EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ NABUCO GALVÃO DE BARROS FILHO, brasileiro, advogado, inscrito na OAB, Secção de São Paulo, sob o nº 147.285, com endereço na cidade de São Paulo, na Rua ....., nº..... – 10º andar, vem, respeitosamente, com fundamento no art. 5º, LXVIII, e art. 647 do Código de Processo Penal, perante Vossa Excelência, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS,
com pedido liminar,

em favor de **N.P.N.,** brasileiro, convivente, com residência na rua ...., nº ..., Jd. ....., , São Paulo-SP, que se encontra sofrendo constrangimento ilegal, por parte do MM. Juiz de Direito do 1º Tribunal do Júri da Comarca da Capital, **caracterizado pela decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem justa causa e sem fundamentação idônea**, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público (00000**-**.2014.8.26.****), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. OS FATOS

N.P.N. foi denunciado por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, CP), por ter matado, com um golpe de faca, **M.H.S.**. Além disso, é acusado de ter ofendido a integridade corporal de **T.B.S.** (art. 129, *caput*, CP).

Tal fato se deu dentro da casa do paciente, onde mora com sua companheira **A.M.S.**.

No dia 07 de janeiro, a enteada do paciente, **T.B.S.** e seu namorado **M.H.S.**, foram até a casa do paciente e lá iniciaram uma discussão. Segundo **T.B.S.** afirma em seu depoimento, **M.H.S.** chegou a dizer para o paciente "ir embora de lá".

Segundo o interrogatório policial, o paciente foi agredido com três socos por **M.H.S.**, que o tentou arrastar para fora da cozinha, onde se encontravam. Nesse momento, **N.P.N.** pegou uma faca que estava na cozinha e desferiu um golpe na vítima, que veio a causar sua morte.

Após isso, foi agredido por outras pessoas, tendo que se refugiar no banheiro, de onde saiu quando a polícia chegou. Por estar ferido, foi levado pelos policiais ao Pronto Socorro, onde passou por exames e foi liberado, para que fosse à Delegacia de Polícia para ser lavrado o auto de prisão em flagrante.

Encaminhada a cópia do flagrante ao 1º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, a MM. Juíza, sem que houvesse

requerimento do representante do Ministério Público, decidiu converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos seguintes termos:

> **"É o caso de se converter a prisão em flagrante em prisão cautelar. Com efeito, o autuado foi preso em situação forma de flagrância, logo após cometimento de delito de suma gravidade, daqueles que mais assolam a sociedade paulistana e que atenta contra o bem jurídico de maior relevância do ordenamento pátrio. Ademais, os fatos ocorreram no contexto de convivência familiar do indiciado, não havendo qualquer certeza de que, em liberdade, não retornará para o local em que residia, vindo a ter contato direto com a vítima e testemunhas. Os autos também noticiam a existência de discussões anteriores entre indiciado e vítima e também de agressões daquele em relação à companheira dele. Assim, a sua liberdade coloca em risco a ordem pública e também a instrução processual que se realizará futuramente. Por ora, nenhuma das medidas alternativas previstas em lei mostra-se adequada para a substituição da prisão cautelar. Por tais motivos, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva. Expeça-se mandado de prisão."** (doc. 09 - no apenso)

Oferecida denúncia, o paciente está sendo acusado de homicídio qualificado, por motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Posteriormente, quando seus defensores ingressaram nos autos, foi requerida a concessão da liberdade provisória, com a argumentação de que o paciente é pessoa honesta e trabalhadora, de que há indícios fortes de que agiu em legítima defesa e que sua esposa, em declaração manuscrita, negou categoricamente ter sofrido algum tipo de agressão cometido pelo paciente.

A presente ordem de *Habeas Corpus* visa cessar o constrangimento ilegal que está sofrendo, com a decretação da

prisão preventiva, requerendo sua revogação e a consequente concessão da liberdade provisória.

2. DA ILEGAL DECRETAÇÃO *EX OFFICIO* DA PRISÃO PREVENTIVA, ANTES DO INÍCIO DA AÇÃO PENAL

Consoante redação do art. 311, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só poderá ser decretada de ofício, durante o curso da ação penal. Durante a fase do inquérito policial, a prisão preventiva não poderá ser decretada, sem o requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou mediante representação da autoridade policial.

Não se pretende, aqui, entrar na questão sobre a compatibilidade entre a decretação da prisão preventiva e o sistema acusatório. Apenas se está impugnando a conversão do flagrante em prisão preventiva, no caso concreto, **durante a fase do inquérito policial**, já que o inquérito foi recebido e sequer foi encaminhado ao representante do Ministério Público. No dia 08 de janeiro foi feita a prisão em flagrante e no dia 09 de janeiro foi decretada a prisão, sem que houvesse qualquer requerimento do Ministério Público (doc. 01).

Posteriormente, no momento do oferecimento da denúncia (doc. 04) a i. representante do Ministério Público nada requereu sobre a prisão preventiva e ao receber a denúncia, a MM. Juíza nenhuma menção fez à prisão.

A redação do art. 311 é clara ao admitir a prisão decretada de ofício, exclusivamente, no curso da ação penal.

NUCCI é claro ao dizer que a "modificação introduzida pela Lei 12.403/2011 **é vedar a decretação da preventiva, de ofício, durante a investigação**."[1]

Nesse sentido, é a lição de ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

> **"Agora, com a reforma implementada pela Lei 12.403/2011, o poder de o juiz decretar de ofício não mais abrange as duas fases da persecução (pré-processual e processual), mas somente no curso da ação penal. Conclusão: na fase da investigação, o juiz, para decretar a preventiva, depende de provocação."**[2]

No mesmo sentido GUSTAVO BADARÓ:

> **"No que toca ao juiz, a Lei nº 12.403/2011 restringiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio*, o que somente poderá ocorrer no curso da ação penal (CPP, art. 311, c.c. o art. 282, § 2º)."**[3]

Por fim, AURY LOPES JÚNIOR[4] e RENATO MARCÃO[5] possuem entendimento idêntico aos citados autores.

Nem se alegue que após o início da ação penal, quando analisou requerimento postulando a concessão da liberdade provisória, o MM. Juiz colheu a manifestação do Ministério Público. Ocorre que tanto a manifestação do Promotor de Justiça

---

[1] **Processo Penal Comentado.** 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 667.
[2] SANCHES CUNHA, Rogério [et al.] coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.
[3] BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 732.
[4] LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas:** Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.
[5] MARCÃO, Renato. **Prisão cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

(doc. 06)[6] como a decisão judicial (doc. 08)[7] não contiveram qualquer fundamentação, pois se limitaram a dizer que os fundamentos anteriores "ainda persistem".

Obviamente, tratando-se de manifestação ministerial e decisão judicial vazias, sem qualquer uso de qualquer argumentação concreta, não tem o condão de substituir a decisão de ofício anteriormente decretada.

Assim, é de rigor a revogação da prisão preventiva, já que ilegalmente decrtada.

3. DA PRESENÇA DE INDÍCIOS DE LEGÍTIMA DEFESA

Uma análise singela dos autos permite concluir que há fortes indícios de que o paciente agiu em legítima defesa.

Conforme se verifica da denúncia, a ação foi praticada na própria residência do acusado, que fora invadida pela vítima **M.H.S.** e outros jovens. O réu foi violentamente agredido, tanto que teve que ser socorrido no Pronto Socorro do Hospital Municipal do Campo Limpo (docs. 03-A)

---

[6] Manifestação do Promotor de Justiça, Fabiano Pavan Severiano: "Os motivos de fato e de direito que resultaram na prisão preventiva do réu ainda estão presentes, razão pela qual a prisão deve ser mantida."

[7] Manifestação da juíza Marcela Raia de Sant´Anna: "Os fundamentos que ensejaram a conversão da prisão em flagrante do réu em prisão preventiva (fls. 63 do apenso) ainda persistem, não tendo havido qualquer alteração fática ou processual a ensejar a mudança de posicionamento deste juízo."

No seu interrogatório policial, o paciente, de 64 anos, afirma que agiu em **legítima defesa** porque estava sendo agredido pela vítima **M.H.S.**, namorado de sua enteada, **T.B.S.**, bem como ele estava acompanhado de amigos, todos jovens, que pretendiam agredi-lo.

Disse o paciente:

> **"surgiram em sua casa a filha de Andréia de nome T.B.S., o namorado dela, de nome M.H.S., e mais cinco outros desconhecidos; que então M.H.S. sem nada dizer lhe acertou dois socos no rosto e começou a tentar arrastá-lo para a rua, no intuito de que fosse agredido também por outras pessoas, momento em que M.H.S. lhe acertou mais um soco, desta vez, no olho, que começou a sangrar, e tentou puxar novamente, que como havia ficado meio tonto, devida a agressão e por temer que M.H.S. conseguisse colocá-lo para fora da casa, pegou uma faca e o golpeou uma única vez, na barriga; que não desejava matá-lo, que somente queria que eles fossem embora e temia o que poderia vir a acontecer;"**

Os policiais Militares, **W.C.M. Júnior** (doc. 01) e **T.P.P.** (doc. 02), que atenderam a ocorrência noticiam que ao chegarem no local do fato ouviram relato de que a vítima **M.H.S.** havia agredido o paciente **N.P.N.**.

A companheira de **N.P.N.**, **A.M.S.**, em seu depoimento policial relatou que tendo chegado logo após a facada, presenciou o paciente sendo agredido por várias pessoas.

Em documento enviado pela Polícia Militar, consistente no chamado *hard copy*, que registra a chamada atendida pelo COPOM, há a notícia da existência de "briga entre

familiares onde o autor **N.P.N.** foi agredido por **M.H.S.** e outros indivíduos" (doc. 07)

A corroborar a versão de que se defendeu legitimamente de agressão, deve ser observada a diferença de idade entre o paciente, 64 anos, e a vítima, o jovem namorado de sua enteada. Bem como o fato de que o paciente sofreu lesões corporais no rosto, tanto que foi levado pelos policiais ao Pronto Socorro do Hospital Municipal do Campo Limpo, onde permaneceu das 02:08 às 04:50, tendo sido submetido a exame de imagem, para verificação da gravidade das lesões.

Acrescente-se, ainda, que **M.H.S.** invadira a casa do paciente. Segundo a própria namorada da vítima — residente em outro endereço[8] — **M.H.S.** disse para o paciente "**ir embora de lá**". Tal circunstância é forte indício de que ele havia invadido aquela casa para agredir o acusado.

Desse modo, sofrendo uma injusta e violenta agressão à sua integridade física, o acusado pegou na cozinha uma faca, utensílio doméstico que tinha à mão, e desferiu um só golpe na vítima, o que evidencia o uso moderado dos meios necessários para repelir a agressão atual, circunstâncias caracterizadoras da legítima defesa.

Como se vê, há fortes indícios de que o réu agiu em legítima defesa.

Neste momento, não se pretende o reconhecimento de tal excludente de antijuridicidade, mas apenas que tal fato deve ser considerado na avaliação deste pedido de liberdade provisória.

---

[8] T.B.S. declarou residir na Rua Profª Nina Stocco, nº 136, casa 12, Jd. Catanduva (fls. 08)

Nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, são pressupostos da prisão preventiva, a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." Como se sabe, crime é a conduta típica, ilícita e culpável, razão pela qual se houver demonstração de que está configurada uma excludente de ilicitude, inexiste o pressuposto da prisão preventiva.

Ademais, o art. 314, CPP é expresso no sentido de que a prisão preventiva não será decretada se o juiz constatar "ter o agente praticado o fato" albergado por uma das excludentes de ilicitude (art. 23, CP).

Nesse sentido, AURY LOPES JR. sustenta que é necessária "prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável." Por isso, "no momento da análise sobre o pedido de prisão preventiva, o juiz deve considerar que o crime é a ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da **ilicitude** e da culpabilidade."[9]

Leciona GUSTAVAO BADARÓ que o *fumus comissi delicti* pressupõe "a inocorrência de **excludentes de ilicitude**".[10]

Diz, ainda, o citado autor.

> **"Evidente que, nesse contexto, se, no curso da investigação ou do processo, estiver provada ou mesmo houver fundada dúvida não apenas sobre a existência do crime, mas também sobre as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, haverá uma injustificada**

[9] LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas:** Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 74.
[10] BADARO, Gustavo. Processo Penal. Campus, p. 739.

> **limitação da liberdade pessoal do acusado se lhe for imposta ou mantida uma medida cautelar, em especial, a prisão preventiva."[11]**

GUILHERME NUCCI, comentando o art. 314, CPP, afirma que basta a existência de dúvidas sobre a presença da excludente de ilicitude, para a vedação da prisão preventiva:

> **"Logicamente, não se exige, nesse caso, a perfeita constatação de que a excludente estava presente, mas indícios fortes da sua existência."[12]**

Em resumo, a sistemática da prisão cautelar não permite a decretação da prisão preventiva, quando houver indícios de que o autor do fato agiu em hipótese de excludente de ilicitude. No caso concreto, os indícios são fortes no sentido de estar presente a legítima defesa. O paciente é idoso, 64 anos, e foi comprovadamente agredido dentro de sua própria casa, invadida pela vítima. Foi dado apenas um golpe, usando uma faca de cozinha, evidenciando que o paciente usou os meios necessários, valendo-se do instrumento que tinha à mão na cozinha. Tal meio foi usado com moderação, ou seja, apenas um único golpe, que era o necessário para repelir a injusta agressão que sofria.

Por tais razões, é de rigor a concessão da ordem de *Habeas Corpus*.

---

[11] BADARO, Gustavo. Processo Penal. Campus, p. 740 — grifo nosso.
[12] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 686.

4. DA DESNECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR E A SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

É clara, na nova sistemática da prisão cautelar, introduzida pela Lei 12.403/2011, a excepcionalidade da prisão preventiva, que só pode ser decretada ante a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no Código de Processo Penal.

Nos termos do art. 310, II, CPP, a prisão preventiva só deve ser decretada se "**se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão**", consagrando o caráter excepcional da prisão. Ainda mais incisivo, é o § 6º, do art. 282, CPP: "**A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar".**

Nunca é demais lembrar o conceito doutrinário de **necessidade**:

> **"Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido."**[13]

Notadamente as medidas previstas nos incisos II e III, do art. 319, que é a proibição de acesso a determinados lugares, qual seja o bairro onde ocorreu o crime, e de manter contato com pessoa determinada, seja a suposta vítima da lesão

[13] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Apud:* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual:** Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

corporal, sejam as testemunhas, são suficientes para assegurar a garantia da ordem pública e a instrução criminal.

Por tais razões, é de rigor a concessão da liberdade provisória.

5. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO.

É sabido que a doutrina[14] e jurisprudência[15-16] tratam a prisão preventiva como uma medida de caráter excepcional, cabível se houver algum indício — e não mera suposição — de que o acusado irá evadir-se, impedir a lisura na produção de provas ou se houver indícios da probabilidade de que irá reiterar na atuação criminosa.

Inexiste, no caso concreto, qualquer hipótese que justifique a prisão preventiva.

Inicialmente, é preciso destacar que o réu, de 64 anos, é homem trabalhador, exercendo a profissão de motorista e manobrista, e não é dedicado à atividade delitiva. Conforme atesta sua CNTPS sempre trabalhou honestamente (doc. 05-B).

---

[14] LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas:** Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 28 e ss.

[15] **"A prisão preventiva — enquanto medida de natureza cautelar — <u>não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou réu</u>. A prisão preventiva não pode — e não deve — ser utilizada, pelo Poder Público, <u>como instrumento de punição antecipada</u> daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade..."** (STF — HC 80.719-SP — Rel. Min. CELSO DE MELLO — informativo do STF n. 243, 3.10.2001, p. 3 *In*: AMARO, Mohamed. **Código de Processo Penal na expressão dos Tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 353.)

[16] "**prisão provisória é exceção, a regra é a liberdade**. (STJ — RHC 17.105-0-SP — Rel. Min. NILSON NAVES — 6a T. — J. 16.6.2005 — BSTJ, 2006, 4/61)"

Quando estava já próximo de sua aposentadoria, viu-se envolvido em uma briga, no contexto de desentendimentos decorrentes de sua relação com sua enteada.

Não há, nos autos, o mais tênue indício de que o paciente é pessoa violenta.

É falsa a afirmativa da enteada, de que réu agredia frequentemente sua mãe, esposa dele.

Isso se verifica nadeclaração feita de próprio punho por sua esposa, **A.M.S.**, datada de 12/02/2014 (doc. 05-A), nos seguintes termos:

> **Eu A.M.S. afirmo para senhor Juiz que meu marido e um bom pai e marido já estou com ele a 14 anos nunca foi acredida pois ele é uma otima pessoa muito calmo tem muitos amigos. Ele trabalhador ele foi acredido por mais de 5 pessoas. Ele só foi uma vítima.**
>
> **Ass. A.M.S.**
>
> **(sic)**

Transcrita fielmente, o texto revela uma declaração feita livremente, a pedido dos defensores, com a espontaneidade de uma mulher simples que desmente a alegação da própria filha. Nessa declaração, **A.M.S.**, que segundo sua filha **T.B.S.**, sofreria frequentemente com a violência do acusado, deixa claro que vive com seu esposo há 14 anos e nunca sofreu agressões.

Isso desmonta a alegação de **T.B.S.** de que sua mãe sofreria constantes agressões e evidencia a inconsistência do único fundamento concreto usado pela MM. Juíza para a decretação da prisão preventiva.

Por mais esse motivo, é de rigor a concessão da ordem, para revogando-se a prisão preventiva, conceder a liberdade provisória ao paciente.

6. CONCLUSÃO

Ante as razões expostas, que justificam a concessão da ordem, para cessar imediatamente o constrangimento ilegal, requer-se a concessão de ***LIMINAR*** em favor de **N.P.N.**, para o efeito de expedir o alvará de soltura, para que aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*, já que incabível a prisão preventiva, nos termos acima expostos.

Distribuído o feito a uma das Câmaras Criminais, colhidas as informações da autoridade coatora, requer-se a concessão definitiva da ordem de *Habeas Corpus*, por ser injustificável a decretação da prisão cautelar, para que seja revogada a prisão preventiva, como medida de **JUSTIÇA.**

São Paulo, 09 de março de 2014.

José Nabuco Galvão de Barros Filho
OAB-SP 147.285