



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fls. 1

**EXCELENTÍSSIMO DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**“HABEAS CORPUS – PEDIDO LIMINAR - REVOGAÇÃO DA PRISÃO  
PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA A MANUTENÇÃO  
DO DECRETO PRISIONAL”**

**PACIENTE:** Carlos Alberto Goncalves

**AUTOS N.º:** 0008201-50.2019.8.24.0008

**JUÍZO DE ORIGEM:** VARA PLANTÃO CÍVEL E CRIMINAL DA  
COMARCA DE BLUMENAU/SC

**FRANKLIN JOSÉ DE ASSIS**, brasileiro, advogado, inscrito na OAB-SC 27.269, com endereço profissional na Rua João Pessoa, 1342, Velha, CEP 89036-002, Blumenau-SC; **permissa máxima venia**, vem mui respeitosamente perante a esta Egrégia Corte, com fundamento no artigo 5º, LVII, LXVI e LXVIII, da Constituição Federal, combinado com o artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar e requerer ordem de

### **HABEAS CORPUS**

com pedido de **LIMINAR** adiante explicitado em favor de **CARLOS ALBERTO GONCALVES**, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, ora paciente, tendo como impetrado os Excelentíssimos Magistrado responsável pelo PLANTÃO CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE BLUMENAU/SC, ora apontado como autoridade coatora, pelas razões de fato e direito a seguir expostas



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

### I - Síntese dos Fatos

Conforme é possível constatar do Auto de Prisão em Flagrante em comento, após o conduzido ter tomado conhecimento acerca de uma obra irregular na RUA ARTHUR CORRÊA, N. 82, BAIRRO FORTALEZA, BLUMENAU/SC, desenvolveu o primeiro contato com o senhor SILVIO PÔNCIO, então intitulado como responsável pela obra em questão, no momento em que estava dirigindo-se para sua residência, a qual fica no mesmo itinerário do local retromencionado, tendo questionado o profissional que ali estava acerca da apresentação da documentação necessária para realizar da terraplanagem já iniciada, tendo sido informado por SILVIO que os responsáveis pela obra tinham apenas o alvará para a construção, mas que a autorização para terraplanagem não, momento em que o paciente, de forma profissional e corriqueira, lhe informou sobre a perfectibilização da infração ali capitaneada, ante a ausência de autorização do órgão responsável, gerando uma multa de aproximadamente **R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, sendo tal valor subdividido entre a empresa que cuida da terraplanagem, a construtora e os responsáveis pela obra alhures mencionada.

Feito o primeiro contato, diferentemente do que foi relatado no presente procedimento, SILVIO, responsável pela obra na Rua Arthur Corrêa, chamou o paciente para uma conversa mais reservada, indagando-lhe a respeito do que poderiam fazer para resolver tal situação, tendo CARLOS informado que até o final da semana retornaria no local para conversar com os proprietários do empreendimento, até porque precisava de seus dados para lavrar o auto de infração retromencionado.

Perpassados alguns dias, mais especificamente no dia 19 DE JULHO DE 2019, Carlos retornou ao local em voga, agora para tratar diretamente com FRANCISCO CLEBER DE OLIVEIRA FAGUNDES e JOSUÉ DO NASCIMENTO, intitulados como sendo os proprietários do terreno irregularmente trabalhado, momento em que, após uma longa conversa com os empresários, estes últimos lhe ofereceram cerca de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)** para obstar a aplicação da multa ambiental, devendo ser aberto um parênteses nesse momento, uma vez que tais indivíduos, de forma premeditada e orquestrada pela a autoridade policial, ARMARAM uma situação



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

deveras equivocada em desfavor do paciente, fazendo surgir uma figura deformada da realidade dos fatos, o que prejudicou de forma draconiana o ora paciente, o qual teve a sua segregação cautelar decretada pelo togado de plantão, tendo como fundamento medular a inconceituável GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, fazendo menção alguns argumentos ditos patriotas, desconsiderando, ainda, que CARLOS já foi exonerado de seu cargo no mesmo dia do ocorrido (fl. 52), o que já lhe afastaria de uma fantasiosa reiteração delitiva no caso concreto, fazendo menção a alguns antecedentes criminais sustentados por CARLOS, a sua grande maioria contando com mais de dez anos de seu arquivamento ou figura correlata, sendo que o único capaz de influenciar na fundamentação do togado de piso seria a condenação extinta no ano de 2017 (fl. 21), onde CARLOS já quitou sua dívida com a sociedade há cerca de DOIS ANOS, motivo pelo qual tal situação não pode prejudica-lo *ad eternum*, posto transmudar-se em um fardo incomensuravelmente tóxico para com o paciente, indivíduo esse que contava até a data do ocorrido com um emprego lícito, tendo sido exonerado de seu cargo conforme é possível constatar do documento de fl. 52, tem residência fixa (fl. 31), encontra-se matriculado no curso de Direito da FURB (fls. 32/33), o esvazia por completo uma fantasiosa intenção de fuga do distrito da culpa por parte de CARLOS, haja vista que este último tem raízes deitadas na Comarca de Blumenau/SC, bem como pelo fato de que as colocações do magistrado plantonista demonstram, sem sombra de dúvidas, a utilização de um famigerado DIREITO PENAL DO AUTOR e não do fato no caso concreto, posto ser descabida a manutenção da segregação cautelar de CARLOS ante a imputação que lhe é feita, qual seja, a ocorrência do delito de CORRUPÇÃO PASSIVA, que conta em seu preceito secundário com uma pena in abstracto que varia de DOIS a DOZE anos de reclusão, podendo, alfim, em uma improvável condenação, ser fixado o regime aberto de cumprimento de pena, ou até determinar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, na forma do art. 44, do CP, ficando latente que a medida cautelar aqui atacada pode FERIR DE MORTE o princípio constitucional da proporcionalidade das penal, já que a medida cautelar retromencionada, em um exercício de futurologia plausível, apresenta-se mais gravosa que uma improvável pena imposta concretamente!

Assim sendo, embora os fatos aqui relatados sejam graves, conforme fica cristalino em uma análise mais aprofundada do



# FJ

## ADVOCACIA AVANÇADA

caso em tela, a total desnecessidade da medida extrema, combinado com a ilegalidade no suposto flagrante aqui delineado, acarretando um irremediável constrangimento ilegal para com o paciente, sendo medida de justiça que a segregação cautelar de CARLOS seja revogada, mediante a utilização de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que tal situação acautelaria o interesse procedimental de forma plena, sendo totalmente desnecessária a manutenção da prisão preventiva do paciente.

### II - Do Mérito

*Ab initio*, saliento que o conteúdo da decisão vergastada. É ler:

*O juiz, então, proferiu a seguinte de decisão: “não obstante o conduzido tenha feito uso de seu direito constitucional ao silêncio, as declarações firmes e consentâneas do condutor, das vítimas e testemunhas ouvidas pela autoridade policial não deixam dúvida de que, para deixar de aplicar multa por suposta irregularidade ambiental em obra em andamento, ele exigiu para si, na condição de funcionário público, o pagamento de R\$ 3.000,00 -- o que, com o devido respeito à autoridade, melhor se amolda ao crime de concussão (CP, art. 316, caput). Merecem também destaque as gravações de áudio realizadas pela vítima e por prestador de serviço que trabalhava no local, as quais deixam claro a exigência espúria do servidor. Uma delas, inclusive, foi realizada no momento em que o conduzido se reunia com os ofendidos, no terreno da referida obra, para novamente exigir o pagamento indevido, fato presenciado por policiais civis previamente informados da ocorrência do crime e que, logo após, lograram efetuar a prisão. Importante registrar que não se trata de interceptação de conversa por terceiro, senão pelos próprios ofendidos, com o objetivo de proteção pessoal, o que legitima a gravação. Bem caracterizada, portanto, a situação de flagrante, que não foi preparado mas esperado, porquanto a iniciativa do delito foi tomada espontaneamente pelo conduzido, sem indução de qualquer agente provocador, tendo sido surpreendido pela Polícia logo após exigir o pagamento em dinheiro para deixar de aplicar multa ambiental que alegava devida. Verificada a*



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fls. 5

legalidade do ato, impende reconhecer que a custódia preventiva se afigura indispensável. O réu, afinal, registra um histórico de delitos ao longo dos anos, como se vê das certidões de antecedentes acostadas aos autos. E, mesmo abstraindo-se aqueles cuja punibilidade restou extinta, ou cujas penas foram cumpridas há mais de cinco anos, ainda vigora o efeito da reincidência pela prática de crime doloso contra o patrimônio. De maneira que, solto, constitui evidente perigo à ordem pública, tanto mais considerando-se o profundo mal que a corrupção causa à sociedade brasileira. E, mesmo que já exonerado do cargo por meio do qual teria cometido o delito em pauta, como observou o ilustre Defensor, vê-se, justamente em virtude da diversidade do crime pelo qual é reincidente (furto qualificado), que o conduzido pode ser versátil na busca de acréscimo patrimonial de forma ilícita, além do que tem mostrado dificuldade em se regenerar. ISTO POSTO, homologo a prisão em flagrante do conduzido Carlos Alberto Gonçalves e a converto em preventiva, o que faço com base nos artigos 310, II; 312, caput; e 313, I e II, todos do Código de Processo Penal, relegando à autoridade judiciária competente a apreciação da representação da autoridade policial pelo acesso aos dados dos telefones celulares apreendidos, porquanto foge ao objetivo desta audiência de custódia e não apresenta caráter de urgência. Deverá a Sra. Chefe de Cartório expedir o competente mandado de prisão e providenciar a distribuição à 1.ª ou 2.ª Vara Criminal desta Comarca." Nada mais. Eu, Chefe de Cartório, o digitei, sendo assinado exclusivamente pelo magistrado, por meio digital, nos termos do art. 36, § 1.º da Resolução Conjunta n.º 3/2013, do e. TJSC.

Analisando mais detidamente a fundamentação apresentada pelo magistrado plantonista, fica claro e livre de qualquer tipo de dúvidas que estamos trabalhando com um incontestável DIREITO PENAL DO AUTOR, onde, desconsiderando o lapso temporal perpassado entre a ocorrência dos delitos, bem como o fato de CARLOS já ter quitado sua dívida com a sociedade de forma plena, ainda sim encontra-se sendo apenado por um erro do passado e que nada deveria influenciar na decisão do togado, ainda mais por considerar que o paciente se solto CONSTITUI EVIDENTE PERIGO À ORDEM PÚBLICA, deixando de analisar a situação fática atual de



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fls. 6

CARLOS, que é formado em teologia, cursa DIREITO na FURB, é pastor em uma igreja evangélica, tem residência fixa, tinha um trabalho lícito até a ocorrência desse infortúnio, o que deixa claro a total desnecessidade da medida gravosa aqui implantada, mostrando-se mais adequada uma medida cautelar diversa da prisão, a qual acautelaria em sua totalidade a situação vivenciada nos autos.

Conforme acima externado, o douto magistrado de primeiro grau argumenta que a segregação cautelar de CARLOS se faz necessária, como **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**, *considerando-se o profundo mal que a corrupção causa à sociedade brasileira*, inflamando-se de argumentos políticos e alheios ao direito propriamente dito, ocasiona um grave constrangimento ilegal ao ora paciente, tendo em conta a anêmica fundamentação de suas manifestações.

Tentando conceituar a indefinida “*garantia da ordem pública*”, Aury Lopes Jr. escreve:

“[...] por ser um 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 vagueza e abertura, é o 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 um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, 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 a 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 incabível.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fls. 7

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 reiteração 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 menor requinte, as definições para “garantia da ordem pública” não fogem muito disso. [...]”<sup>1</sup>

Em suma, destaco as lições de Renato Brasileiro de Lima, sobre a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva lastreada na garantia da ordem pública, pois tal decretação fere a presunção constitucional de inocência:

“[...] 4.1. Inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública: para uma primeira corrente (minoritária), a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual). Entre outros, é esta a posição sustentada por Odone Sanguiné, segundo o qual “a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir” (“A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva”. In: Revista de Estudos

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 341/342.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

Criminais, n. 10, p. 114/115). Em sentido semelhante: TOURINHO FILHO (op. cit. p. 530); GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. Op. cit. p. 66-67; PRADO, Geraldo. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas - comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 120. [...]"

[...]

4.2.1. Impossibilidade de decretação da preventiva com base na gravidade em abstrato do delito: compreendendo-se garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito, porquanto a gravidade da infração pela sua natureza, de per si, é uma circunstância inerente ao delito. Assim, a simples assertiva de que se trata de autor de crime de homicídio cometido mediante disparo de arma de fogo não é suficiente, por si só, para justificar a custódia cautelar. Todavia, demonstrada a gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível a decretação da prisão preventiva, já que demonstrada sua periculosidade, pondo em risco a ordem pública. É por isso que a 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. 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. Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito daquela Corte, ainda que o delito imputado ao acusado seja legalmente classificado como crime hediondo. Afinal, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5o, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do acusado, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. [...]"<sup>2</sup>

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 878/880.





FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

Ratificando tal entendimento, Gustavo Badaró  
 clarifica:

“[...] Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória. A decretação da prisão não pode ter por fundamento apenas a gravidade abstrata do crime (por exemplo, por se tratar de tráfico de drogas ou de roubo). Aliás, tal prisão, além de desrespeitar a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, também fere a presunção de inocência, uma vez que decorreria do tipo penal imputado, independentemente da necessidade concreta da medida. [...]”<sup>3</sup>

Alfim, ultrapassada tal discussão, há de se notar que, se algum dia existiu o inócuo fundamento da “*garantia da ordem pública*”, hoje não mais se faz presente, uma vez que CARLOS comprovou ter **ENDEREÇO FIXO, OCUPAÇÃO LÍCITA, ENCONTRA-SE MATRICULADO NO CURSO SUPERIOR EM DIREITO DA FURB**, sendo evidente a absoluta ausência de fundamentação para a decretação de sua prisão cautelar, devendo ser revogada, conforme os **art. 282, §5º, e art. 316, ambos do Código de Processo Penal**, aplicando-se medidas cautelares diversas da prisão, insculpidas no **art. 319 do Código de Processo Pena**, oportunizando-se ao paciente responder em liberdade o processo *sub judice*, pois tal situação não traz à lume nenhum perigo à sociedade como um todo, bem como inexiste a possibilidade de fuga do distrito da culpa por parte do paciente, conforme já foi determinado em procedimentos análogos.

Alfim, trabalhando agora o argumento da ordem pública, mas na ótica de uma cartomântica **POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA**, trago à baila as lições Aury Lopes Jr. Sobre o tema:

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 991.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

“[...] Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. No mais das vezes, esse discurso é sintoma de que estamos diante de um juiz “comprometido com a verdade”, ou seja, alguém que, julgando-se do bem (e não se discutem as boas intenções), emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado. Como muito bem destacou o Min. EROS GRAU, “o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)” (grifo nosso). No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, 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. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. Recorda CARVALHO que uma das principais distinções entre o sistema inquisitório e o acusatório (constitucional) se manifesta no que diz respeito à existência de possibilidades de concreta refutação das hipóteses probatórias. **A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de**



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

**“perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal... Feita a análise crítica, não se desconhece que – em situações (efetivamente) excepcionais – a prisão cautelar sob o argumento do “risco de reiteração” é admitida no direito comparado. Até por honestidade acadêmica, não podemos subtrair tal informação do leitor.** Nessa linha, o art. 503.2 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (Espanha) admite a prisão, quando houver “motivos bastantes para crer responsável criminalmente a pessoa” e o delito tenha pena máxima igual ou superior a 2 anos. Para avaliar o risco de reiteração, deverá ponderar as circunstâncias do fato, a gravidade dos delitos que possam ser cometidos ou, ainda, quando as investigações apontarem que o imputado vem atuando em concurso com outra ou outras pessoas, de forma organizada para a comissão de fatos delitivos, ou realiza suas atividades delitivas com habitualidade. Analisando a situação, ARAGONESES MARTINEZ explica que a reforma da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrIm) ocorrida em 2003 suprimiu o “alarm social” e incorporou o “risco de reiteração delitiva” como causa da prisão cautelar. Interessante que essa mudança legislativa foi imposição da Sentença do Tribunal Constitucional n. 47/00 e, nessa decisão, o Tribunal especificou os fins constitucionalmente legítimos da prisão provisória e, entre eles, incluiu como causa a prisão para evitar a reiteração delitiva, mas sublinhou: não se deve fundamentar em risco genérico que o imputado possa cometer outros crimes, pois isso faria com que a prisão provisional respondesse a um fim punitivo ou de antecipação da pena. Isso seria inconstitucional. Segue ainda ARAGONESES MARTINEZ explicando que a prisão



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

para evitar a reiteração delitiva deve situar-se em um plano distinto, tanto que a LECrim se refere a esse risco em um apartado distinto, porque não tem finalidade cautelar, senão que constitui uma medida de segurança pré -delitiva (medida de seguridad predelictual). O art. 274.c do Codice di Procedura Penale italiano admite a prisão cautelar quando, pela especificidade do fato e de suas circunstâncias, bem como pela personalidade da pessoa investigada, se possa deduzir (desunta) de comportamentos ou atos concretos ou dos antecedentes penais o concreto perigo de que o agente cometa grave delito com uso de arma ou de outra forma de violência pessoal, ou crimes contra a ordem constitucional, ou delito de criminalidade organizada, ou da mesma espécie daquele que contra ele se procede. Nesse último caso – reiteração de crimes da mesma espécie –, a prisão somente pode ocorrer quando a pena máxima prevista para esses crimes não seja inferior a 4 anos. O CPP português, no seu art. 204 – depois de enumerar um amplo rol de medidas alternativas à prisão, como também ocorre nos países anteriormente citados –, autoriza a prisão preventiva quando houver “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa”. O Código de Processo Penal alemão, StPO, no seu § 112a, autoriza a detenção quando houver fundados motivos de que o agente tenha cometido, repetida ou continuamente, delitos graves (existe uma enumeração desses delitos na lei) e se existem fatos que possam fundamentar a existência do perigo de que, antes do processo, ele possa cometer mais delitos relevantes de mesma espécie ou continue com a prática do mesmo delito. Em que pese essas considerações, pensamos que a excepcional e cruel necessidade deveria dar lugar não à prisão preventiva por risco de reiteração, mas há outras medidas restritivas aplicadas no âmbito da liberdade provisória, tais como monitoramento eletrônico, prisão domiciliar, ou proibição de permanência, de ausência ou de contatos (como previsto no art. 319). [...]”<sup>4</sup> 349/351

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 349/351.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

Ou seja, não estando presentes de forma simultânea, o *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, o que é o caso em tela, a prisão preventiva não pode ser mantida incólume, uma vez que as previsões futurísticas de uma possível reiteração criminosa não merecem guarida ante a total ausência de fundamentação técnica e prática, posto serem lastreadas em um DIREITO PENAL DO AUTOR E NÃO DO FATO, conforme determina nosso ordenamento jurídico, sendo totalmente inócuo discutir possibilidade de reiteração criminosa ou de analisar o mérito do caso em apreço, o que nem cabe em sede de Habeas Corpus, posto restar latente a possibilidade de utilização de medidas cautelares diversas da prisão, as quais acautelariam de forma incontestemente o interesse público na apuração da verdade real do ocorrido.

Gize-se, por oportuno, que estamos tratando de um descarado FLAGRANTE PREPARADO E NÃO ESPERADO COMO APONTOU O TOGADO DE PISO, uma vez que os atores processuais atuantes, quais seja, os empresários, em conluio com os agentes de segurança pública que aguardavam em uma viatura descaracterizada nas proximidades, sempre mantendo contato visual, instigaram o paciente a aceitar valores para não aplicar a multa anteriormente informado por CARLOS, uma vez que a obra em análise não tinha as autorizações pertinentes para realizar terraplanagem no terreno, com a simples intenção de prejudicá-lo, sendo que o paciente sequer aceitou tal montante, indo embora após a conversa, momento em que foi abordado algumas ruas após pela viatura da polícia, sendo que em nenhum momento empreendeu fuga do local.

Por seu turno, oportuna é a transcrição dos ensinamentos de Aury Lopes Jr., o qual trabalha a impossibilidade de **INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, MESMO EM UM JUÍZO PRELIMINAR**, algo tecnicamente inviável, uma vez que a referida situação não é admitida em nosso ordenamento jurídico, nos termos do **art. 156, do Código de Processo Penal**, bem como por ir de encontro ao princípio da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, configurando, assim, um draconiano constrangimento ilegal para com o paciente que, diversamente do que preconiza a melhor doutrina, encontra-se segregado e correndo contra a incansável gana de punir do Estado.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

“[...] É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundadas na ‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente. [...]”<sup>5</sup>

Vale observar os dizeres de Gustavo Badaró, sobre o tema. É ler:

**“[...] No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação.** Trata-se de um ônus da prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil. **Além disso, em decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência, também não são admitidas no processo penal presunções legais ou judiciais contra o acusado. [...] grifo nosso**

E continua o renomado autor:

“[...] 10.1.14.3 Ônus da prova quanto aos elementos do crime: A doutrina é uniforme no sentido de que a dúvida sobre a conduta típica, incluindo em tal conceito a ação ou a omissão, bem como o nexu causal com o resultado naturalístico, quando estes forem exigíveis, levará a um julgamento absolutório. O ônus da prova da autoria delitiva,

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, p. 495/496.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

bem como da participação no concurso de agentes, pesa sobre a acusação. Curiosamente, contudo, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, se o acusado alega um álibi, pesaria sobre ele o ônus da prova de demonstrar que estava em outro lugar, no momento da prática delitiva. **Não é o posicionamento correto;** invocar um álibi é negar a autoria delitiva. Trata-se de negativa per positionem. **A negativa pode ser simples (por exemplo, não fui eu o autor do crime) ou pode ser uma negativa per positionem ou positiva (por exemplo, não fui eu, pois estava em outro país no momento do crime). Ora, se o álibi não comprovado, ou até mesmo o álibi provavelmente mendaz, significasse o reconhecimento da autoria, seria muito melhor nunca alegar qualquer álibi, simplesmente negando a autoria, pois o ônus da prova continuaria a pesar sobre a acusação. Por outro lado, o fato de o álibi ser mentiroso não significa, por si só, como consequência inexorável, que quem alega o álibi seja o autor do fato imputado. Não há a consequência lógica de ser o acusado o autor do crime.** Isso somente ocorreria se não houvesse uma terceira possibilidade: ou o álibi é verdadeiro e o acusado não praticou o delito, ou o álibi é falso e o acusado foi o autor do crime. Por exemplo, é perfeitamente possível que alguém que está sendo acusado de um crime que não cometeu, pois estava na casa de sua amante, alegue um álibi falso, por motivos óbvios. Demonstrada a falsidade do álibi (por exemplo, que não estava no clube com amigos), não seria correta a conclusão de que o acusado é o autor do crime. **No tocante ao elemento subjetivo do delito, a doutrina e a jurisprudência têm distinguido, para efeitos de distribuição do ônus da prova, o dolo da culpa stricto sensu.** A acusação tem o ônus de provar o elemento subjetivo do delito, quando se tratar de forma culposa. Assim incumbirá ao Ministério Público ou ao querelante o ônus da prova da negligência, imprudência ou imperícia do acusado. **Quanto ao dolo, prevalece a posição de que ele é presumido, a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal. Diante desta presunção, seria o acusado quem teria o ônus de provar que não agiu dolosamente. Discorda-se de tal entendimento. O dolo não é presumido. Não basta a prova dos elementos**



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

**objetivos do delito, para que deles se presuma o dolo. Por ser um estado anímico, o dolo não é um fato que possa ser objetivamente demonstrado. Assim, para a sua demonstração, parte-se de elementos objetivos exteriores que permitirão inferir o elemento subjetivo. São os fatos e, principalmente, a forma pela qual o autor cometeu o delito que indicam o elemento subjetivo do agente. A presunção do dolo representa flagrante violação da presunção de inocência. Presumir a ocorrência do dolo é estabelecer uma presunção contrária à presunção de inocência, o que não se pode admitir. Nem a lei nem a jurisprudência podem alterar a regra de julgamento do processo penal consubstanciada no in dubio pro reo. A presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente. Em última análise, representa a adoção do in dubio pro societate, que faz incidir sobre o acusado o ônus da prova de sua inocência.** A questão da dúvida sobre as excludentes de ilicitude é um dos temas que mais têm suscitado debates quanto ao âmbito de aplicação do in dubio pro reo. Se houver certeza de sua ocorrência, a absolvição é inquestionável. Por outro lado, em um processo em que não tenha sido alegada uma excludente ou que não haja qualquer prova de sua ocorrência, deve ser ela considerada não provada, sendo condenado o acusado, se provados os demais elementos do delito e a sua autoria. Toda a discussão surge quando havia dúvida sobre a existência de uma excludente de ilicitude. Em outras palavras, tendo sido alegada, por exemplo, a legítima defesa e, havendo dúvida sobre sua ocorrência, o juiz deverá proferir uma decisão condenatória ou absolutória? A posição predominante na doutrina era a de que a dúvida sobre a excludente devia desfavorecer o acusado: provados todos os elementos do delito, se houvesse dúvida sobre a existência de uma excludente, o acusado devia ser condenado. Era uma transposição simplista da regra, segundo a qual o autor tem o ônus de provar o ato constitutivo de seu direito, no caso, a ocorrência do fato típico, enquanto o réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos do direito do autor, que seriam as excludentes de ilicitude e culpabilidade. **Discorda-se de**





FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

**tal entendimento.** Foi correto o acréscimo da parte final do inciso do art. 386 do CPP, prevendo que, em caso de “fundada dúvida” sobre a excludente ilicitude, o acusado deve ser absolvido. Tal regra nada mais é do que um corolário presunção de inocência enquanto regra de julgamento no processo penal, impondo o in dubio pro reo. O delito, em seu aspecto formal, é o fato típico, antijurídico e culpável. O direito de punir nasce do cometimento de um delito, mas para se efetivar depende de uma condenação em um processo penal em que sejam verificados todos os seus elementos. Afirmar que o fato constitutivo é somente o fato típico e considerar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade como fatos impeditivos do direito de punir equivale a dizer que o delito é, tão somente, o fato típico, sem qualquer consideração acerca do caráter ilícito desta conduta e da reprovabilidade do seu autor. A distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito alegado em juízo decorre de um processo de simplificação analítica da fattispecie que não pode ser aplicado ao processo penal, em favor da parte acusadora e em prejuízo do acusado, pois significaria admitir uma condenação sem que houvesse prova de todos os elementos do delito. Na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é inverter o ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração da inocorrência das excludentes de ilicitude e de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo). Quando o réu afirma que agiu em legítima defesa ou em estado de necessidade, não se trata de alegação de um fato novo ou contraposto ao fato constitutivo do direito do autor. Não há alegação de um fato diverso do fato constitutivo do direito de punir, mas sim uma forma indireta de negar o cometimento do delito. Em outras palavras, a legítima defesa não é alegação de um fato impeditivo, mas a negação do fato constitutivo do direito de punir. Há também uma corrente intermediária; para ser absolvido, o acusado não tem o ônus de demonstrar plenamente a ocorrência da excludente de ilicitude, mas tem o ônus de gerar uma dúvida razoável no espírito do juiz, quanto a sua ocorrência. Em consequência, bastará que a



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

tese defensiva da ocorrência da excludente tenha um “grau de probabilidade”, enquanto a acusação deverá provar plenamente a inoção da excludente. Haveria para a defesa, portanto, um ônus probatório diminuído, era seu aspecto quantitativo, bastando gerar uma dúvida razoável, impedindo que o juiz tivesse a certeza da inoção da excludente. **Contudo, afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o encargo de gerar uma dúvida sobre a excludente equivale a dizer que o Ministério Público tem o ônus de comprovar plenamente que não ocorreu a excludente, para que o acusado seja condenado.** Entre a certeza e a ignorância, que são os dois extremos que podem existir em relação ao conhecimento de um fato, somente pode existir a dúvida. Se, para a absolvição basta a dúvida sobre um fato, em consequência, para a condenação será necessária a certeza, pois esta é o estado de ânimo em virtude do qual se estima uma coisa como indubitosa. Neste caso, os defensores da teoria intermediária, ao considerarem que o acusado tem o ônus de gerar dúvida no juiz, também devem reconhecer que, no tocante à mesma excludente, o acusador tem o ônus de trazer ao juiz a certeza de sua inoção. De qualquer forma, a divergência parece ser apenas terminológica, pois afirmar que o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável equivale a dizer que, na dúvida, o juiz deve absolvê-lo. **Por fim, não se pode confundir o ônus da prova com o interesse em provar determinado fato. O acusado não tem o ônus de provar a existência da excludente de ilicitude, nem mesmo o ônus de gerar dúvida, mas tem interesse em provar a sua ocorrência.** Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, que somente deve ser utilizada no momento decisório, ante a dúvida do juiz sobre fato relevante, é evidente que o acusado tem interesse em provar que a excludente efetivamente ocorreu. Demonstrada a existência da excludente, a sentença será absolutória, não sendo sequer necessário recorrer às regras sobre o ônus da prova. Este interesse, contudo, não se confunde com o ônus de provar. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a ocorrência da excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir dúvida sobre sua ocorrência, a consequência será a absolvição. Em tal caso, fica claro, portanto, que o acusado



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

tinha interesse em provar, por exemplo, a legítima defesa, mas isto não significa que tivesse o ônus de demonstrar a ocorrência da excludente de ilicitude. Quanto à culpabilidade, e em especial as suas excludentes, a questão de dúvida sobre sua ocorrência apresenta peculiaridades em relação aos demais elementos do delito. A tipicidade é definida em termos positivos, com a descrição de todos os elementos exigidos para a configuração da conduta típica. Assim, a inoportunidade da tipicidade decorre da não verificação destes elementos. Por seu turno, quanto à antijuridicidade, o problema se coloca em termos absolutamente inversos. O legislador não descreve quando uma conduta é antijurídica, limitando-se a disciplina as causas que implicam sua exclusão. Assim, enquanto a tipicidade é definida em termos positivos, a antijuridicidade o é negativamente. A culpabilidade, por sua vez, do ponto de vista doutrinário, pode ser definida em termos positivos, isto é, para que se possa afirmar a culpabilidade é necessário que se verifiquem a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Trata-se, pois, de conceito construído de forma positiva. Contudo, o legislador limitou-se a definir a culpabilidade em termos negativos. Assim, a lei penal brasileira não determina em que circunstâncias ocorre a culpabilidade. Ao contrário, são previstas apenas hipóteses em que se exclui a culpabilidade. A doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), a idade inferior a 18 anos (CP, art. 27), ou a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art. 28, § 1º), excluem a imputabilidade. O erro de proibição, ou erro sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21. caput), afasta a potencial consciência da ilicitude. Por fim, a exigibilidade de conduta diversa pode ser afastada pela coação moral irresistível ou pela obediência hierárquica (CP, art. 22). Diante deste panorama, a dúvida sobre a culpabilidade normalmente se apresenta em termos de ocorrência ou não de uma causa de exclusão da culpabilidade. Por exemplo, o acusado alega a menoridade, ou a embriaguez fortuita, ou erro de proibição, ou, ainda, coação moral irresistível. Nestes casos, poder-se-ia afirmar que o acusado é que teria o ônus da prova, por ter alegado um fato impeditivo do direito de punir. Na verdade, porém, quando alega menoridade, embriaguez fortuita, ou doença



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

mental, o acusado está negando o fato constitutivo do direito do autor, no que toca à imputabilidade. Trata-se de negativa indireta, visto que não é uma simples negativa do fato constitutivo, mas a afirmação de um fato diverso, com ele incompatível. Da mesma forma, ao se invocar o erro de proibição, está-se infirmo a potencial consciência da ilicitude. A coação moral irresistível e a obediência hierárquica são negativas da exigibilidade de conduta diversa. Em consequência, a dúvida sobre a menoridade, a embriaguez fortuita ou a doença mental é dúvida sobre a imputabilidade. A falta de certeza sobre o erro de proibição é falta de certeza sobre a potencial consciência da ilicitude. A incerteza sobre a coação moral irresistível ou a obediência hierárquica é incerteza sobre a exigibilidade de conduta diversa. A despeito disso, prevalecia na doutrina entendimento de que o ônus da prova das excludentes de culpabilidade incumbia ao acusado. Tal posicionamento, que já não encontrava justificativa à luz da presunção de inocência, em seu aspecto do *in dubio pro reo*, restou, absolutamente superado, diante da nova redação do inciso VI do art. 386 do CPP, dada pela Lei nº 11.690/2008, que prevê a absolvição se houver “fundadas dúvidas” sobre a existência de excludente de culpabilidade. Por tudo já considerado, sendo a culpabilidade um elemento do crime e, conseqüentemente, não sendo suas excludentes um “fato impeditivo do direito de punir”, também relativamente às excludentes de culpabilidade deve ser aplicado o *in dubio pro reo*. A dúvida sobre uma excludente de culpabilidade deve ser resolvida favoravelmente ao acusado, levando à sua absolvição.”<sup>6</sup> **grifo nosso**

Sublinhe-se, desde logo, que se o paciente, pretender apenas negar a imputação que lhe é feita, resta permanecer inerte, pois nenhum ônus lhe cabe, sendo que seu estado de inocência **DEVERIA PREVALECER**, frente ao arbítrio do Estado.

<sup>6</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 425/431.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

Consoante o entendimento acima ventilado, seguem alguns julgados tratando do tema inversão do ônus probatório em matéria processual penal:

**É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.** (STJ, 6ª T., HC n.º 27.684-AM, Rel. Min. PAULO MEDINA, J. 15.03.2007, DJU 09.04.2007, p. 267). **grifo nosso**

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ELEMENTOS DO TIPO. 'VANTAGEM INDEVIDA'. ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA ACUSAÇÃO. PRESUNÇÃO DESCABIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **Cabe à acusação provar a configuração dos elementos do tipo do delito imputado ao réu. No presente caso, tratando-se de delito de extorsão (art. 158, CP), deveria a acusação demonstrar que a vantagem econômica perseguida era indevida de forma a caracterizar efetivamente o crime imputado. Descabe inverter este ônus encarregando a defesa de provar que a vantagem era devida, descaracterizando o delito de extorsão. A configuração de constrangimento mediante grave ameaça não faz supor que a vantagem econômica pleiteada era indevida, elemento que deveria ser provado pela acusação. Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura.** (STJ, 5ª T., HC n.º 18.515-RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, J. 20.11.2001, DJU 25.02.2002, p. 421, LEXSTJ 155/364, RDTJRJ 53/78, RT 799/557).

**No campo processual penal é impróprio transferir-se aos ombros do agente prova de fato negativo - o de não haver praticado o crime - mormente com a consequência de, não a implementando, vir a ser condenado.** (STF, 2ª T., HC n.º 70.274-RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, J. 26.10.1993, DJU 18.03.1994, pp. 5.167). **grifo nosso**



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. OCULTAR BEM MÓVEL SABENDO TRATAR-SE DE PRODUTO DE CRIME. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA A CONDENAÇÃO. **A ausência de prova robusta no sentido de o réu ter ciência da origem criminoso do veículo encontrado na sua propriedade, determina a absolvição nos termos do artigo 386, VII, do CPP. Uma vez encontrados o bem dentro da propriedade do acusado, mostra-se absolutamente vedada a inversão o ônus da prova ao réu, sob pena de aplicação de responsabilidade penal objetiva. Ademais, o Direito Penal não se compadece com meras conjecturas e suposições, pois em favor do acusado milita a presunção constitucional de inocência. Deram provimento ao recurso de apelação criminal para absolver ELIANDRO SILVA DA SILVA do delito do artigo 180, caput, do CP, forte no disposto no artigo 386, inciso VII, do CPP. Unânime.** (TJRS, 6ª Câmara Criminal, Ap. n.º 70025337429, Rel. Des. MARIO ROCHA LOPES FILHO, J. 18.12.2008, DJ 09.01.2009). **grifo nosso**

Recepção. **Não há inversão da prova em Processo Penal. O ônus probatório incumbe ao órgão acusador. Insuficiência probatória: autoria presumida, não provada. Absolvição premente. Deram provimento ao apelo defensivo (unânime).** (TJRS, 5ª Câmara Criminal, Ap. n.º 70025470238, Rel. AMILTON BUENO DE CARVALHO, J. 13.08.2008, DJU 02/09/2008). **grifo nosso**

Concluindo nossos argumentos, transcrevo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, acerca do tema:

“[...] Inversão indevida do ônus da prova: **em direito processual penal, considera-se, como regra, inadmissível. Cabe, sempre, ao órgão acusatório provar os fatos alegados na denúncia ou queixa. Não importa que o**



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

**agente seja surpreendido dirigindo veículo fruto de roubo ou furto. É preciso demonstrar ser o motorista o furtador ou roubador, também não se podendo presumir, de imediato, tratar-se de receptação. Tudo comporta prova para a acusação, jamais se invertendo tal ônus. Do contrário, cai por terra o princípio constitucional da presunção de inocência.** Conferir a jurisprudência, embora em sentido oposto: TJRS: “1. Condenação pelo crime de receptação confirmada porque o réu foi abordado por policiais, conduzindo automóvel com registro de furto, tendo ciência da origem ilícita do bem, tanto que o veículo estava funcionando através de ‘ligação direta’, ele não portava os documentos do veículo e ainda tentou fugir para evitar a abordagem policial. Ademais, o ônus da prova, na espécie, tem aplicação inversa, ou seja, uma vez encontrado Câmara Criminal, rel. Cristina Pereira Gonzales, 13.05.2015, v.u.). TJSP: “A apreensão da res em poder do agente, em situação comprometedor, constitui indício robusto da autoria do crime e inverte o ônus probatório, transferindo ao acusado a obrigação de apresentar explicação satisfatória sobre a origem dos bens, sob pena de, não o fazendo, arrostar as consequências do crime patrimonial” (3003395-44.2013.8.26.0114 – Campinas, 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal Extraordinária, Relator(a): Airton Vieira, 30.04.2015, m.v.). TJSC: “Pedido de restituição dos bens e objetos apreendidos. Apreensão de pulseiras, correntes, anéis, pingentes, brincos, aparelhos de telefone celular, relógios, máquinas fotográficas, no interior da residência do réu. Inversão do ônus da prova. Ausência de comprovação da aquisição lícita dos produtos apreendidos. Réu que sequer comprovou estar exercendo atividade laboral lícita e/ou recebimento de salário. Perdimento dos bens em favor da união. Manutenção da decisão” (2014.084987-6 – Jaraguá do Sul, Segunda Câmara Criminal, Rel. Volnei Celso Tomazini, 03.02.2015, v.u.). TJGO: “1 – O conjunto probatório produzido nos autos demonstra que o acusado foi abordado na posse de um veículo roubado, com placas adulteradas e sem a respectiva documentação, ensejando a inversão do ônus da prova, incumbindo-lhe comprovar que desconhecia a origem ilícita da coisa, o que não ocorreu na hipótese” (Ap. Crim. 325153-08.2014.8.09.0175 – GO, 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal, rel. Ivo Favaro, 18.06.2015, v.u.). TJMG: “I – Não tendo a defesa



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

comprovado a destinação exclusiva da droga para o consumo próprio, ônus que lhe incumbe (art. 156 do CPP), e demonstrada a contento pela acusação a finalidade mercantil da substância, incabível a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei n.º 11.343/06. II – A condenação nas custas é uma consequência natural à parte vencida, conforme reza o art. 804 do CPP, sendo que eventual impossibilidade de seu pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo.” (Ap. Crim. 1.0188.10.007855-2/001 – MG, 1.ª Câmara Criminal, rel. Alberto Deodato Neto, 22.09.2015, v.u.). [...]” **grifo nosso**

Logo, frente ao arcabouço probatório aqui trazido à baila pela defesa de CARLOS, fica evidente que os predicados pessoais do paciente lhe possibilitam responder ao presente feito no gozo de sua liberdade, militando em seu favor o princípio constitucional do *in dubio pro reo*, em detrimento do brocardo *in dubio pro societate* (**na dúvida decreto a preventiva?**), tão difundido por alguns atores processuais, mas que macula de morte as garantias insculpidas em nossa constituição cidadã de 1988.

Destrinchando o famigerado *in dubio pro societate*, Aury Lopes Jr. ensina:

“[...] Importante destacar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência. A questão foi tratada com muito acerto por RANGEL, que ao atacar tal construção, afirma que o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode,

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 641/643.





FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal. Com razão, RANGEL destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do in dubio pro societate. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado. Por derradeiro, enfrentando a questão na esfera do Tribunal do Júri, segue o autor explicando que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. (...) A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida. Outro momento em que o famigerado in dubio pro societate cobra seu preço é na revisão criminal. É lugar-comum o discurso de que nessa ação (desconstitutiva) incumbe ao réu a prova integral do fato modificativo sem que a revisão seja acolhida quando a questão não superar o campo da dúvida. Essa problemática costuma aparecer quando o fundamento da revisão situa-se na dimensão probatória (“evidência dos autos”, “novas provas de inocência”, “depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos” etc.). Nesses casos, cumpre perguntar: a) onde está a previsão constitucional do tal in dubio pro societate? b) em que fase do processo (e com base em que) o réu perde a proteção constitucional? c) como justificar que, no momento da decisão (seja ela pelo juiz ou tribunal), a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição, mas essa mesma dúvida, quando surgir apenas em sede de revisão criminal, não autorize a absolvição? d) e se, quando da decisão de primeiro grau (ou mesmo em grau recursal, mas antes do trânsito em julgado), existir um contexto probatório que permita afastar a dúvida e alcançar um alto grau de probabilidade autorizador da condenação, mas, depois do trânsito em julgado, surgir uma prova nova “x” que gere uma dúvida (em relação ao suporte probatório existente), por que devemos afastar o in dubio pro reo? e) como justificar que essa prova, se tivesse sido conhecida quando da sentença, implicaria absolvição, mas agora, porque estamos numa revisão criminal, ela não mais serve para absolver? Em suma, nossa



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

posição é a de que a sentença condenatória só pode manter-se enquanto não surgir uma prova que crie uma dúvida fundada. Logo, o *in dubio pro reo* é um critério pragmático para solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra! **O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio pro societate*. [...]**<sup>8</sup> **grifo nosso**

Adiante, Renato Brasileiro de Lima comenta:

“[...] **Da regra probatória (*in dubio pro reo*):** por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. **Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.** Funcionam como consectários da regra probatória: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio). Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na verdade, cuida-se de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 201/202.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. O in dubio pro reo só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reo. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional. Jurisprudência selecionada: STF: "(...) A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A



# FJ

## ADVOCACIA AVANÇADA

própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. (...) A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

fls. 29

magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet. (...)" (STF, 1 "Turma, HC 73.338/RJ, Rei. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/1996). [...]"<sup>9</sup>

Alfim, Guilherme de Souza Nucci:

"[...] Prevalência do interesse do réu

É tradicional a expressão *in dubio pro reo*, significando que, em o interesse prevalente de uma das partes? As respostas encontram apoio do estado de inocência natural do ser humano. Não se trata de um favor, no sentido de consagrar uma graça, um agrado ou uma simples benevolência; trata-se de um dever legal para declarar primordial o estado de não culpabilidade. Não se liga, ainda, ao privilégio a uma das partes, desequilibrando-se a relação processual, mas cumpre visualizá-lo como um reconhecimento ao interesse da sociedade de que todos sejam inocentes, desde o nascimento, até a inversão desse status, dependente do devido processo legal. A dúvida é um estado comum no espírito humano; a hesitação pode ser fruto da ponderação e da prudência. De toda forma, o estado natural do indivíduo, constitucionalmente de inocência, pode ser alterado em virtude da certeza da culpa, advinda das provas colhidas no processo. Inexistindo persuasão íntima razoável, por simples lógica, mantém o status vigente: inocência. No geral, a mesma postura deve ser adotada. Entre decretar uma prisão cautelar e assegurar a liberdade individual, em caso de fundada dúvida, deve prevalecer o estado natural, fruto da inocência: liberdade. Idêntica atitude, quando se está hesitante entre invadir a intimidade alheia ou preservá-la. A prevalência do interesse do réu não pode servir de obstáculo à persecução penal do Estado, com vista à garantia da segurança pública; todas as medidas restritivas necessárias não eliminam o estado de inocência e muito menos o interesse prevalente do acusado, pois este somente emerge em caso de dúvida. [...]"<sup>10</sup>

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 478/479.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza Princípios constitucionais penais e processuais penais. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 435/436.



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

Pelos motivos aqui ventilados, a concessão da presente ordem de *habeas corpus* **É MEDIDA QUE SE IMPÕE**, uma vez que a decretação e manutenção da prisão preventiva do paciente é totalmente desproporcional e carente de fundamentação, **POSTO QUE DESCONSIDERA POR COMPLETO TODOS OS PREDICADOS PESSOAIS DO PACIENTE, DOCUMENTALMENTE COMPROVADOS**, conforme acima delineado, devendo ser aplicada alguma das medidas cautelares diversas da prisão, na forma do **art. 319 do Código de Processo Penal**, oportunizando que CARLOS responda o processo em questão no gozo de sua presunção constitucional de não culpabilidade, ou seja, em liberdade, tendo em conta a não comprovação da real existência do *periculum libertatis* no caso concreto, bem como pela magnitude da ação penal analisada, sendo a presente segregação cautelar mais grave que uma improvável condenação que possa ser imposta ao paciente futuramente, **o que a defesa não espera**, reprimenda essa que deve permanecer no mínimo legal, sendo fixado o regime ABERTO.

### III – Dos Pedidos

Ante o exposto, postula-se a Vossa Excelência, nos termos dos **artigos 282, §5º, 316, e 318, V, todos do Código de Processo Penal** a revogação da prisão preventiva de **CARLOS ALBERTO GONCALVES**, com a consequente expedição de ALVARÁ DE SOLTURA IMEDIATO, requerendo o que segue:

- a) **LIMINARMENTE**, requer a concessão da ordem de soltura para **REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA** decretada em desfavor do Paciente, conforma os fundamentos aqui delineados e, por conseguinte a concessão da liberdade provisória, para que recorre em liberdade durante todo o andamento processual, ante os predicados pessoais de CARLOS;
- b) Caso Vossa Excelência entenda cabível, requer sejam aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, na forma do **art. 319 do Código de Processo Penal**, substituindo a



FJ

ADVOCACIA AVANÇADA

tutela corporal, uma vez que o paciente não oferece risco algum à sociedade, comprometendo-se a colaborar, comparecendo a todos os atos para os quais seja solicitado, **sob pena de nova decretação da prisão.**

- c) Ainda, requer seja a presente ordem de **HABEAS CORPUS CONHECIDA E INTEGRALMENTE PROVIDA**, para fazer cessar a coação ilegal de que está sendo vítima o paciente, requerendo, alfim, a efetiva aplicação do disposto no **art. 5º, LXXVIII, da Nossa Bíblia Política de 1988**, qual seja, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois desta forma este Egrégio Sodalício, estará, como de costume, reestabelecendo o império da Lei, do Direito e da Excelsa JUSTIÇA, **SENDO ESTE PROCURADOR INTIMADO PREVIAMENTE DO DIA APRAZADO PARA O JULGAMENTO MERITÓRIO DO REFERIDO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, UMA VEZ QUE PRETENDE EXECUTAR SUA SUSTENTAÇÃO ORAL NA SESSÃO DE JULGAMENTO.**

Termos em que,

Pede deferimento.

De Blumenau para Florianópolis, 21 de julho de 2019.

**Franklin José de Assis**

**OAB/SC n. 27.269**

**Luís Felipe Obregon Martins**

**OAB/SC n. 51.221**