Organização Anarquista Terra e Liberdade (OATL), Movimento Estudantil Popular Revolucionário (MEPR), Frente Internacionalista dos Sem Teto (FIST), Rede Estudantil Classista e Combativa (RECC), Movimento Feminino Popular (MFP), “Aldeia Maracanã”, Movimento de Resistência Popular (MRP), Rede de Comunidades e Movimentos Contra a Violência, “Ocupa Cabral”, “Anonymous Rio”, Unidade Vermelha (UV), Comitê de Apoio ao Jornal A Nova Democracia, Coletivo Inimigos do Rei (UERJ)**” (g.n) (fls. 14, anexo I);

“Note-se que, **dada a estrutura pulverizada da organização, não é possível estabelecer por muitas vezes o liame entre os integrantes dos diversos subgrupos – que podem sequer se conhecer.** A existência, todavia, de um comando centralizado e a convergência de desígnios existente entre os integrantes das diversas estruturas orgânicas permite o reconhecimento da associação entre todos, **ainda que de forma compartimentalizada** (...) (g.n) (fls. 16, Anexo I)

Não se pretende abordar o mérito da ação penal no presente arrazoado, tarefa da qual se desincumbirá o Juízo competente no

momento processual adequado. As referências à hipótese acusatória são úteis e necessárias na medida em que revelam o contexto criador das medidas cautelares alternativas à prisão e, no caso dos Pactes., seu próprio encarceramento. Recorre-se ao texto da denúncia porque não há justificativa cautelar que embase as medidas restritivas e porque a “quadrilha” capitulada prescindiu de descrição minimamente objetiva e pormenorizada de sua prática.

O *parquet* criou um marco temporal absolutamente fictício para distinguir o período em que os grupos de “esquerda” citados eram apenas organizações políticas daquele em que se tornaram quadrilha ou bando armado. Os grupos existiam, “originariamente”, como organizações políticas legítimas e autônomas, tendo se tornado “quadrilha” no exato instante em que a criminalização se tornou a única estratégia de contenção das manifestações. A lógica da acusação não tem lastro em fatos concretos, mas na necessidade política (e por que não dizer eleitoral?) de impedir a expansão dos atos de protesto.

Como se lê, a realidade e os elementos trazidos pelo eminente signatário da denúncia, por si só, são capazes de desconstruir a quadrilha imaginada. Afinal, “*estrutura pulverizada*”, ausência de “*liame*” e atuação ou comando “*compartimentalizado*” são características completamente incompatíveis com o tipo penal de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal. Decerto, o modelo de associação criminosa que se pretende criminalizar não exige aspectos que o assemelhem a uma instituição organizada, com códigos rígidos de conduta ou caráter de perpetuidade. Nas palavras do insuperável Nelson Hungria, “*basta uma organização social rudimentar*”¹. Todavia, a permanência e a estabilidade da reunião de pessoas criada com a finalidade de

¹ Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, 1958, Ed. Revista Forense, vol. IX, p.178.

perpetração de crimes são essenciais, sob pena de ver-se o crime de quadrilha freqüentemente confundido com hipóteses simples de coparticipação. Para Magalhães Noronha, “*característico do bando ou quadrilha é a estabilidade ou permanência da reunião, com o fim de cometer crimes.*”². Luís Regis Prado leciona que “*deve, ainda, a associação apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração. Aliás, esse é um dos traços que a diferencia do concurso de pessoas*”³.

Tratando-se de delito de concurso necessário, através do qual o legislador elevou à categoria de crime atos preparatórios potencialmente perigosos ou danosos, o apreço pela distinção entre a quadrilha propriamente dita e um agrupamento eventual de pessoas para o cometimento de um ou mais delitos – os quais a denúncia não vincula aos Pactes. – surge naturalmente de uma interpretação sistemática e cautelosa da legislação.

Estruturas **pulverizadas** que agem de forma **compartimentalizada** e cujos integrantes **não estão ligados entre si** não deveriam ser classificadas como quadrilha. Não existe descrição de que os membros das organizações criminalizadas atuassem de forma estável e/ou permanente. Não existe estabilidade na pulverização, assim como não existem vínculos de permanência entre pessoas “*que podem sequer se conhecer*” (denúncia, fls. 16 do Anexo I). Sem as notas de estabilidade e permanência, a “*convergência de desígnios*” vislumbrada pelo *parquet* soa evidentemente artificial. Atuação convergente é algo que presume unidade e não compartimentalização; estabilidade e não vínculos esporádicos e pontuais, típicos de pessoas que não estão ligadas entre si.

² Direito Penal, São Paulo, 1986, ed. Saraiva, vol. 4, p. 90.

³ Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, vol.3, São Paulo, 2002, ed. RT, p.653.

Para além dessa confissão eloquente de atipicidade objetiva, o fato é que não há indícios de que esses 13 (treze) coletivos de “esquerda” tenham sido constituídos para a prática de crimes. Essa suposição é a pior iniquidade que pode haver. Seus membros reuniram-se, alguns há mais de uma década, com a finalidade de pleitear direitos e questionar as bases do sistema político-econômico vigente. Reuniram-se para promover manifestações e atos públicos, durante as quais pessoas – que podem pertencer a estes grupos ou que podem não pertencer a nenhum, até mesmo agentes infiltrados, como o processo mostra – teriam estimulado ou praticado crimes de dano ou atos violentos de uma maneira geral. Mas esse não era o objetivo dessas associações, de seus dirigentes e dos Pactes.

Frise-se, aliás, que a questão da violência nas manifestações é clarissimamente uma resposta à extremada violência com que foram reprimidas pela Polícia Militar fluminense, distinguida como uma das forças policiais mais letais do Brasil e do mundo, em 2013 e 2014⁴. A brutal repressão aos professores durante os protestos iniciados em junho de 2013 é uma amostra bastante significativa da forma como age aquela corporação. Portais de notícias da internet, como a folha.com, a uol e o jbonline, publicaram à época diversas matérias retratando a truculência da PM, que não poupou “bombas de gás”, “cassetetes” e “sprays de pimenta” na repressão aos professores⁵.

⁴ “Polícia mata cinco pessoas por dia no Brasil” (notícia do dia 03/11/2013), disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/policia-mata-cinco-pessoas-por-dia-no-brasil-10669947>>, acesso em 18 jan. 15; “Polícias brasileiras matam quatro vezes mais que a dos EUA, diz estudo” (notícia do dia 05/11/2013), disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/11/05/policias-brasileiras-mataram-126-vezes-mais-que-a-do-reino-unido-em-2012-diz-estudo.htm>>, acesso em 18 jan. 15; “Polícia do RJ mata mais que a de SP e MG; nº é "inaceitável", diz professor” (notícia do dia 27/03/2014), disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/03/27/maior-que-sp-e-mg-n-de-mortos-por-policia-no-rio-e-inaceitavel.htm>>, acesso em 17 jan. 15.

⁵ “PM do Rio retira à força professores que ocupavam Câmara; dois são detidos” (notícia do dia 29/09/2013), disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/29/pm-do-rio-retira-a-forca-professores-que-ocupavam-camara-dois-sao-detidos.htm>>, acesso em 18 jan. 15; “Professores do RJ planejam entrar com processo judicial contra PM” (notícia do dia 29/09/2013), disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/29/professores-do-rj-planejam-entrar-com-processo->

Leia-se, a propósito e apenas exemplificativamente, pequeno trecho do que a insuspeita Revista Veja publicou em sua edição de 3 de janeiro de 2015. Um coronel do BOPE foi flagrado incitando à violência os seus comandados, via *WhatsApp*, durante a fase mais intensa das manifestações:

“O coronel Fábio, como é chamado, é o protagonista de milhares de mensagens trocadas entre oficiais da PM num grupo que se comunicava via WhatsApp entre dezembro de 2013 e janeiro de 2014. Reunidas em 230 páginas de um inquérito da Corregedoria-Geral da PM, elas mostram o tenente-coronel revelando clara admiração pela filosofia do nazismo e deixando nítido que, **para ele, o caminho era a agressão pura e simples**. Numa das mensagens, quando um major sugere aos colegas o uso de uma técnica de imobilização com um bastão chamado Tonfa, ele reage: **“Mata! Assim imobiliza para sempre”**. E continua: “Tonfa é o c....! 7.62 (um tipo de fuzil) mata eles tudo”. Em outro trecho, confessa: **“Na última manifestação que fui dei de AM640 inferno azul nas costas de um black bobo, no máximo 30 metros!!! Que orgulho!”**. O AM640 é um lançador de bomba de gás não letal que,

[judicial-contr-pm.htm](#)>, acesso em 18 jan. 15; “PM usa spray de pimenta em protesto de professores na Câmara do RJ” (notícia do dia 30/09/2013), disponível em: <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/30/pm-usa-spray-de-pimenta-em-protesto-de-professores-na-camara-do-rj.htm>>, acesso em 18 jan. 15; “Professores bloqueiam entrada da Câmara do Rio e PM usa spray de pimenta” (notícia do dia 30/09/2013), disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1349594-professores-bloqueiam-entrada-da-camara-do-rio-e-pm-usa-spray-de-pimenta-para-dispersar.shtml>>, acesso em 18 jan. 15; “Protesto de professores tem bombas de gás e nova confusão no Rio” (notícia do dia 01/10/2013), disponível e.: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/10/01/protesto-de-professores-tem-bombas-de-gas-e-nova-confusao-no-rio.htm>>, acesso em 17 jan. 15; “PM usa arma de fogo contra manifestantes durante protesto dos professores, no Rio” (notícia do dia 08/10/2013), disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/10/08/pm-usa-arma-de-fogo-contra-manifestante-durante-protesto-dos-professores-no-rio/>>, acesso em 18 jan. 15.

acionado a curta distância, pode até matar. Quando um colega observa “Coronel Fábio pela instauração do Reich”, ele retruca: “Isso”⁶.

Apurou a mesma insuspeita Veja que o tenente-coronel Fábio deixou de exercer o comando do Batalhão de Operações Especiais em março de 2014, pouco depois de iniciado os procedimentos internos de apuração, tendo sido transferido para a chefia da escolta pessoal do Secretário Estadual de Segurança Pública.

O inquérito policial que deu origem à identificação e prisão dos Pactes. foi feito para averiguar filiação política. Lembra, nesse sentido, os inquéritos policiais militares (IPM’s) da ditadura. Principalmente a partir da morte do cinegrafista Santiago Andrade, episódio trágico e lamentável que não guarda qualquer relação com o ativismo das organizações políticas listadas pela denúncia, criou-se no Rio de Janeiro um ambiente vigilantista e criminalizante, onde protestos e atos de contestação foram automaticamente convertidos em delitos. A história há de ser implacável no julgamento do que representa esse processo de violentação política e ideológica da juventude carioca engajada.

Parte da mídia brasileira já vem manifestando severa indignação contra esse estado de coisas. Gregório Duvivier e Vladimir Safatle, colunistas regulares do jornal Folha de São Paulo, publicaram artigos cortantes sobre o tema. Duvivier registrou que *“23 ativistas estão sendo processados por associação criminosa armada – embora não haja arma, nem crime, nem associação. Além da ausência de antecedentes criminais, os ativistas têm em comum apenas o fato de terem participado das manifestações de junho e, no ano*

⁶ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/estupidez-pelo-whatsapp>, às 12:31h. de 16.jan.15.

*seguinte, dos protestos contra a Copa. A maioria se conheceu na cadeia*⁷. Para Safatle, “*o que estas pessoas fizeram foi, basicamente, protestar contra o absurdo que foi o gasto com a Copa do Mundo e contra o desprezo para com o descontentamento social em nosso país. Tratá-los como criminosos e prototerroristas é a única resposta que o Estado brasileiro tem a dar*”⁸.

Em certa medida, a imposição dessa esdrúxula medida cautelar – que tem que se conter nos limites que a Constituição impõe – e a própria existência da ação penal possuem um vestígio autoritário e ditatorial. Quer-se manietar o pensamento e principalmente a palavra dessas pessoas, como se elas fossem cassadas no seu direito de manifestar uma opinião acerca da República e do Estado nacional brasileiro, que é um direito constitucional que ninguém pode tirar-lhes. É nessa manifestação da opinião e do pensamento que começa a base intangível de um núcleo impenetrável dos direitos humanos, antecedido apenas pelo direito à vida.

II

A decretação da nova prisão e o acórdão recorrido

Na companhia de outros 20 ativistas, os Pactes. tiveram sua prisão temporária decretada no dia 10 de julho de 2014 pelo Juízo da 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, que o fez “*com supedâneo nos arts. 1.º, I, II e III, 'I', e 2.º, caput, ambos da Lei n.º. 7.960/89*” (doc. X). Ao tempo que findava o prazo legal de 5 (cinco) dias, os Pactes., à exceção de Elisa Quadros de Pinto Sanzi, tiveram prolatada em seu favor decisão liminar, em sede de *habeas corpus*, revogando a prisão temporária anteriormente imposta. A decisão liminar concessiva de liberdade foi da lavra do ilustre Desembargador

⁷ Cf. doc. n.º X (Publicado na edição impressa de 29.jan.15, p. A2).

⁸ Cf. doc. n.º X (Publicado na edição impressa de 3.fev.15, p. A2).

Siro Darlan, presidente da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Não obstante, em 18 de julho de 2014, sob o argumento de que seria necessário garantir a “*ordem pública*”, o Juízo processante determinou novamente o encarceramento de 23 ativistas, dentre os quais 2 (dois) dos Pactes. – afinal, Elisa Sanzi já estava presa –, **desta feita com a roupagem de prisão preventiva** (doc. XX). A prisão preventiva dos Pactes. foi decretada nos mesmos autos em que o Tribunal, menos de três dias antes, **não** havia entrevistado razões para manutenção da prisão temporária.

Para impugnar o decreto que os prendeu preventivamente, novo *habeas corpus* foi impetrado em favor dos Pactes. e dos outros ativistas em 21 de julho de 2014. A liminar foi parcialmente concedida pelo Desembargador Siro Darlan um dia depois, em 22 de julho de 2014. Aos pacientes foi garantido “*o direito de aguardarem e liberdade o julgamento do mérito do presente writ, aplicando, entretanto, aos mesmos, as medidas cautelares previstas no art. 319 incisos I e IV e no art. 320, ambos do CPP de:* 01) *obrigação de comparecer mensalmente ao juízo processante, nas condições fixadas pelo mesmo, para informar e justificar atividades; 02) proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, sem previa autorização judicial; 03) entrega do passaporte no prazo de 24 horas; e 04) assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo*” (doc. X).

Essa decisão prevaleceu até o dia 12 de agosto de 2014, quando a colenda 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora decidisse pela manutenção da decisão liminar concessiva de liberdade, acrescentou uma nova medida cautelar àquele rol de 4 (quatro) medidas reproduzido no parágrafo anterior, **determinando que os pacientes do writ também se abstivessem de “frequentar manifestações ou protestos”**. Dessa forma, concedeu-se parcialmente a ordem “*a fim de substituir a prisão*

preventiva decretada em desfavor dos pacientes, aplicando-lhes as medidas cautelares previstas nos incisos I, II e IV do art. 319 e no art. 320 do CPP, sem prejuízo de ser novamente decretada sua prisão cautelar com a demonstração concreta de sua necessidade, ratificando a liminar concedida anteriormente”.

Transcrevamos o dispositivo do acórdão:

Assim, no caso dos pacientes, parecem ser suficientes para o resguardo do processo as medidas cautelares previstas nos incisos I, II e IV do art. 319 e no art. 320, ambos do CPP, quais sejam, de: 01) obrigação de comparecer mensalmente ao juízo processante, nas condições fixadas pelo mesmo, para informar e justificar atividades; 02) proibição de frequentar manifestações ou protestos; 03) proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, sem previa autorização judicial; 04) entrega do passaporte no prazo de 24 horas; e 05) assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo.

O suposto desrespeito à medida cautelar de “*proibição de frequentar manifestações ou protestos*” é a razão de ser do presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

Ela foi inserida no rol de medidas cautelares alternativas à prisão em função de reflexões das ilustres Desembargadoras Marcia Perrini Bodart e Maria Angélica Guedes. Para a primeira, “*os direitos de manifestação e reunião são relativos, ou seja, sofrem limitação imposta pela própria lei, para regular as relações entre indivíduos, que mantendo suas respectivas liberdades não interfiram nem causem danos ou comprometam o*

direito de terceiros”, de tal forma que a “*medida prevista no inciso II do art. 319 do Código de Processo Penal*” estava sendo inserida “*a fim de impedir a ocorrência de novos fatos como aqueles descritos na denúncia*” (doc. X). Para a segunda, “*a proibição que ora se impõe aos pacientes, com fulcro no inciso II, do art.319, do Código de Processo Penal, não obsta que os mesmos exercitem legitimamente o direito que a todos é assegurado, apenas, repito, restringe-o, temporária e fundamentadamente*” (doc. X).

Conforme se verá, a notícia de descumprimento que embasou a nova (terceira!) prisão provisória dos Pactes. nem de longe revelou a prática de “*fatos como aqueles descritos na denúncia*”, **cuja evitação fundamentou o decreto da cautelar**. Os Pactes. foram flagrados e fotografados em evento celebrativo, conagração que rememorou os atos de violência praticados por policiais militares do Rio de Janeiro um ano antes, em 15 de outubro de 2013, quando professores das redes públicas estadual e municipal foram brutalmente hostilizados pelos milicianos na Cinelândia. Definitivamente, os fatos (mal) descritos na denúncia – danos, lesões corporais, posse de artefatos explosivos e corrupção de menores – não estão retratados nas fotografias utilizadas como prova de descumprimento da medida cautelar (Apenso I). Sem questionar, neste momento, a própria constitucionalidade da proibição, o fato é que a simples presença física dos Pactes. no evento celebrativo não deveria ser interpretada como violação à restrição que lhes foi imposta.

É de 2 de dezembro de 2014 a decisão que determinou mais uma vez as prisões preventivas dos Pactes. (doc. XX). Foram decretadas, a pedido do Ministério Público, “*em virtude do descumprimento de uma das medidas cautelares impostas aos réus, qual seja, proibição de frequentar manifestações ou protestos, e para garantia da ordem pública*”.

A ordem pleiteada através do *habeas corpus* nº **0065243-95.2014.8.19.0000**, questionando essas novas prisões, restou denegada, por maioria, pela egrégia 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O eminente Desembargador relator originário do *writ* concedeu a ordem requerida para cassar o decreto de prisão preventiva exarado em desfavor dos Pactes. Entretanto, tendo prevalecido a posição divergente, a ilustre Desembargadora Maria Angélica Guedes foi designada relatora para o acórdão.

Seguindo a numeração adotada pela ementa do acórdão denegatório, não é difícil identificar os argumentos que foram inicialmente apreciados e rejeitados: 1) os Pactes. reuniram-se em ato público **onde se fez alusão aos fatos que ensejaram a custódia anterior**; 2) a proibição imposta se estendia a **qualquer tipo** de manifestação, pacífica ou não; 3) **não há necessidade de intimação prévia** do acusado para decretar-se sua prisão preventiva e 4) o descumprimento da medida cautelar consubstancia **ato comissivo**, sendo descabidas eventuais justificativas apresentadas.

Não havia no primeiro acórdão denegatório uma única palavra acerca da acepção vulgar e/ou jurídica do verbo “frequentar”, explorada da tribuna pelo primeiro subscritor do presente. O acórdão denegatório foi **omisso** relativamente ao argumento que admitiu a presença dos Pactes. no ato pacífico de 15 de outubro de 2014, mas negou que essa participação isolada significasse descumprimento da medida cautelar imposta. Deixou-se de afirmar se o comparecimento a um **único** protesto ou manifestação seria razão suficiente para caracterizar o descumprimento da medida cautelar desenhada no julgamento do *habeas corpus* nº 0035621-68.2014.8.19.0000.

Assim, o pecado original dessa decisão, que parecia derivar de uma interpretação extensiva da restrição estabelecida, estava em considerar que os Pactes. estivessem proibidos de “**acessar**” manifestações ou protestos, enquanto os termos da medida cautelar imposta, decretada com base no artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal, os proibiam de “**frequentar**” manifestações ou protestos. Leiamos o dispositivo do acórdão que estabeleceu os limites da proibição:

“(…) no caso dos pacientes, parecem ser suficientes para o resguardo do processo as medidas cautelares previstas nos incisos I, II e IV do art. 319 e no art. 320, ambos do CPP, quais sejam, de: 01) obrigação de comparecer mensalmente ao juízo processante, nas condições fixadas pelo mesmo, para informar e justificar atividades; 02) **proibição de frequentar manifestações ou protestos;** 03) proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, sem previa autorização judicial; 04) entrega do passaporte no prazo de 24 horas; e 05) assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo, cientificados de que o descumprimento de qualquer das medidas, acarretará imediata revogação e decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 282, § 4º do CPP”.

Entendendo que o acórdão denegatório havia ampliado **equivocadamente** os limites da proibição, com inoportuna e prejudicial troca de verbos (“acessar” X “participar”), os Imptes. opuseram embargos de declaração. Fizeram-no com o objetivo de suprir a omissão pontual do acórdão denegatório, pleiteando o esclarecimento do equívoco e a atribuição de efeitos infringentes à irresignação (doc. X).

Os embargos de declaração foram parcialmente providos, sem que se lhes atribuísem os efeitos requeridos pelos Imptes. Em decisão de 10 de fevereiro de 2015, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que havia sido omissa na apreciação do argumento, mas consignou que “*no que tange à alegada obscuridade quanto à abrangência da medida imposta, sem razão o embargante*” (doc. X). Promoveu-se autêntica *reformatio in pejus*: a partir de “recurso” manejado exclusivamente pela defesa dos Pactes., o ilustre Tribunal *o quo* integrou a decisão lacunosa para fazer constar que os limites da proibição não estavam restritos ao conceito de frequência e que abrangiam sim o mero acesso a manifestações ou protestos.

Eis um trecho da ementa:

“Com efeito, há que se gizar que a despeito de a decisão deste Colegiado que estabeleceu as cautelares ter sido unânime, as duas Desembargadoras que compuseram a Turma de Julgamento como vogais apresentaram declarações de voto, sendo certo que, em ambas, o ponto nodal foi justamente a inserção da cautelar ora violada, capitaneada pelo voto da primeira vogal que, de forma expressa consignou, às fls. 673, que a proibição era a contida no inciso II, do art. 319 do Código de Processo Penal – qual seja, de acesso e frequência. Destarte, além de descaber falar em um suposto aumento da abrangência da proibição, afigura-se despicienda a discussão acerca do uso dos vernáculos participar e frequentar, mormente porque em tendo restado cabalmente comprovado que os pacientes não só estiveram presentes no aqui denominado pelo embargante “ato de recordar”, como também dele efetivamente participaram – ora mediante inação

(postando-se, com mordças, sob a faixa na qual havia expressos dizeres referentes ao ato que gerou a prisão dos mesmos), ora mediante ação (utilizando-se de instrumento de propagação de voz), tendo-se como incontestado o descumprimento da medida cautelar que lhes foi imposta”.

A decisão adotada em sede de embargos contrariou frontalmente o dispositivo do acórdão que concedeu as medidas cautelares. Dentre as opções colocadas pelo legislador neste inciso II do artigo 319 – de proibir o acesso **ou** a frequência a determinados lugares – a Câmara escolheu a última, fazendo consignar na parte dispositiva do acórdão que os Pactes. estavam impedidos de “**frequentar manifestações ou protestos**” (fls. __).

Ou seja, ao estabelecer categoricamente os limites da cautelar imposta e comunicar tais limites aos destinatários da proibição (os Pactes.), o Tribunal *a quo* utilizou apenas o termo “frequentar”, que não se confunde com “acessar”.

Não se podia esperar que os Pactes. lessem na íntegra o acórdão concessivo das medidas cautelares, identificando em seus fundamentos – nas declarações de voto, inclusive – o alcance da proibição. Podiam e deviam acreditar no **dispositivo** do acórdão, onde as medidas cautelares foram individualmente numeradas e detalhadamente descritas. Aliás, conforme já decidiu este egrégio Superior Tribunal de Justiça, “*no confronto entre fundamentação e dispositivo deve prevalecer este último, dado que os fundamentos elencados no julgado não fazem coisa julgada, conforme disposição expressa do inciso I, do artigo 469, do Código de Processo Civil*” (STJ, 1ª T., AgRg no Ag 1.327.590/RJ, rel. Ministro Sérgio Luiz Kukina, DJe 26.fev.13). Em idêntico sentido: “*tem-se, assim, que a fundamentação exposta*

pelo magistrado, ainda que aponte motivos relevantes para determinar o alcance da parte dispositiva do decisum, não transita em julgado (art. 469, I, do CPC). O que se torna imutável é o dispositivo da sentença, ou do acórdão, ou seja, a parte em que as questões colocadas à apreciação do Poder Judiciário são, de fato, decididas e alcançadas pela coisa julgada” (STJ, 4ª T., EDcl no REsp 1267536, rel. Min. Raul Araújo, DJe 17.dez.13). A regra de aplicação analógica contida no artigo 3º do Código de Processo Penal tornam os precedentes citados inteiramente aplicáveis ao caso concreto.

III

O efeito oculto do acórdão e a violação da taxatividade

Cassar o direito de manifestação, que começa pela livre manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IV CR), é regredir ao absolutismo e à inquisição, é regredir a 17 de fevereiro de 1600, quando Giordano Bruno, a caminho da fogueira, trazia na boca um dispositivo metálico que o impedia de falar⁹.

Longe de significar proibição razoável, a medida cautelar estabelecida em desfavor dos Pactes. tem a pretensão de vedar-lhes o gozo de direitos constitucionais, notadamente a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CR/88). Trata-se de um efeito pernicioso e oculto do acórdão que concedeu as medidas.

⁹ Ele trazia “*la lingua in giova per le brutissime parole che diceva*” (cf. o Avviso di Roma, 19 febrero 1600, em Bruno, Giordano, Oeuvres Complètes, trad. A. Ph. Segonds, Paris, 2000, ed. Les Belles Lettres, v. I, p. 523).

Rigorosamente, a medida cautelar imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – de “*proibição de frequentar manifestações ou protestos*” – está ausente do rol **taxativo** de medidas previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal. Representa, portanto, uma inovação jurisprudencial inspirada no poder geral de cautela, inadmitido em sede processual-penal, mormente após a publicação da Lei nº 12.403/11.

Esta cautelar foi decretada com base no artigo 319, inciso II, cuja redação é a seguinte: “*são medidas cautelares diversas da prisão: 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*”. **Evidentemente, “manifestações ou protestos” é algo que não se confunde com “determinados lugares”.**

Há certo consenso doutrinário a respeito:

“Em decorrência do *due process*, bem como do fato das cautelares representarem restrições a direitos fundamentais, não se pode falar em poder geral de cautela do juiz, **havendo verdadeira taxatividade no rol de medidas cautelar** (...) Ocorre que no processo penal, o *due process of law* se estrutura a partir da legalidade, sendo uma de suas dimensões o respeito às formas legais, que funcionam como limite ao poder e garantia para o réu. **Desta maneira, a ideia de poder geral de cautela no processo penal é incompatível com a exigência de tipicidade processual decorrente da cláusula do devido processo.** Atualmente, com a Lei nº 12.403/11, o sistema processual penal conta com uma gama de medidas

cautelares que formam um rol taxativo, **não dispendo os juízes criminais do chamado poder geral de cautela, estando limitados pelo devido processo legal**¹⁰;

Ressalta-se que **o rol de medidas previstas no artigo 319 é taxativo**, não comportando qualquer exceção. Só se permite a utilização dos instrumentos cautelares previstos expressamente no Código. Portanto, não há que se falar em poder geral de cautela conferido ao juiz da vara criminal, ou mesmo em cautelares inominadas a serem disponibilizadas na seara processual penal¹¹;

“O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma e garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade”¹².

É óbvio que existem medidas cautelares fora do rol previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal, do que são exemplos as medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06 e a suspensão preventiva da habilitação prevista na Lei nº 9.503/97. Seja como for, todas elas contam com

¹⁰ Nicollit, André, Lei nº 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, pp. 24/25.

¹¹ Magalhães, Lúcia Regina Esteves de, O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal, *in*: Série Aperfeiçoamento de Magistrados 4, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012, pp. 227/235.

¹² Gomes, Luiz Flávio, et al, Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

previsão legal expressa, que definem seus contornos e campo de abrangência. Feriria a tipicidade processual penal a admissão de cautelares extralegais.

Observe-se que **mesmo antes da Lei nº 12.403/11, a jurisprudência da colenda 6ª Turma deste egrégio Superior Tribunal de Justiça já rechaçava o poder geral de cautela no processo penal**. Segue, por todos, ementa de acórdão relatado pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, absolutamente pertinente:

1. Inexiste previsão legal sobre a possibilidade de revogação do cárcere provisório mediante a retenção de documentos.
2. In casu, determinado pelo Tribunal de origem, por ocasião da revogação da prisão preventiva decretada, o acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pertencentes aos pacientes, configura-se em evidente constrangimento ilegal.
3. Ordem concedida a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes”¹³.

A medida cautelar decretada e supostamente desrespeitada refoge aos limites semânticos claramente colocados pela redação do artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal. Não existe equivalência entre as expressões “determinados lugares” e “manifestações ou protestos”. O primeiro, admitido na lei, define um espaço territorial fisicamente especificado ou determinado. O segundo é uma abstração que pode abranger desde um discurso proferido através de uma rádio (“manifestação”) até a participação em

¹³ STJ, 6ª T, HC 135.183, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 9.nov.11, RSTJ 218, p. 654.

um protesto universitário que pleiteie melhorias acadêmicas. A miríade de hipóteses que podem se encaixar nos conceitos de “manifestações ou protestos” é algo que a lei processual penal não pretendeu alcançar. Se o desejasse, não teria estabelecido o rol taxativo do artigo 319.

Para ser condizente com o texto legal, a cautelar imposta poderia proibir, por exemplo, o acesso ou a frequência à Praça da Cinelândia ou ainda aos Arcos da Lapa, **locais** que abrigaram atos de protesto a partir de junho de 2013. Entretanto, esses não foram os termos da restrição.

A propósito, a jurisprudência que este egrégio Superior Tribunal de Justiça vem consolidando a partir da Lei nº 12.403/11 associa a medida cautelar prevista no artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal **a espaços físicos específicos e determinados (v.g: bares, sede de pessoa jurídica, unidade prisional)**. Além disso, também com a edição da nova lei, há um esforço notório do Tribunal no sentido de reservar as prisões preventivas apenas àquelas hipóteses em que nenhuma outra medida se mostrar suficiente às finalidades da cautela. Vejamos:

“A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. Hipótese em que a prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, visto que desrespeitado o cânone da proporcionalidade, pois, diante das imputações e das características dos pacientes, mostrar-se-ia suficiente medidas cautelares pessoais diversas da segregação provisória.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmada a liminar, **a fim de assegurar a liberdade provisória aos pacientes, acompanhada das medidas de suspensão de atividades econômicas de direção ou gerência de associações e cooperativas e a proibição de frequentar as sedes de tais pessoas jurídicas** – Código de Processo Penal, artigo 319, incisos VI e II”¹⁴ (g.n);

“(…) a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

Sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando o prazo da prisão cautelar, a primariedade da acusada, a falta de registro de seu envolvimento em delitos anteriores e as circunstâncias do crime - que evidenciam se tratar de mais uma pequena traficante, que leva droga para o estabelecimento prisional do companheiro, na maioria das vezes por vinculação afetiva -, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, I e II, do CPP).

Recurso a que se dá provimento para substituir a prisão preventiva da recorrente, com fulcro no art. 319, I e II, do CPP, pelo comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo juiz de origem, para informar seu endereço e justificar suas atividades, e, também, pela proibição de

¹⁴ STJ, 6ª T, HC 281.998, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 9.out.14.

frequentar unidade prisional, para visita ao marido/companheiro, ou não, enquanto durar o processo criminal, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas¹⁵ (g.n);

Nenhum espaço físico se contém na expressão “manifestações ou protestos”, utilizada para alargar os limites da medida cautelar claramente estabelecidos na lei. Impôs-se aos Pactes. restrição de direitos constitucionais com base em um inexistente poder geral de cautela. Estes são os efeitos ocultos do acórdão concessivo das medidas. Sem amparo legal, inequívoca demonstração de necessidade ou fundamentação cautelar concreta, a proibição imposta aos Pactes. constitui verdadeiro abuso de direito.

IV

**Congraçamento de militantes não configura manifestação:
os limites da cautelar imposta e a verdadeira natureza do ato.**

Existem manifestações e “manifestações”. A cláusula legal “*quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações*” estabelece um limite para a restrição ao direito de ir e vir: uma vinculação direta e clara entre o lugar e as circunstâncias do fato. No caso concreto, essa vinculação, que jamais existiu, está originalmente prejudicada pela inexistência de “lugar” na cautelar decretada. A expressão “manifestações ou protestos” não faz referência a “lugar” e, também por isso, a restrição é ilegal, como se viu. Como se vê no brilhante voto vencido do eminente Desembargador Siro Darlan,

¹⁵ STJ, 6ª T, RHC 51.221, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 1º.dez.14.

a “manifestação” a qual compareceram os Pactes. não guarda nenhuma relação com os fatos que ensejaram a ação penal.

A *ratio* da cautelar de “**proibição de frequentar manifestações ou protestos**” é evitar que os acusados se insiram num ambiente propício à prática daqueles delitos que fundamentaram a hipótese acusatória. Segundo Nucci, “*a vedação ao acesso ou frequência a certos lugares precisa guardar correspondência com o fato praticado, tudo para evitar a reiteração criminosa ou o cometimento de outros delitos*”¹⁶. As características do conagraçamento realizado em 15 de outubro de 2014 – onde houve distribuição de alimentos, recreação infantil e até uma aula/palestra do renomado professor Eduardo Viveiros de Castro sobre a questão indígena (doc. X) – distinguem-na completamente dos atos de protestos (mal) descritos na denúncia, ocorridos cerca de um ano antes.

Essa realidade foi captada com precisão e sensibilidade pelo voto vencido, que demonstrou categoricamente o descompasso entre as atividades celebrativas de 15 de outubro de 2014 e o universo acusatório:

“Cediço, da mesma forma, que também incontroverso que o acórdão não especificou realmente se a proibição de frequentar manifestações ou protestos era apenas de atos não pacíficos.

Entretanto, em conformidade com o texto legal, a PROIBIÇÃO ESTÁ RELACIONADA AO FATOS.

Dessa forma, toda medida cautelar está diretamente vinculada a uma determinada situação fática que ensejou a sua decretação.

¹⁶ Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 724.

Ora, os ora pacientes e os demais corr eus foram denunciados por associa o armada pela suposta prática de atos de vandalismos que ocorreram nas manifesta es no Estado do Rio de Janeiro, onde alguns indivíduos se associaram de forma estável e permanente para planejar a es criminosas e recrutar simpatizantes pelas redes sociais e outros canais.

Esse   o fato.

Compulsando todo o conjunto probatório, bem como a m dia, não resta d vida, como bem salientou a Procuradoria de Justiça, de que o acontecimento de 15/10/2014 transcorreu de **forma pacífica e sem episódios de violência**, independente da presença de faixas e letreiros de conteúdo político no movimento cultural.

Dessa sorte, independentemente de o acórdão não dispor expressamente que a proibi o frequentar manifesta es ou protestos era apenas de atos não pacíficos e políticos, o texto legal   claro ao mencionar que a PROIBI O ESTÁ RELACIONADA AO FATO e, sem a menor d vida, o evento cultural no qual compareceram os pacientes transcorreu de forma pacífica, sem atos de vandalismo e violência.

Assim, a presença dos mesmos no evento cultural não tem nenhuma rela o aos fatos pelos quais foram denunciados por associa o armada, isto  , pela associa o de forma estável e permanente para planejar a es criminosas, com a suposta prática de atos de vandalismos que ocorreram nas manifesta es no Estado do Rio de Janeiro.

Não se pode olvidar que qualquer dúvida acerca da natureza do evento deve ser interpretada em favor do réu, sendo certo que não há comprovação nos autos de que os mesmos tenham se manifestado no evento cultural realizado no dia do professor e que eventual manifestação tenha relação com o fato.

Aomeu ver, o ato cultural não tinha natureza contestatória e não se enquadrava na categoria manifestação.

Ademais, como já afirmado, a vedação de proibição de manifestação e protesto foi genérica, o que pode ter propiciado incidência em erro dos ora pacientes, que se traduz na falsa representação da realidade.

Além disso, importante esclarecer que manifestar, de acordo com o dicionário de português on line, significa: ‘...Declarar, revelar, divulgar...’ e protestar significa: ‘...insurgir-se contra alguma coisa; reclamar; comprometer-se solenemente; afirmar solenemente, prometer; professar...’”.

Nos autos abundam evidências dando conta do caráter comemorativo da atividade cultural a qual compareceram os Pactes. O voto vencido cotejou todas elas, sumariamente listadas a seguir: a) postagem no *facebook* do respeitadíssimo antropólogo Prof. Dr. Eduardo Viveiros de Castro, confirmando que estivera presente na Cinelândia “*como convidado-palestrante, para dar uma aula pública sobre direitos dos índios na CF*” e que o evento em questão “*não foi um ato de protesto – não houve violência, nem bloqueio de ruas, nem perturbação da ‘ordem pública’*” (fls. 48, Anexo I); b) fotografias de fls. 49/50, 54 e 57 (Anexo I), retratando atividades de recreação infantil; c) fotografia de fls. 51 (Anexo I), retratando objetos de artesanato produzidos pela população indígena e expostos na ocasião; d) fotografia de fls. 53 (Anexo I),

retratando distribuição de alimentos; e) fotografia de fls. 58 (Anexo I), retratando prática esportiva; f) fotografia de fls. 59 (Anexo I), retratando homenagem aos professores, pela passagem de seu dia (15/10). Sobre o item “a”, existe ainda “*um vídeo publicado há meses no site youtube, com a finalidade de deixar claro a natureza do evento, com uma entrevista com o Professor Eduardo Viveiros de Castro, informando que este compareceu ao evento para dar aula, ao ar livre, a respeito dos direitos constitucionais dos índios*” (fls. 47 dos autos).

Também constitui prova cabal acerca da natureza pacífica do ato a circunstância de nenhum jornal carioca de grande circulação ter produzido notícias sobre a mobilização de 15 de outubro de 2014. Seja n’O Globo, n’O Dia ou no Extra, não há qualquer referência ao ato em suas edições de 16 de outubro de 2014. O evento celebrativo e cultural realizado em plena Cinelândia, coração do Rio de Janeiro, passou despercebido de todos esses veículos de informação. Qualquer ação violenta ou minimamente excessiva seria motivo para matérias jornalísticas no dia seguinte.

A finalidade do evento de 15 de outubro de 2014 era rememorar o protesto – **este sim um protesto** – realizado na mesma Cinelândia um ano antes, quando policiais militares agrediram professores que se manifestavam por melhores condições de trabalho. Não houve registros de atos violentos ou propriamente contestatórios. Aliás, a aula/palestra do professor Eduardo Viveiros de Castro não teria lugar em uma manifestação violenta.

V

Ainda que fosse “manifestação”, não houve frequência

A “*proibição de frequentar determinados lugares*” ingressou no direito penal brasileiro em 1940, como medida de segurança não-detentiva (art. 88, § 2º, inc. II CP 1940¹⁷).

Provinha tal norma do anteprojeto Alcântara Machado¹⁸, restrita contudo – sob visível influência do Código Rocco¹⁹ - a taverna e outros lugares onde houvesse comercialização de bebidas alcoólicas.

Deixando de lado, por sua especificidade, a “medida protetiva” da chamada lei Maria da Penha, que proíbe ao acusado a “frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida”²⁰, é bem evidente que a medida cautelar prevista no artigo 319, inciso II, do Código de Processo Penal – com a redação que lhe deu a lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011²¹ – dispõe, ao lado da “nítida inspiração na legislação portuguesa”²² que os processualistas remarcam, uma cristalina raiz no direito penal italiano e no brasileiro.

Portanto, consultar os penalistas que trabalharam com o código italiano de 1930 e com o brasileiro de 1940, interpretando normas cujos núcleos – a proibição de frequentar certos lugares – são absolutamente idênticos

¹⁷ Art. 88, § 2º. São medidas não-detentivas: (...) II – a proibição de frequentar determinados lugares. (Sobre a duração da medida, cf. art. 98 CP 1940.)

¹⁸ Machado Alcântara. Projeto do Código Criminal Brasileiro. S. Paulo, 1938, ed. RT, p. 99: Art. 98 – Impor-se-á a proibição de frequentar, durante um ano pelo menos, estabelecimentos onde se vendam ao público bebidas alcoólicas, ao condenado: I – por embriaguez habitual; II – por crime cometido sob a ação do álcool.

¹⁹ Carnelutti, F. e Crespi, A. (orgs.) *Codice Penale*, Pádua, 1978, ed. Cedam, p. 46: Art. 215 – (...) *Sono misure di sicurezza non detentive: (...) 3. il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche.*

²⁰ Lei nº 11.340, de 7.ago.2006, art. 22, inc. II, al. c.

²¹ CPP, art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão: (...) 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.

²² Assim o substancioso Nicolitt, André, Manual de Processo, Rio, 2012, ed. Elsevier, p. 481.

entre si e idênticos à medida cautelar imposta é consultar uma fonte legítima e esclarecedora.

Recorde-se que da previsão abstrata da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal (“proibição de *acesso* ou *frequência* a determinados lugares”) o tribunal impusera concretamente aos Recorrentes a de “***proibição de frequentar manifestações ou protestos***”.

Diante da meridiana identidade dos textos legais, colhamos a opinião dos juristas que se detiveram sobre a velha medida de segurança não-detentiva, hoje ressurgida como medida cautelar

Antes assim, porém, visitemos o sentido do vocábulo *frequentar* na linguagem comum.

V. 1) Significado vulgar e jurídico-geral de *frequentar*

Etiologicamente oriundo do latim *frequento, as, are, avi, atum*, por via erudita²³, que tinha o significado de “ir muitas vezes” ou “ir assiduamente”²⁴, nosso verbo transitivo direto “frequentar” manteve a denotação que remete à reiteração ou multiplicidade de condutas ou de fatos, como se vê dos mais acreditados dicionários brasileiros. Para o Aurélio, frequentar é “ir com frequência a; visitar amiudadas vezes”²⁵; para o Houaiss, “visitar com frequência,

²³ Cf. Nascente, Antenor, Dicionário Etimológico Resumido, Rio, 1966, ed. INL, p. 339.

²⁴ O cognato *frequens, entis* significava “que frequenta um lugar, que vai ou se encontra muitas vezes em alguma parte” (cf. Gomes Ferreira, Antônio, Dicionário de Latim-Português, Porto, 1988, ed. Porto, p. 501).

²⁵ Buarque de Holanda Ferreira, Aurélio, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Curitiba, 2009, ed. Positivo, 4ª ed., p. 937.

ir seguidamente a algum lugar”²⁶; para Francisco Fernandes, “ir com assiduidade a; visitar amiudadas vezes”²⁷.

Nos dicionários jurídicos, tal denotação de reiteração ou multiplicidade de condutas ou fatos se mantém. O clássico De Plácido e Silva trata apenas do sentido acadêmico do termo, referindo-se à “assiduidade ou comparecimento às aulas”²⁸. Já Maria Helena Diniz se ocupa de *frequência* no sentido de “fenômenos sociais” que embasariam “a estatística judiciária criminal” (como quando se fala de frequência dos roubos etc), e, no direito aeronáutico e no comercial, do “número de voos semanais realizados na mesma rota”, ou do “número e viagens (...) numa linha de transporte rodoviário”²⁹. Para Magalhães e Tostes Malta, frequência significa “assiduidade, comparecimento”, oferecendo como exemplo a oração “a frequência a esta sala de espetáculo sempre foi muito grande”³⁰.

Em suma, quer na linguagem comum quer na linguagem jurídica, o verbo frequentar supõe uma reiteração ou multiplicidade de condutas ou de fatos.

Vejamos como isto repercutiu no tratamento da medida de segurança não-detentiva da “proibição de frequentar determinados lugares”.

IV.2) Significado jurídico-penal de *frequentar*.

²⁶ Houaiss, Antonio, Dicionário da Língua Portuguesa, Rio, 2001, ed. Objetiva, p. 1.390.

²⁷ Dicionário de Verbos e Regimes, P. Alegre, 1958, ed. Globo, p. 356.

²⁸ Vocabulário Jurídico, Rio, 1963, ed. Forense, v. II, p. 719.

²⁹ Dicionário Jurídico, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva, v. 2, p. 602.

³⁰ Magalhães, Humberto Piragibe e Tostes Malta, Christovão Piragibe, Dicionário Jurídico, Rio, s/d, ed. Trabalhistas, v. I, p. 412.

Entre os comentadores do Código Rocco, Vincenzo Manzini ocupou na Itália proeminência doutrinal similar à de Nelson Hungria quanto ao nosso código de 1940. Ao estudar a medida de segurança de que ora nos ocupamos, com a característica já assinalada de que a proibição se restringia a “tavernas e espaços públicos (*osterie e pubblici spacci*)” com bebida alcoólicas, Manzini – em muitos sentidos um antípoda do penalismo liberal – não hesitou:

“Frequentar significa: usar a miúdo (*usare spesso*); ir assiduamente, por hábito (*per abitudine*); praticar. Este significado, dado o caráter da norma que contém o termo, não pode ser ampliado. (...) Portanto, não é proibido ir raramente (*andare di rado*) a tavernas, etc”.³¹

Deixando de lado as observações relacionadas ao anti-alcoolismo da norma, cheguemos logo à fulminante conclusão de Manzini:

“Não basta, pois, que o indivíduo seja apanhado uma vez numa taverna (*sia colto una volta in una osteria*) para aplicar-lhe a sanção estabelecida para a violação de sua obrigação. Se não se provar que ele realmente frequentava aquela ou outras (*se non si provi ch'egli realmente frequentava quella o altri osterie*)”.³²

Seja pela irrefutável consistência jurídica e semântica da lição de Manzini, seja pela menor importância da questão no contexto de um

³¹ Manzini, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950, ed. UTET, v. III, p. 339.

³² Manzini, op. cit., p. 340.

manual ou de um curso de direito penal, muitos autores sequer a abordaram³³. Aqueles que por ela se interessaram, contudo, não divergiram de Manzini.

Frosali, reafirmando que “frequentar significa ir assiduamente (*recarsi spesso*)”, acrescenta ser irrelevante que o frequentador beba³⁴. Em obra recente, Marinucci e Dolcini, buscando esclarecer o conteúdo da medida de segurança não-detentiva, afirmam tratar-se da

“obrigação de ir sistematicamente, e não apenas esporadicamente (*divieto di recarsi sistematicamente, e non solo sporadicamente*) naqueles lugares”³⁵.

Não discrepou desse entendimento a doutrina brasileira.

Provavelmente foi Ataliba Nogueira o primeiro brasileiro a versar a questão, em sua pioneira monografia, na qual estudava ainda o projeto Alcântara Machado. Endossando expressamente a lição de Mazini, também ele recorreu ao dicionário:

“Frequentar, segundo o dicionarista Moraes, significa ir muitas vezes, visitar a miúdo, com frequência, alguma casa, logar, praça, templo”³⁶.

³³ Assim, entre outros, Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., Milão, ed. Giuffrè, p. 626; Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, trad. J.J.O. Torres, Bogotá, 1972, ed. Temis, v. II, p. 419; De Marsico, Alfredo, *Diritto Penale*, Nápoles, 1969, ed. Jovene, p. 375; Bettiol, Giuseppe, *Direito Penal*, trad. P.J. da Costa Júnior e A. Silva Franco, S. Paulo, 1976, ed. RT, v. III, p. 296; Mantovani, Fernando, *Diritto Penale*, Pádua, 1988, ed. A. Milani, pp. 834-835; Sabatini, Guglielmo, *Istituzioni di Diritto Penale*, P.G., Catânia, 1946, ed. Catânia, v. III, pp. 248-249.

³⁴ Frosali, Raul Alberto, *Sistema Penale Italiano*, Turim, 1958, ed. UTET, v. III, p. 575.

³⁵ Marinucci, Giorgio e Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto Penale*, P.G. Milão, 2004, ed. Giuffrè, p. 473.

Uma década após Ataliba Nogueira, e já tendo por referência o Código Penal de 1940, Galdino Siqueira – também citando Manzini – pronunciou-se incisivamente:

“Na hipótese, a palavra *frequentar* tem o seu significado vulgar de *ir muitas vezes, visitar a miúdo*. (...) Não basta, pois, que o indivíduo seja colhido uma vez em uma hospedaria para aplicar-lhe a sanção estabelecida pela violação de sua obrigação, se não se provar que ele realmente frequentava a hospedaria”³⁷.

A experiência judicante de Bento de Faria facultou-lhe escrever página memorável sobre o assunto, na qual também um dicionarista foi consultado:

“A proibição deve ser inteligentemente entendida por forma a não segregar o vigiado do convívio social, obrigando o seu espírito ao isolamento absoluto.

A frequência dos referidos lugares deve ser apreciada em cada caso, para que se possa aferir da sua prejudicialidade. Não seria razoável, em regra, impedir a entrada em cafés ou restaurantes, para beber café ou para comer, sem consumir álcool, ou para divertir-se ou para cumprir deveres sociais.

(...)

Certo que – *frequentar* – significa ir muitas vezes, visitar amiúde (Fr. Domingos Vieira, Tesouro da Língua

³⁶ Ataliba Nogueira, J. C., *Medidas de Segurança*, S. Paulo, 1937, ed. Saraiva, p. 192.

³⁷ Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, Rio, 1947, ed. J. Konfino, v. II, p. 902.

Portuguesa) e assim essa *frequência* há de enfrentar a proibição judicial, ainda quando o agente não tenha bebido nem jogado. Mas não a infringe se for aí visto ocasionalmente, sem que se prove a – *habitualidade*”³⁸.

Tendo haurido nessas boas fontes, nosso Celso Delmanto legou-nos uma síntese preciosa:

“Frequenter’: O verbo empregado neste artigo tem significação certa e não pode ser alargado com o seu sentido. *Frequenter* é ir com frequência, aparecer repetidamente. Como adverte HUNGRIA, não fica ‘o indivíduo inibido de ir uma vez, de longe em longe, a este ou àquele dos lugares compreendidos na proibição’”³⁹.

IV.3) Significado processual de frequentar

Se alguma dúvida persistisse quanto ao significado da palavra *frequência* na estrutura da medida cautelar hoje prevista no artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal, bastaria atentar para o fato de que o legislador emparelhou-lhe a palavra *acesso*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
II. proibição de **acesso ou frequência** a determinado lugares (...)

³⁸ Bento de Faria, Código Penal Brasileiro Comentado, Rio, 1961, ed. Record, v. III, p. 176.

³⁹ DELMANTO, Celso, Código Penal. Edição profissional, São Paulo, Saraiva, 1980. Página 74.

Acesso tem como primeira e mais forte acepção “*ingresso, entrada*” (Aurélio), “ato de ingressar; entrada, ingresso” (Houaiss).

A oposição entre “acesso ou frequência” no texto legal e na doutrina⁴⁰ só contribui para reforçar o entendimento dos penalistas italianos e brasileiros.

A medida cautelar imposta aos Recorrentes foi “proibição de frequentar”, e não “proibição de acessar”.

Pode-se pois, afirmar que a medida cautelar imposta não foi descumprida, ainda que os Recorrentes tivessem participado de uma única manifestação nos moldes daquelas que levaram a sua criminalização.

Porém, não foi isso que aconteceu.

VI

Ausência de proporcionalidade da medida ou de ofensa à ordem pública

A pena máxima abstratamente cominada ao delito imputado na inicial acusatória é de 4 anos e 6 meses de reclusão. Chega-se a esse patamar somando a pena máxima prevista no artigo 288, *caput*, do Código Penal à fração máxima de acréscimo inserida no parágrafo único do mesmo dispositivo (causa de aumento de pena). **Assim, no caso concreto, considerando a vedação legal expressa contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal, eventual sentença condenatória somente poderá redundar em pena privativa de**

⁴⁰ “A segunda cautelar, atinente à proibição de *acesso ou frequência* a determinados lugares...” (Pacelli de Oliveira, Eugênio, Curso de Processo Penal, Rio, 2011, ed. L. Iuris, p. 508).

liberdade se os Pactes. forem efetivamente condenados à pena máxima (3 anos) e a esta for acrescentada a causa de aumento à razão de 1/3 (um terço), ou seja, quase em seu limite máximo (metade).

Nem mesmo a prolação de eventual sentença condenatória que valorasse negativamente **todas** as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal justificaria a discrepância cogitada. Isso porque, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt, “*se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio*”⁴¹. Repita-se: como uma reprimenda de 3 anos tampouco ultrapassa a barreira do artigo 44, inciso I, a essa pena fixada em seu patamar máximo deveria ainda ser acrescido novo aumento de pelo menos 1/3 (um terço), a título de incidência do parágrafo único do artigo 288.

Em termos práticos, é impossível que os Pactes., reconhecidamente primários e portadores de bons antecedentes, sofram pena privativa de liberdade em decorrência do desfecho desta ação penal, por pior que seja o seu resultado final.

Somente esse estado de coisas já desaconselha a manutenção de uma medida cautelar prisional, que se afigura, neste momento, mais gravosa que os efeitos que poderão advir de eventual sentença condenatória.

Nesse sentido, colham-se lições oportunas de Daniel Gerber e Rafael Canterji:

⁴¹ Bitencourt, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal: parte geral*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 523.

“Se o processo existe para limitar o *ius puniendi* e condicioná-lo às devidas e necessárias regras da civilização, tem-se que, enquanto limite, não deverá ultrapassar sua mais áspera consequência, qual seja a imposição de pena. (...) Conclui-se, então, que a pena material atribuída ao delito é não apenas o fundamento mas, essencialmente, o limite das atividades a serem empreendidas em nome da *persecutio* (...)

Desta maneira, *ad exemplum*, um cidadão que esteja sendo processado por homicídio culposo poderá estar ameaçando testemunhas (requisito formal do art. 312 CPP) e, ainda assim, não poderá ser preso preventivamente, e isto porque a proporcionalidade afastou, dos delitos culposos (...) o instituto da prisão preventiva. (Dito cidadão será novamente processado por coação de testemunha no curso do processo). Em suma, a existência de um sistema jurídico coerente e harmonioso em sua aplicação faz com que a necessidade de se verificar a proporcionalidade entre pena (direito material) e medida restritiva (direito processual) supere até mesmo a existência de requisitos formais que, em tese, legitimariam a cautela”⁴².

Semelhantemente, afirma Julio B. J. Maier :

“Parece racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la

⁴² Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade, em Bonato, Gilson (org.), Processo Penal, Constituição e Crítica, Rio, L. Iuris, 2011, pp. 200-201.

própria reacción legítima del Estado en caso de condena. Ya a la apreciación vulgar se presenta como un contrasentido el hecho de que, por una infracción penal hipotética, el imputado sufra más durante el procedimiento que con la pena que eventualmente le corresponderá, en caso de condena, por el hecho punible que se le atribuye”⁴³.

Para Geraldo Prado carece de homogeneidade a prisão dos Pactes.:

“Ora, se a condenação não prevê ordinariamente a reprovação por meio da prisão, isto é, se dentro da normalidade o sujeito não será preso por conta da sanção penal, não se justifica a prisão durante o processo. Este é o chamado princípio da homogeneidade, pelo qual toda medida cautelar tem que ser homogênea com a solução de mérito do processo. Portanto, se é necessário recorrer a uma providência cautelar que irá incidir sobre a pessoa do réu, para limitar a liberdade dele, tal providência somente estará justificada e autorizada se a providência final do processo, resolvendo a discussão entre acusação e defesa, puder tratar-se também de medida de limitação da liberdade, ordinariamente, sem a viabilidade da substituição”⁴⁴.

⁴³ *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p.162/163.

⁴⁴ Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo12.htm>, em 11 de agosto de 2007.

No momento, cumprem os Pactes. uma medida cautelar muito mais restritiva do que aquela a que terão que se submeter por ocasião da prolação de eventual e futura sentença condenatória. Não é justo e tampouco lógico. As restrições atualmente em vigor violam o princípio da homogeneidade, negam a natureza eminentemente cautelar das prisões preventivas e lhes atribuem funções exclusivamente punitivas. Concretizam uma punição desproporcional e sem processo.

O artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.403/11, também proíbe prisões preventivas nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos. Assim, admitido o pior cenário possível, é de apenas 6 (seis) meses o lapso temporal que separa os Pactes. desse limitador legal.

Por sua vez, não passa de presunção a assertiva de que a liberdade dos Pactes. colocará em risco a ordem pública. A mera referência à expressão “ordem pública” e ao artigo 312 do Código de Processo Penal não é suficiente para fundamentar uma restrição desse nível. Não pode haver prisão preventiva sem algum dos seus estritos fundamentos legais. Da forma como vige, sem fundamentação concreta ou minimamente pormenorizada, o decreto prisional somente pode ser questionado no campo das especulações.

Com efeito, a decisão de primeira instância integralmente mantida pelo Tribunal *a quo* registra que “*o descumprimento de uma das medidas cautelares impostas aos réus em substituição à prisão demonstra que a aplicação das referidas medidas cautelares se mostra insuficiente e inadequada para garantia da ordem pública, tendo em vista que os acusados insistem em encontrar os mesmos estímulos para a prática de atos da mesma natureza daqueles que estão proibidos*”.

Existe uma alegação tímida, velada e sumária de que os Pactes., soltos, reiterarão na prática delitiva. Nessa ótica, a prisão preventiva dos Pactes. ficou assemelhada à verdadeira medida de segurança, imposta com exclusiva finalidade segregatória.

Quando decretada para impedir a superveniência de delitos que poderão vir a ser praticados, a prisão preventiva fere duplamente o princípio da presunção de inocência. A uma, porque parte da premissa de que o acusado efetivamente praticou o delito pelo qual está sendo julgado; a duas, porque deduz que a sua liberdade servirá de estímulo à delinquência⁴⁵. Na hipótese concreta, a possibilidade de reiteração delitiva, que nem em tese poderia ser admitida, assume como referência eventos que, alegadamente, tiveram lugar no passado. Por si só, tais eventos jamais poderiam ser indicativos de reiteração. Os arestos abaixo parecem se debruçar sobre o caso presente:

“Elucubrações acerca da possibilidade de reiteração criminosa, despidas de qualquer fundamentação concreta, mormente em face da primariedade da ré, não justificam, igualmente, a medida constritiva de liberdade imposta”⁴⁶;

“Conclusões vagas e abstratas, tais como a preocupação de que o paciente volte a delinquir, constituem meras probabilidades e suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso

⁴⁵ ALMEIDA, Gabriel de Almeida Bertin, *Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, nº 42, p. 75.

⁴⁶ STJ, 5ª T, rel. Min. Jane Silva, desembargadora convocada do TJ/MG, HC 84.017/SP, j. 13.set.07, DJU. 1º. out. 07, p. 347.

permanença solto, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva⁴⁷.

É possível afirmar que a segregação dos Pactes. é apenas uma punição pelo fato de supostamente terem descumprido uma medida cautelar alternativa, que foi automaticamente convertida em prisão preventiva. Esse automatismo abominável fechou os olhos para as exigências contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal e viabilizou prisões provisórias carentes de justificção.

Há muito os Tribunais Superiores, e sobretudo este egrégio Superior Tribunal de Justiça, vem rechaçando prisões preventivas cujo decreto, não obstante aluda à fórmula legal “ordem pública”, deixa de se embasar em dados concretos e demonstráveis.

Apenas exemplificativamente:

“Não havendo elementos hábeis a justificar a custódia do réu, há ilegalidade na decretação de sua prisão preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Hipótese em que se mostra devida e suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, dadas as circunstâncias dos delitos (um deles pertinente a posse ilegal de acessório de arma de fogo), a natureza da droga apreendida (maconha), as condições pessoais do paciente

⁴⁷ STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, HC 64.939/MS, j. 10.out.06, DJU 30.out.06, p. 372.

(primário), bem como o fato de não se tratar de tráfico de grande proporção (56,32g)”⁴⁸;

“A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu antes de transitada em julgado a condenação deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, mediante decisão suficientemente motivada, em caráter excepcional, não bastando invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

O juiz singular apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar a paciente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que se limitou a afirmar que o delito é equiparado a hediondo, inafiançável, com pena máxima em abstrato superior a 4 anos, havendo provas da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito”⁴⁹.

Ademais, o decreto prisional motivado pela garantia da ordem pública, independente de sua justificação concreta, transcende o processo ao qual deveria estar vinculado. Apela para valores difusos e

⁴⁸ STJ, 5ª T, HC 297.889, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 27.nov.14.

⁴⁹ STJ, 6ª T, AgRg no HC 277.266, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 22.ago.14.

sentimentalismos. No caso concreto, não há referências a elementos sensíveis de prova. Como leciona Lopes Jr., “*está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal*”⁵⁰. O processo deixa de ser a razão da cautela, mas mero instrumento da segregação. É precisamente o que ocorre.

VII

Conclusão e pedidos

(liminar e principal)

Diante do exposto, é possível concluir o seguinte:

- a) O suposto desrespeito à medida cautelar de “*proibição de frequentar manifestações ou protestos*” é a razão de ser do presente recurso. Esta restrição foi estabelecida pelo Tribunal *a quo* alternativamente à prisão preventiva dos Pactes., decretada pelo Juízo da 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro;
- b) Estabelecidos na parte dispositiva do acórdão que concedeu as medidas cautelares, os limites da proibição aludiam expressamente à “frequência”, fato que jamais se caracterizou. Ao proibir que os Pactes. frequentassem “manifestações ou protestos”, sem referência a lugar(es) físico(s) específico(s) ou determinado(s), a decisão extrapolou do rol taxativo previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal e, a bem da verdade, vedou-lhes o gozo de direitos constitucionais consagrados, como a liberdade de manifestação do pensamento;

⁵⁰ LOPES JR., Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005, p. 208.

- c) O evento celebrativo ao qual os Pactes. compareceram não foi um ato de protesto. Essa circunstância relevantíssima, explorada com muita perspicácia pelo voto vencido do ilustre Desembargador Siro Darlan, está abundantemente documentada nos autos. São provas pré-constituídas da natureza pacífica e comemorativa do ato a aula-palestra proferida pelo renomado professor Dr. Eduardo Viveiros de Castro na ocasião, sobre a questão indígena, e inúmeras fotografias retratando atividades recreativas e infantis. Não existe relação alguma entre o fato motivador da prisão (evento pacífico de 15 de outubro de 2014) e os fatos que ensejaram a ação penal proposta pelo Ministério Público;
- d) Ainda que o conagraçamento ao qual compareceram os Pactes. pudesse ser caracterizado como “manifestação”, não houve frequência – em quaisquer de suas acepções –, de tal forma que os Pactes. não desrespeitaram os limites da proibição imposta pelo ilustre Tribunal *a quo*;
- e) No caso concreto, considerando a vedação legal expressa contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal, eventual sentença condenatória somente poderá redundar em pena privativa de liberdade se os Pactes. forem efetivamente condenados à pena máxima (3 anos) e a esta for acrescentada a causa de aumento à razão de 1/3 (um terço), ou seja, quase em seu limite máximo (metade). Esse cenário absolutamente improvável milita contra o princípio da homogeneidade e recomenda a imediata liberdade dos Pactes.

Estão presente, *in casu*, os requisitos para concessão da medida liminar. O *fumus boni juris* é cristalino e decorre da patente ilegalidade da prisão preventiva. Impõe-se aos Pactes. absoluta restrição ao seu direito de liberdade à míngua de fundamentação concreta, fazendo-o

exclusivamente com base em suposto descumprimento de medida cautelar anteriormente decretada, cuja redação limitava-se a proibir **frequência** a manifestações ou protestos. O *periculum in mora* também é evidente e exsurge dos irreparáveis prejuízos que a manutenção dessa ordem de prisão ilegal está causando aos Pactes.

Dessa forma requer-se, liminarmente, seja cassada a ordem de prisão expedida, até o julgamento do final do presente *writ*. No mérito, é a presente para requerer a concessão da ordem, a fim de que se torne definitiva a liberdade concedida aos Pactes., diante da absoluta desproporcionalidade e desnecessidade da medida.

Nestes termos,
P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 20 de janeiro de 2015.

Nilo Batista, adv. 197-B

Cláudio Costa, adv. 1.584-B

Rafael Fagundes, adv. 141.106

Rafael Borges, adv. 141.435

