

**EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EXCELENTEÍSSIMA
SENHORA MINISTRA PRESIDENTE CÁRMEN LÚCIA**

Os advogados ANTONIO RUIZ FILHO e MARIANA MOTTA, inscritos respectivamente na OAB/SP sob os n°s 80.425 e 285.881, com escritório no endereço abaixo impresso, vêm perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e nos artigos 647 e 648, II e IV, do Código de Processo Penal, impetrar

***HABEAS CORPUS* com pedido liminar**

em favor de **R.K.E.N.**, brasileiro, solteiro, estudante, que se encontra preso na unidade prisional P2 de Tremembé/SP (Complexo Prisional José Augusto Salgado), por estar submetido a coação ilegal decorrente de ato da egrégia Quinta Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*Habeas Corpus* nº 366.239/SP), que manteve prisão preventiva sem motivação adequada e contra as evidências da instrução criminal, conforme se demonstrará nas razões da impetração.

Contra essa v. decisão, inclusive já foi interposto o competente recurso ordinário (e-STJ fls. 391/423).

Frise-se que o Paciente está preso provisoriamente desde 04.12.15, já perfazendo quase 1 ano de prisão preventiva.

Ademais, qualquer autoridade competente, ao tomar conhecimento de prisão ilegal, pode e deve conceder habeas corpus de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, c.c. artigo 660, § 2º, ambos do Código de Processo Penal.

A fim de imprimir a necessária celeridade ao julgamento da presente Ordem, requer-se a dispensa da requisição de informações à Autoridade Coatora, uma vez que os autos do *Habeas Corpus* e da ação penal original estão disponíveis para consulta, respectivamente, no sítio eletrônico do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, onde se encontram a cópia da impetração anterior (cujos argumentos se requer integrem este mandamus – fls. e-STJ 1/30) e do v. acórdão relativo à decisão ora combatida pelo presente *writ* (fls. e-STJ 371/385), bem como no sítio eletrônico do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (autos digitais nº 0005623-64.2015.8.26.0052)¹.

Seguem, em separado, as razões fáticas e jurídicas dos pedidos formulados, aguardando-se seja a liminar concedida, nos termos do artigo 660, § 2º, do Código de Processo Penal, para sustar imediatamente a coação a que está exposto o

¹ Virá também anexada a este *mandamus* cópia integral do HC nº 366.239 que tramitou perante o STJ.

Paciente, ao final revogando-se, definitivamente, sua prisão preventiva.

Termos em que,
pedem deferimento.

De São Paulo para Brasília, 22 de novembro
de 2016

Antonio Ruiz Filho – OAB/SP 80.425

Mariana Motta – OAB/SP OAB/SP 285.881

PELO PACIENTE

R.K.E.N.

EMINENTES MINISTROS:

1. O Paciente R.K.R.N., preso temporariamente aos 04.12.15 – prisão depois convolada em preventiva e que o mantém encarcerado provisoriamente até agora (fls. e-STJ 123/127) –, foi, depois, pronunciado² pela suposta prática de homicídio quatro vezes qualificado e fraude processual, nos termos dos artigos 121, § 2º, III, IV, V e VI, c.c. § 2º-A, I, § 7º, II, c.c. artigo 61, II, “e”, segunda figura, e 347, § único, todos do Código Penal.

Contra a coação ilegal decorrente de ato da MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri de São

² Verifique-se que nos autos digitais da ação penal nº 0005623-64.2015.8.26.0052, em trâmite perante a 1ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo/SP, foi proferida sentença de pronúncia aos 22.07.16 (fls. e-STJ 248/266), objeto do recurso cabível, ainda pendente de julgamento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Paulo/SP (ação penal nº 0005623-64.2015.8.26.0052) impetrou-se *Habeas Corpus* perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (*HC* nº 2097918-14.2016.8.26.0000) e também perante o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*HC* nº 366.239/SP), tendo a egrégia Quinta Turma daquela Corte Superior não conhecido do pedido, conforme ementa a seguir transcrita:

“(...) *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MEIO CRUEL. EMPREGO DE ASFIXIA. RECURSO QUE IMPEDIU OU DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ASSEGURAR A OCULTAÇÃO DE DELITO ANTERIOR. CRIME PRATICADO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. FRAUDE PROCESSUAL. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA MANTIDA EM SEDE DE PRONÚNCIA. MESMOS FUNDAMENTOS. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PRESENÇA. NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO NO ILÍCITO. INVIALIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE EXCESSIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A PRIMEIRA FASE DO PROCESSO. CUSTÓDIA MOTIVADA E NECESSÁRIA. MEDIDAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário

cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. **Para a ordenação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva**, reservada à condenação criminal, **mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes**.

3. **A análise acerca da negativa de participação no ilícito é questão que não pode ser dirimida em *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.**

4. **Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade efetiva do delito em tese praticado e da periculosidade social do agente, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos e pelos motivos que em tese os determinaram, sobretudo quando o réu permaneceu segregado durante toda a primeira fase do processo afeto ao Júri.**

5. Caso em que o paciente foi pronunciado, acusado de haver ceifado a vida de sua filha, uma criança de 4 anos de idade, mediante asfixia por sufocação direta, causando-lhe as lesões que ensejaram o seu óbito. E, logo após o cometimento do delito, consta que o acusado teria inovado artificiosamente o estado de lugar e de objetos, com o fim de induzir a erro juiz e perito, em processo penal não iniciado.

6. **Demonstrada a imprescindibilidade da preventiva diante da excessiva periculosidade social do paciente, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para o acautelamento da ordem pública.**

7. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há **nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia**, como ocorre *in casu*.

8. *Habeas corpus* não conhecido (...)".

Sobre a decisão da Quinta Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que manteve a cautela prisional, vale observar que também aqueles eminentes Ministros, mesmo sem conhecer o *mandamus*, **de maneira vaga e genérica** remeteram-se à ***“garantia da ordem pública”***, ***“gravidade efetiva do delito em tese praticado”*** (leia-se: gravidade da acusação) e ***“excessiva periculosidade social do paciente”***, que, frise-se desde logo, não encontra substrato nos autos para além da própria acusação.

Fato é que os motivos apontados não são suficientes para a manutenção da medida coercitiva excepcional prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal e sequer condizem com a realidade do Paciente, já bem delineada naqueles autos.

Preso há quase um ano, mediante decreto de fundamentação insuficiente e carente de requisitos, o Paciente socorre-se desse exelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL com a esperança de ver finalmente afastada a coação ilegal a que está submetido.

Difícil imaginar situação tão extraordinariamente dramática como aquela que está sofrendo o ora Paciente **R.K.E.N.**, de apenas 23 anos de idade: perdeu a filha de 4

anos em circunstâncias desgraçadamente trágicas e, a par disso, está amargando prisão preventiva sob a acusação de ser o autor dessa morte, por tudo digna da maior comiseração.

A injustiça de que está padecendo, a esta altura, já se constitui para ele em marca indelével – ainda que venha a ser reconhecida, mais tarde, a sua inocência.

Desse modo, vê-se na contingência de recorrer a Vossas Excelências, visando a restituir-lhe o que é possível neste momento – a liberdade –, mesmo que parcial e provisoriamente.

2. Faz-se necessário, antes de analisarmos os fundamentos para a manutenção de prisão preventiva por tudo ilegal, repisar brevemente os acontecimentos daquela fatídica noite em que sucedeu a morte da pequena SOPHIA KISSAJIKIAN ESTEVES NAJJAR, morte para a qual – ressalte-se – existem duas versões.

Segundo a denúncia, **R.K.E.N.**, depois de agredir sua própria filha de forma violenta, resolveu matá-la mediante sufocação, havendo praticado tamanha monstruosidade **“por motivos ainda não apurados”³** (fls. e-STJ 128/132).

O Paciente, ao ser interrogado em Juízo, assim como o fizera desde o primeiro momento, negou peremptoriamente que tenha praticado algum mal contra sua filha, explicando que ao sair do banho encontrou SOPHIA – que deixara

³ Revela sintomaticamente a acusação, *en passant*, que não obstante a pesadíssima acusação imputada ao ora Paciente não encontrou motivo para tal atrocidade.

brincando sobre a cama – estirada no chão do quarto, desacordada, com um saco plástico na cabeça (fls. e-STJ 133/177).

Encerrada a instrução do processo, os tais “motivos”, que a acusação pretendia apurar desde a denúncia, não apareceram. Ao contrário, de modo desconcertante, permaneceram incógnitos...

A prevalecer a versão apresentada na denúncia, estar-se-ia diante de um estranho homicídio sem causa, quanto mais sendo o suposto homicida o pai da vítima, pois é sabido ser o **motivo** a pedra angular de qualquer crime doloso contra a vida...

Em contrapartida, a prova produzida durante a instrução processual espelha ser o Paciente pessoa tranquila, de ótimo caráter, e que fora pai amoroso e dedicado à filha (fls. e-STJ 179/195) – o que contraria, ademais, a conclusão do acórdão ora combatido de que seria o Paciente excessivamente perigoso...

Aliás, naquele dia, em combinação e com o consentimento da mãe (o casal é separado), apanhou sua filha na escola com a intenção de passar algumas horas na sua companhia, comprometendo-se a levá-la à casa materna mais tarde, pois iria jantar com a namorada e duas amigas, tudo isso bem documentado nos autos (fls. e-STJ 196/198), o que torna a possibilidade de um homicídio em tais circunstâncias absolutamente incomprensível, e até mesmo improvável...

Pois bem. Em decorrência desses fatos, inicialmente decretou-se a prisão temporária de **R.K.E.N.**, depois convolada em preventiva (fls. e-STJ 123/127).

O Paciente sequer pôde velar sua filha, sendo retirado do velório para ser preso. É contra a manutenção dessa abusiva **prisão, que se arrasta há quase 12 meses**, que se volta o presente *writ*.

Após audiência una (que durou cerca de 12 horas), em que praticamente encerrou-se a instrução processual, inclusive com o interrogatório de **R.K.E.N.** (faltando naquela oportunidade apenas o cumprimento de duas cartas precatórias, **o que já ocorreu**), a defesa – então, já a cargo dos ora impetrantes –, repisando requerimentos elaborados por outros defensores, requereu a liberdade do Paciente mais uma vez, o que foi contrariado pela acusação pública e particular, redundando em **decisão judicial pela manutenção do encarceramento**, apesar da expressiva prova realizada para desmistificar a necessidade de mantê-lo preso e da demonstração de que as razões que fundamentaram o decreto primitivo de prisão não mais subsistiam (fls. e-STJ 202/204).

Verifique-se que a **prisão temporária** do Paciente, entre outras justificativas, foi decretada porque “*Sophia apresentava grande laceração anal, tendo ainda, sido localizada pela perícia na região pubiana da vítima, fragmento de papel higiênico, indicando que alguém tivesse, recentemente, efetuado limpeza em sua vagina, na qual também foi localizado um pelo*” (fls. e-STJ 199/201) – **fatos que se mostraram inexistentes ou**

irrelevantes, sendo rapidamente descartados pela acusação. Não obstante, a prisão temporária acabou, posteriormente, transformada em **prisão preventiva** (fls. e-STJ 123/127).

Ao decretar a prisão preventiva do Paciente – **antes de se iniciar a instrução probatória** –, a MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo/SP fundamentou sua decisão pela existência dos requisitos da garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, ainda acrescentando o “*requisito previsto no inciso I do art. 313, do CPP*”, em síntese, por se tratar **R.K.E.N.** de pessoa perigosa, cuja soltura feriria o sentimento de Justiça, gerando o descrédito do Poder Judiciário; porque solto, poderia interferir na colheita da prova e, se posto em liberdade, certamente evitaria o cumprimento da lei; e, finalmente, porque em caso de condenação a pena será superior a quatro anos, o que permite a decretação de prisão preventiva (fls. e-STJ 123/127).

Data maxima venia, nada mais equivocado.

De todo modo, antes de se renovar requerimento pela soltura do ora Paciente ou mesmo impetrar *Habeas Corpus* perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, a defesa optou por aguardar o término da instrução, confiante de que, a partir das provas produzidas sob supervisão judicial, houvesse chance de outro entendimento sobre a necessidade de manutenção da medida excepcional de força.

A esperança mostrou-se vã. Apesar de evidenciada a desnecessidade da prisão cautelar durante a instrução

do processo, e mesmo ante o argumento irrefutável de que outras restrições alternativas à prisão poderiam ser suficientes para aplacar qualquer risco (art. 319 do CPP), **foi mantida a custódia preventiva** (fls. e-STJ 202/204).

E sobrevindo novo insucesso perante a Magistrada de primeiro grau, **recorreu-se ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, com o intuito de ser, então, finalmente placada tamanha injustiça representada pela manutenção do encarceramento do Paciente.**

Injustiça, entretanto, novamente ignorada, pois a 12^a Câmara Criminal do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO julgou o presente caso simplesmente como mais um “*crime hediondo*” – sem considerar as suas peculiaridades –, ainda reforçando a inexistente “*periculosidade do agente*” (inexistente, há que se reforçar, se desconsiderada a própria acusação) e sob o imaginado “*risco que este representa para a instrução criminal*”, isto, mesmo depois de encerrada essa fase processual...

Impetrou-se, então, novo *Habeas Corpus* perante o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, onde, mais uma vez, foi o Paciente tolhido nos seus direitos, já que aquele *writ* sequer foi conhecido, não sem antes ser “sumariamente apreciado” o mérito da impetração, para se chegar às mesmas e infundadas conclusões, sempre orientadas pela “*gravidade do crime*” (que evidenciamos ser “*gravidade da acusação*”).

*

*

*

Doravante, analisemos os motivos alinhados pela colenda Autoridade Coatora para manter a prisão e as razões que impõem a sua imediata revogação.

Vejamos, pois, no que se resumiu o acórdão que, novamente, impediu a soltura do Paciente:

“(...) No tocante aos fundamentos da prisão preventiva, infere-se que a custódia se encontra devidamente embasada no previsto no art. 312 do CPP, mostrando-se imprescindível para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do recorrente, bem demonstrada pela gravidade diferenciada das circunstâncias em que ocorreram os fatos criminosos, merecendo destaque que a prisão foi mantida, inclusive, em sede de pronúncia.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada ‘*para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade.* [...] *A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública’, ‘quando se tutelará, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa’* , deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, *Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer*, 4^a ed., São Paulo: Atlas, 2012).

Na espécie, o recorrente foi denunciado, porque, valendo-se de meio cruel, utilizando-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, objetivando assegurar a ocultação de delitos anteriormente cometidos e em situação de violência doméstica, teria ensejado o óbito de sua filha, que contava 4

anos de idade na época, mediante asfixia por sufocação direta, bem como, por fraude processual, uma vez que logo após o cometimento do delito, o acusado, teria inovado artificiosamente o estado de lugar e de objetos, com o fim de induzir a erro juiz e perito, em processo penal não iniciado.

Segundo narrado na exordial acusatória, o delito foi praticado envolvendo violência doméstica e familiar, do pai contra a filha, que contava com 4 (quatro) anos de idade, sendo que no dia dos fatos, após buscar a vítima na escola em que estudava, e ao retornar à sua residência: ‘*por motivos ainda não apurados, o denunciado R. agrediu violentamente a sua filha Sophia, desferindo-lhe golpes com agente contundente, fato que lhe ocasionou ferimentos (equimoses)*

pelo corpo [...]’ e, ainda que a ofendida ‘foi morta depois de violentamente agredida (inclusive com concessão e hematoma cerebral e rotura de membrana timpânica), quando, sem pôde, oferecer qualquer tipo de resistência, foi sufocada pelo próprio pai, sozinha dentro de sua própria casa (e-STJ fls. 130).

Consta ainda, que o acusado objetivando ‘*garantir a ocultação dos delitos anteriormente praticados contra Sophia [...]’*, simulou ‘*que a morte ocorrerá por acidente*’, porquanto, teria estancado ‘*o sangramento que escorria da orelha esquerda da vítima, utilizando-se de papel higiênico o que criou um ‘coágulo em região do 1/3 médio do conduto auditivo esquerdo [...], limpou o sangue do corpo da vítima e o que havia escorrido no local.*’ Instantes depois, ‘*pegou uma sacola plástica e a colocou na cabeça da vítima, para simular que ela sozinha e por acidente se asfixiou. Em seguida, [...] ligou para o Samu, dizendo que achava que a filha estava morta. Alegou que havia entrado no banho, com a porta aberta e, quando saiu, cerca de 10 minutos depois, encontrou a vítima com a sacola plástica na cabeça e já imóvel*’, sendo

certo, ademais, que ‘conforme laudo pericial, as lesões constatadas em Sophia, não são compatíveis de terem sido produzidas “somente por saco plástico em região de face como instrumento causador destas lesões, pois estas foram produzidas por ação de agente contundente’ (e-STJ fls. 128-131).

Com efeito, as particularidades acima descritas, somadas, certamente evidenciam a reprovabilidade diferenciada da conduta incriminada, bem como a índole violenta do agente, e, via de consequência, a sua real periculosidade, mostrando que a prisão é mesmo devida para o fim de se acautelar o meio social, pois evidente o risco que representa à ordem pública, caso seja libertado, revelando o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão preventiva.

.....

Neste contexto, a prisão preventiva está suficientemente embasada e merece ser mantida, principalmente a bem da ordem pública, constantemente abalada por condutas violentas como a que ora se examina, afastando o suposto constrangimento de que seria vítima o recorrente.

Destaca-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Por fim, cumpre ressaltar que se revela indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada na gravidade e efetiva do delito e na periculosidade social do agente, bem demonstradas no caso dos autos, e que levam à conclusão pela insuficiência da providências diversas para acautelar a ordem pública, até porque, como vem decidindo esta Corte

Superior: ‘Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime’ (HC 261.128/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013).

Dessa forma, presentes os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra qualquer ilegalidade passível de ser sanada de ofício por este Superior Tribunal, quanto ao ponto. Ante o exposto, **não se conhece** do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível na espécie (...)” (fls. e-STJ 371/385 – grifamos).

3. Enfatiza genericamente a decisão ora guerreada – uma vez mais – que o crime é grave...

A gravidade está diretamente relacionada à acusação e, portanto, balizada pelo tratamento penal a ela correspondente: classificação como crime hediondo e cominação de penas elevadíssimas. Assim compreendida, obviamente não serve como motivo de custódia cautelar.

Ademais, atrelar a gravidade do fato imputado à necessidade da cautela prisional é o mesmo que reativar, reviver, a malfadada prisão compulsória, em boa hora banida do nosso ordenamento jurídico, pois acusação de crime grave – a valer tal raciocínio – sempre implicaria o encarceramento como

consequência obrigatória, isto atentando contra a sistemática da prisão cautelar como exceção à regra da liberdade.

Veja-se, a esse respeito, recentíssima decisão do eminente Ministro CELSO DE MELLO, que avalia a desnecessidade da prisão preventiva em razão da gravidade do crime, calcada, aliás, em parecer ministerial:

“(...) O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **ao opinar pela concessão** da ordem de “*habeas corpus*”, **formulou parecer** que está assim fundamentado:

‘O pleito deve ser concedido. Se não mais subsiste a prisão preventiva obrigatória, não se pode cogitar de categorias de crimes que seriam essencialmente mais graves que outros e, portanto, passíveis da medida. O que autoriza é a conduta concretamente realizada e as circunstâncias que a envolvem. De outro giro, tampouco há que se cogitar de um modelo abstrato de periculosidade ou de determinadas categorias de pessoas predispostas ao crime, tal como pretendia Lombroso. Também aqui a periculosidade há de ser vista a partir da conduta do agente e de sua história de vida.

.....

De resto, a decisão que decretou a prisão cautelar não apontou, minimamente, conduta do paciente que pudesse colocar em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal. Além disso, contrariou entendimento firmado por essa Corte no sentido de ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06. E a gravidade abstrata do delito não serve de mote à preventiva, conforme pacífica jurisprudência.

.....

É por isso que esta Suprema Corte **tem censurado** decisões que **fundamentam** a privação cautelar da liberdade no

reconhecimento de fatos **que se subsumem** à própria descrição abstrata dos elementos **que compõem** a estrutura jurídica do tipo penal:

‘(...) PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (...).’ (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, **do instituto da tutela cautelar penal**, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, **quando in corrente** hipótese que possa justificá-la:

‘Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).

O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as consequências. Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato.’

(RTJ 137/287-295, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Impende assinalar, por isso mesmo, **que a gravidade em abstrato** do crime, **qualquer que seja**, **não basta para justificar**, só por si, a **privação cautelar** da liberdade individual *de qualquer paciente*.

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido** que a natureza da infração penal **não se revela** circunstância apta, “per se”, a

justificar a privação cautelar do “*status libertatis*” **daquele que sofre** a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, ainda que o delito imputado ao réu seja classificado como crime hediondo ou constitua espécie delituosa a este legalmente equiparada (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 182/601-602, Red. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

.....

Desse modo, a prisão cautelar, para legitimar-se 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 presença de indícios suficientes 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 (...)’ (...)” – decisão proferida nos autos do HC nº 132.615-SP aos 01.07.2016 – grifos do original.

No mesmo sentido:

“(...) **Prisão preventiva. Fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal. Inidoneidade. Gravidade em abstrato do delito, que não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente. Precedentes. Ordem concedida para substituir a prisão cautelar das recorrentes por medidas cautelares de la diversas. Recurso provido.** (...) 4. Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente. Precedentes. (...)” (STF, RHC

117493/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T., DJ 28.08.13 – grifos nossos).

“(...) HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. (...). PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – INSUBSISTÊNCIA. Fica longe de respaldar a prisão preventiva a gravidade da fundamentação, devendo o órgão julgador atentar para o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem implementada de ofício (...)" (STF, HC 107316/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 1^a T., DJ 28.02.13 – grifos nossos).

“(...) II – Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. (...)" (STF, HC 110132/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2^a T., DJ 15.05.12 – grifos nossos).

O posicionamento doutrinário não é diferente:

“(...) toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.

Todos conhecem as críticas feitas por Carrara, quando afirmava que a prisão preventiva (*lato sensu*) deprime e abate o sentimento de dignidade pessoal de quem é ferido por uma

mancha imerecida, depois de haver levado uma vida honesta e inocente (*Opusculi*, v. 4, p. 299).

Todos conhecem os ensinamentos de Filangieri e de Mário Sala, este mais radical ainda, pois chegava a pregar a abolição da prisão preventiva (*Studi legislative sul cárcere preventivo, Rivista Penale*, 2/138). Além disso, é sabido o perigo que representa o encarceramento de cidadãos não reconhecidamente culpados junto a réus condenados (...)"⁴.

A acusação que pesa contra o Paciente é mesmo grave, aliás, gravíssima – não poderia ser pior. E a morte da pequena SOPHIA, uma tragédia inominável. Ninguém em sã consciência haverá de refutar essa realidade.

Todavia, o crime e sua autoria ainda têm de ser provados no curso do processo. O Paciente nega que tenha praticado tamanha atrocidade, e sua versão de morte accidental não pode ser aprioristicamente descartada, não apenas pela prova produzida na instrução processual, mas, também, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência.

É preciso lembrar que neste caso, diferentemente de outros em que há réus confessos ou surpreendidos em situação de flagrância, não existe aqui prova segura e indisputável de que o Paciente **R.K.E.N.** seja mesmo autor de homicídio contra a própria filha, o que indica o cuidado que se deve adotar na análise da situação concreta para mantê-lo preso antes de apreciada a sua eventual culpabilidade.

⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo penal*, 3º v., 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.476.

De outro lado, a revogação da prisão preventiva não implica reconhecimento de que seja o Paciente inocente ou que mereça louvores. Nada disso: a libertação almejada corresponde ao atendimento da sistemática legal vigente e tem pertinência com questões processuais, que não se misturam com o mérito.

Soltá-lo não significa dar guarida à versão de morte acidental. Mas, em contrapartida, mantê-lo preso nas circunstâncias atuais afigura-se como pena antecipada por acusação que ainda precisa ser provada!

4. A suposição de que o Paciente é *pessoa perigosa*, violenta, agressiva, desvaneceu completamente em razão dos inúmeros registros em contrário, colhidos sob o pálio do contraditório (fls. e-STJ 179/195).

A instrução processual encarregou-se de demonstrar que o Paciente, definitivamente, não é perigoso, nem violento, tratando-se, ao reverso, de pai amoroso e dedicado, pessoa afável e emocionalmente equilibrada, isto sendo afirmado por diversas pessoas de seu habitual convívio ouvidas em Juízo (fls. e-STJ 179/195).

Cabe anotar que não existe um único episódio de violência, ínfimo que seja, do Paciente contra SOPHIA, e isto precisa merecer consideração de Vossas Excelências. O evento morte não foi a conclusão ou o desdobramento de um roteiro macabro, mas fato absolutamente isolado e desconectado do

histórico normal que vinha se desenvolvendo até o fatídico acontecimento letal. Daí a perplexidade gerada pela ausência de motivos para o ato insano de que está sendo acusado o Paciente.

Basta consultar os expressivos depoimentos prestados por diversas testemunhas na audiência instrutória para obter a certeza de que **R.K.E.N. ostenta todas as condições pessoais para aguardar seu julgamento em liberdade ou, na pior das hipóteses, em prisão domiciliar, entre outras possibilidades que a lei faculta, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal** (fls. e-STJ 179/195), não se justificando o acórdão ora combatido no que se refere “à gravidade efetiva do delito e da periculosidade social do agente”, pois, como já exaustivamente verificado, trata-se, sim, de acusação gravíssima, ainda pendente do devido julgamento, a qual não pode ser previamente consentida como conduta efetivamente praticada pelo Paciente, de forma a mantê-lo preso por ser considerado socialmente perigoso, sem qualquer outro fato que possa corroborar essa vã afirmação.

5. Repisando ainda a impropriedade da decisão proferida pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, verifica-se que claramente aquela Corte **manteve o encarceramento provisório do ora Paciente também em razão do risco que ele representaria para a instrução criminal caso posto em liberdade...**

Fato é que bem antes do julgamento daquele mandamus, a instrução já se havia encerrado (fls. e-STJ 327/328)!

Além do mais, *data maxima venia*, a egrégia Quinta Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA não avaliou a vida pregressa do Paciente e sua efetiva conduta apurada nos autos, limitando-se a afirmar que suas condições pessoais não ensejariam a revogação da medida extrema.

A instrução criminal acabou. Com ela perdeu-se mais um fundamento para manter a prisão cautelar. Não cabe mais o argumento de que a liberdade afetará a **conveniência da instrução criminal**.

Conforme já decidiu esse exelso TRIBUNAL:

“(...) PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se 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. (...) A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal

não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. (...) PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinqüir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira para obstruir, indevidamente, a regular tramitação do processo penal de conhecimento. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem

do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal” (...)” (STF, HC 92751/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a T., DJ 22.10.12 – grifos nossos).

“(...) Hipótese na qual a prisão preventiva do recorrente foi mantida pelo Tribunal *a quo* com base em sua suposta periculosidade, bem como no fato de que ‘um dos crimes é de extrema gravidade e considerado hediondo’.

– Esta Corte é assente no sentido da inidoneidade de fundamentos que se limitam à consideração sobre a hediondez e gravidade abstrata do delito para a decretação da prisão preventiva (...)”⁵.

Não parece razoável determinar a prisão com base no que “se convencionou denominar *clamor público*, entendido como a repressão midiática do crime, invariavelmente objeto de leituras tendentes ao sensacionalismo retórico”⁶, como já sustentado.

AURY LOPES JÚNIOR critica a invocação da garantia da ordem pública, e faz reparos importantes sobre os critérios de que se utilizam as autoridades para decretar prisão como a do Paciente, a sugerir aprofundada reflexão:

“(...) Garantia da ordem pública: por ser conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua

⁵ STJ – RHC 39.764/SP, Min. Marilza Maynard (convocada), julgado em 22.10.2003.

⁶ Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência / Eugênio Pacelli de Oliveira, Douglas Fischer, São Paulo: Atlas, 2012, p.626.

vagueza e abertura, é fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer. Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a ‘tranquilidade’. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseiros, invocam a ‘gravidade’ ou ‘brutalidade’ do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à ‘credibilidade das instituições’ como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a ‘crença’ no aparelho estatal repressor.

Quanto à prisão cautelar para garantia da integridade física do imputado, diante do risco de ‘linchamento’, atualmente predomina o acertado entendimento de que é cabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável. Por fim, há aqueles que justificam a prisão preventiva em nome da ‘credibilidade da justiça’ (pois deixar solto o autor de um delito grave geraria um descrédito das instituições) e, ainda, no risco de reiterações de condutas criminosas. Esse último caso se daria quando ao agente fossem imputados diversos crimes, de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir. Com maior ou menos requinte, as definições para ‘garantia da ordem pública’ não fogem muito disso. (...)"⁷.

A partir dessas considerações, cabe dizer que a invocação da **garantia da ordem pública** para manter a medida

⁷ Lopes Jr., Aury, Direito processual penal, São Paulo: Saraiva, 2014, p.854.

cautelar contra o Paciente não merece acolhimento, antes implicando a necessidade de se revogar a sua prisão preventiva.

Como se há de observar, por mais grave que seja a acusação – isto sendo indisputável –, a eventualidade de que possa existir algum clamor público com a soltura do Paciente não pode servir de justificativa à manutenção da prisão preventiva.

O sentimento de Justiça e o prestígio do Poder Judiciário serão tanto maiores e melhores na exata medida do cumprimento da lei, e, diante das circunstâncias fáticas e legais, em que se insere o Paciente, a exigência legal é de ser revogada a medida cautelar, pela atual inexistência de requisitos que possam permitir a sua manutenção.

A Justiça, mercê da qualidade de seus integrantes, por suas tradições, pelo empenho cotidiano dos juízes e servidores para cumprir sua honrosa missão apesar de tantas dificuldades, não pode estar vinculada, em hipótese alguma, à manutenção de uma prisão cautelar sem motivo ou utilidade processual, sugerindo esta situação, mais do que tudo, indesejável e deprimente modalidade de punição antecipada.

Se a apreciação que os jurisdicionados fazem da nossa Justiça estivesse na dependência de se manter a prisão do Paciente, mesmo que desnecessariamente, como verdadeiro *bode expiatório*, é possível crer que ele próprio, e até os impetrantes, seriam capazes de concordar com o seu sacrifício em prol de um bem maior... Mas, à custa de muito trabalho, incansável dedicação, preparo intelectual, entre outras tantas virtudes que se poderia

referir, o Poder Judiciário detém prestígio por méritos e realizações bem mais nobres, e não precisa empenhar os postulados legais da prisão antecipada para disso retirar algum crédito ou benefício.

Atualmente, aquela triste morte já deixou de pautar a mídia sedenta de sangue. E a notícia sucumbiu a outras tragédias que assolam a sociedade diuturnamente.

Por outro lado, o Paciente, apesar da pouca idade, vinha cumprindo com suas obrigações de pai, na medida de suas possibilidades – e saindo-se bem, inclusive. Isto emerge da prova produzida nos autos. Não se tem notícia de que tenha faltado à pequena SOPHIA. Ninguém ousou dizer que, antes daquele malfadado dia, ele tivesse feito algum mal a ela, mas foi afirmado, enfaticamente, o contrário.

A instrução do processo encerrou-se e não houve incidente ou algum outro fato que pudesse aconselhar a prisão antecipada como forma de cautela para o processo ou para o meio social em que está inserido o Paciente. Não existe algum fato concreto que se possa relacionar aos requisitos legais da prisão preventiva.

A sua vida pregressa, antes de sugerir alguma restrição cautelar, revela ter ele todas as condições pessoais para aguardar seu julgamento em liberdade.

6. Há, ainda, duas questões a merecer exame acurado por parte de Vossas Excelências.

Para rebater as conclusões a que chegou a acusação servindo-se da perícia oficial⁸, a defesa arrolou insuspeito Médico Legista, cujo histórico profissional fala por si mesmo. Trata-se do Professor **NELSON MASSINI**.

Pois bem, aquela autoridade nas questões que envolvem a causa trouxe elementos que também se ajustam à versão apresentada pelo Paciente (fls. e-STJ 208/246).

Não se pretende, nesta via imprópria, estabelecer debate sobre tais elementos. Mas, sua evocação serve apenas para demonstrar que é preciso ter muito cuidado ao analisar os fatos e, mais ainda, para decidir sobre manter preso o Paciente, sem uma definição sobre a sua real culpabilidade.

Por derradeiro, cumpre verificar que a prisão, a partir do advento do novo artigo 319 do Código de Processo Penal, não se apresenta como única medida para realizar o acautelamento da sociedade. Antes disso, há verdadeiro manancial de opções, as quais podem ser utilizadas com eficiência, sem se chegar ao extremo de ceifar a liberdade antecipadamente, ainda mais em caso duvidoso como o dos autos – um suposto homicídio sem causa.

Inclusive é de se recordar que o genitor do Paciente, ao ser ouvido em Juízo, ofereceu-se para receber o filho

⁸ É preciso observar que não existem outros elementos de convicção em relação à autoria do crime, senão os achados periciais.

em prisão domiciliar (fls. e-STJ 247), abrindo mais uma possibilidade para retirar o jovem **R.K.E.N.**, o quanto antes, do deletério ambiente do cárcere.

7. **O Pedido Liminar** aqui, como sói acontecer, confunde-se com o mérito do *writ*.

Mas, assim mesmo, nada obsta que ao tomar conhecimento do constrangimento ilegal a que está submetido o Paciente, ainda em razão do longo tempo que já vai durando a sua prisão cautelar – quase 12 meses –, conceda-se a liberdade, liminarmente, deixando ao colegiado a decisão final sobre a efetiva concessão da Ordem.

Assim pode e deve agir a Autoridade Judiciária, a teor do que determina o artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal, e mesmo em atenção ao artigo 660, § 2º, do Código de Processo Penal.

Estão presentes o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, apontando para a necessidade de se adotar a medida liminar *ad cautelam*.

O bom direito decorre dos próprios argumentos detalhadamente expostos no corpo da impetração. E o perigo do perecimento do direito, pelo decurso do tempo, se perfaz a cada dia de prisão ilegal e desnecessária.

Evidente que o prejuízo a impor a tutela de urgência não é retórico, mas fato concreto, a merecer imediata

atuação jurisdicional para fazer cessar, *incontinenti*, o constrangimento ilegal com a concessão da liminar e a consequente expedição de alvará de soltura.

8. Ante o exposto, o Paciente **R.K.E.N.** aguarda a concessão da medida liminar e, posteriormente, a concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* para afastar prisão cautelar injusta, desnecessária e de motivação inidônea, fazendo cessar o grave constrangimento ilegal a que está submetido.

Alternativamente, para a hipótese, remota todavia, de a revogação da prisão preventiva parecer excessivamente branda, seja implementada solução entre as medidas previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal .

São Paulo, 22 de novembro de 2016

Antonio Ruiz Filho – OAB/SP 80.425

Mariana Motta – OAB/SP OAB/SP 285.881