

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**PACIENTE PRESO**

**LUIZ EDUARDO GREENHALGH**, brasileiro, casado, advogado; **FABIO GASPAR DE SOUZA**, brasileiro, solteiro, advogado e **LUIZ PAULO HORTA GREENHALGH**, brasileiro, solteiro, advogado, todos regularmente inscritos perante a OAB/SP sob nºs 38.555, 334.174 e 292.263, respectivamente, e com escritório profissional nesta Capital, sito a Praça Dom José Gaspar, nº 134 – 20º andar, bairro da Consolação, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa. com base no artº 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e artº 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar a presente

**ORDEM DE HABEAS CORPUS COM PLEITO DE MEDIDA LIMINAR**

em favor de **GABRIEL SCARCELLI BARBOSA**, brasileiro, convivente, comerciário (motoboy), portador do RG nº 43.920.049/SSP-SP, residente e domiciliado nesta Capital à Rua Desembargador Aragão nº 248 – aptº 11-A, Vila Mariana, o qual se encontra preso preventivamente e recolhido ao Centro de Detenção Provisória IV – Pinheiros, por ato da MM. Juíza de Direito do DIPO 3, autoridade impetrada, e o fazem sob os fundamentos de fato e de direito que, a seguir, passam a expor:

**SÚMULA**

**I. INTRODUÇÃO NECESSÁRIA**

**II. OS FATOS, EM RESUMO**

**III. A SITUAÇÃO PROCESSUAL DO PACIENTE**

**IV. DAS NULIDADES DOS INQUÉRITOS POLICIAIS**

**IV.I – IPL PRESIDIDO PELA PRÓPRIA VÍTIMA.  
IMPOSSIBILIDADE**

**IV.II – IP PRESIDIDO PELA VÍTIMA MESMO APÓS  
DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA  
FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.**

**IV.III – RECONHECIMENTOS FOTOGRAFICOS E  
PESSOAIS DISTORCIDOS OBTIDOS PELA VÍTIMA.  
IMPOSSIBILIDADE. A PRECARIEDADE DO  
RECONHECIMENTO DE VOZ**

**V. O DESPACHO IMPUGNADO. PRISÃO PREVENTIVA  
DESNECESSÁRIA**

**V.I – CONVENIÊNCIA E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO DEMONSTRADAS.**

**V.II – GRAVIDADE DO DELITO EM TESE.**

**V.III – AUSÊNCIA DE RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO. FALSIDADE DO ARGUMENTO. PACIENTE PRESO DURANTE O EXPEDIENTE DE TRABALHO. CARTEIRA ASSINADA HÁ 6 ANOS. RESIDÊNCIA FIXA.**

**VI. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS NÃO CONSIDERADAS ADEQUADAMENTE. INTERPRETAÇÃO DO ARTº 319 DO CPP.**

**VII. CONCLUSÃO: DA NECESSIDADE DE MEDIDA LIMINAR**

**VIII. DOS PEDIDOS**

## I. INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

**“ALGUÉM CERTAMENTE HAVIA CALUNIADO JOSEF K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum”  
(Franz Kafka, “O Processo”)**

1. A situação do paciente GABRIEL SCARCELLI BARBOSA é revoltante. Kafkiana mesmo.

2. Apesar de nunca ter posto o pé numa Delegacia de Polícia; apesar de ter trabalho lícito e com registro na mesma empresa, há 6 anos; apesar de ter residência fixa, morando com sua progenitora; enfim, apesar de ser cidadão honrado e de bem, vê-se o paciente agora, abruptamente, na contingência de responder a (3) três processos-crimes pelo delito de roubo.

3. Tudo pela simples circunstância de aparecer em fotografias postadas nos Facebooks de alguns jovens acusados de roubarem a carteira e os celulares (**um funcional**) de um Delegado da Polícia Federal de São Paulo Kleber Massayoshi Isshiky que, mesmo vítima, foi nomeado encarregado do Inquérito.

4. O fato de manter relações de amizade com esses jovens, moradores da comunidade carente (favela) onde veio a conhecer a sua companheira com a qual tem 1 filho e onde a família dela vive, o fez ser considerado suspeito de integrar quadrilha e de ser assaltante, erigido à essas condições pela ação do delegado/vítima.

5. E, apesar de ostentar todos os requisitos legais para responder a tais processos em liberdade, o paciente está preso por ato da autoridade impetrada, que, na forma do art. 310, inc. II do CPP, acabou por converter a prisão provisória em preventiva (AMBAS REQUERIDAS PELO MESMO DELEGADO FEDERAL/VÍTIMA DO ROUBO), ausentando-se de considerar as circunstâncias em que foram obtidos os “reconhecimentos” fotográficos e pessoais com que aquela autoridade tenta incriminá-lo.

6. Do teor dessa decisão, verifica-se que a magistrada de origem, após discorrer acerca dos fatos narrados nas representações do DELEGADO/VÍTIMA emitindo antecipado e indevido juízo de valor sobre o mérito mesmo da acusação, passou a tecer considerações apressadas, genéricas, superficiais e, até mesmo inverídicas, sobre a conduta do paciente, tudo para tentar justificar a necessidade da decretação da prisão preventiva.

7. **Apressadas** ao reconhecer que apreciava o pedido em decorrência do vencimento da prisão temporária – **“Cabe ressaltar, que excepcionalmente, estou apreciando este pedido, visto que o delito é grave, e prisão temporária do investigado vence no dia de hoje, sem tempo hábil para a remessa dos autos à Vara preventa e o investigado, provavelmente, se colocado em liberdade se evadirá do distrito da culpa...”**

8. **Genéricas e superficiais** ao tecer considerações óbvias e famulares do tipo **“A ordem pública se encontra ameaçada caso o indiciado seja colocado em liberdade, uma vez que poderia, em tese, continuar a praticar ilícito, que é de extrema gravidade e tem que ser rigorosamente combatido, e, precipuamente, na salvaguarda do meio social, violentado pela gravidade do crime”**, ou ainda **“esta infração penal é**

**cada vez mais crescente, intranquilizando a população ordeira de São Paulo, gerando prejuízo econômico para a sociedade, de modo que é necessária a sua custódia para garantia da ordem pública...”**

Somente sopesando tais argumentos, é que se depreende que a prisão preventiva do paciente se fundou nos argumentos de garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

9. **Inverídicas**, ao afirmar que o paciente “**Não comprovou possuir residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita**”, desconhecendo que a polícia vistoriou o local de sua residência por mais de uma vez e que o paciente foi preso em seu local de trabalho, trabalhando e no qual está registrado há mais de 6 anos.

10. Francamente.

11. A maneira pela qual foi decretada a prisão preventiva do paciente e as circunstâncias pelas quais foi envolvido nesses processos-crimes pelo delegado federal/vítima, revelam, sem dúvida, certa retaliação despropositada, pelo simples fato de aparecer retratado junto com os indicados autores daquele roubo e com eles manter relações sociais.

12. Entretanto, essa maneira peculiar de enredar pessoas em crimes; essa maneira da vítima investigar o fato de que foi vítima e presidir o próprio Inquérito; essa maneira de levantar fotos contidas nos Facebooks dos acusados do roubo; essa maneira de recolher os BOs nas Delegacias do entorno da comunidade (favela) para incriminar os fotografados pelo chamamento das vítimas dessas ocorrências à Superintendência da Polícia Federal, para reconhecimento; essa maneira de os reconhecimentos –

fotográficos e pessoais – serem feitos em atos presididos pela própria vítima; tudo isso vem indignando as pessoas que conhecem ou não o paciente e sua família, as quais vem se multiplicando nos gestos e nas demonstrações de solidariedade, públicas, individuais e coletivas, as quais já ganharam, inclusive, o noticiário da imprensa nacional (docs.).

13. Dentre as matérias jornalísticas referentes ao caso, destaca-se a publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, em sua edição dominical, de 12 de julho do corrente, na contra-capla do Caderno ALIÁS, sob o título “Timeline de uma ocorrência” de autoria do jornalista Bruno Paes Manso, pela qual se pode aferir todas as inusuais circunstâncias que levaram o paciente ao encarceramento.

14. Apesar de tudo, não há razão para se descrever na Justiça.

15. Os impetrantes e o paciente voltam seu olhar para cima. Para a Instância Superior que saberá restabelecer o primado dos princípios constitucionais garantistas de devido processo penal, do direito de defesa e da liberdade.

## **II. DOS FATOS, EM RESUMO**

16. Em 17 de agosto de 2013, um delegado da Polícia Federal – Kleber Massayoshi Isshiky – foi assaltado, juntamente com outras vítimas, por (2) duas pessoas, no interior de uma oficina mecânica, na Vila Mariana;

17. Além de objetos pessoais, dele é levado o aparelho celular funcional da DPF;

18. Em decorrência disso, a Superintendência da PF em São Paulo, determinou a instauração de Inquérito Policial, sendo que o mesmo, inicialmente foi distribuído ao **DPF Quirino** para a condução da investigação (em 19/9/2013) para, dias depois (em 23/9/2013), determinar a redistribuição do IPL ao DPF Kleber Massayoshi Isshiky, **a vítima do roubo**, que, a partir daí, **presidiu o IPL tombado sob nº 414/2013-15**.

19. O delegado/vítima, inconformado com o roubo, após individualizar os autores indicados por reconhecimentos feitos através da filmagem do circuito de segurança da oficina, passou a investigar também a rede de relações dos identificados, a partir de sua rede social, o Facebook.

20. Após se apropriar das fotos existentes nos Facebooks dos mesmos, onde foram retratadas (em geral, em festas e comemorações) pessoas das relações deles, a maioria moradoras da comunidade (“favela”) onde residem os supostos autores do roubo da oficina, o Delegado/vítima passou a recolher Boletins das ocorrências registradas nos diversos Distritos Policiais do entorno da favela, que continham notícias de roubo de carros e de celulares e passou a associar as características físicas descritas pelas vítimas nesses BOs, com as fotos colhidas nos perfis dos Facebooks e os retratados parecidos com as descrições feitas nos registros policiais, passaram a ser considerados suspeitos daqueles delitos e integrantes de uma quadrilha armada;

21. A partir daí, as vítimas passaram a ser chamadas, para reconhecimento fotográfico nas dependências da PF/SP, onde eram-lhes apresentadas, pelo Delegado/vítima, as fotos dos “suspeitos” como “**fotos constantes dos arquivos dessa especializada**”, omitindo dos reconhecedores a origem verdadeira das fotos e a sua própria condição de vítima de roubo por alguns dos retratados;

22. Nessas condições, as vítimas acabaram por reconhecer os “suspeitos” retratados nos “facebook” dos indicados como autores do roubo da oficina e os demais.

23. Foi assim que, por esse mecanismo de incriminação dirigida, muitos meses depois dos fatos, o paciente acabou sendo reconhecido fotograficamente, por (2) duas vítimas dentre os inúmeros BOs colecionados pelo Delegado/vítima;

24. **A primeira, Alexandre F.F.**, cujo carro foi roubado em **12/9/2013**, na Rua Carlos Chagas, no bairro da Aclimação, com registro da ocorrência feito perante o 6º DP, sob nº 4334 e cujo reconhecimento fotográfico foi feito **(5) cinco meses depois**, em **27/02/2014**, através dos retratos capturados, pelo Delegado/vítima, dos Facebooks dos autores do roubo da oficina e que deu origem aos autos nº 0109064-04.2014.8.26.0050, perante a 16ª Vara Criminal da Capital, cuja **denúncia ainda não foi recebida**, mas sobre o qual já foi **imposta a prisão preventiva ora questionada**;

25. **A segunda, Roberto J.P.R.**, cujo carro foi roubado em **23/07/2013**, na Rua Brás Cubas, no bairro da Aclimação, com registro de ocorrência também feito perante o 6º DP e cujo reconhecimento

fotográfico foi feito **(7) sete meses depois**, em **26/02/2014**, através dos retratos capturados pelo Delegado/vítima, dos Facebooks dos autores do roubo da oficina e que deu origem aos autos nº 0109480-69.2014.8.26.0050, perante a 16ª Vara Criminal da Capital, cuja **denúncia também ainda não foi recebida**, mas sobre o qual já foi **requerida a prisão preventiva do paciente pelo MP**.

26. De posse dos reconhecimentos fotográficos o Delegado/vítima indiciou quase todos os retratados nos Facebooks dos indicados autores do roubo da oficina de que foi vítima, como incursos nos delitos de roubo majorado e associação criminosa armada e representou, junto a 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, pela prisão temporária de todos os indiciados, o que foi deferido.

27. Com relação ao paciente, a prisão temporária não se efetivou, em virtude de ter sido ofertada a denúncia pelo MPF, com pedido de prisão preventiva, a qual foi rejeitada, tendo como decorrência o indeferimento de prisão preventiva e a expedição de contra mandado de prisão temporária.

28. O motivo da rejeição da denúncia foi a declaração de incompetência da Justiça Federal para a apuração e julgamento dos delitos de roubo e de quadrilha ou bando:

**“... a competência da Justiça Federal cinge-se ao roubo ocorrido em 17.09.2013, oportunidade em que houve a subtração do celular funcional do Delegado de Polícia Federal, que, por eventualidade, se encontrava no estabelecimento**

comercial (oficina mecânica) situado na Avenida Lins de Vasconcelos, 2484, nesta Capital.

No que diz respeito aos demais fatos – prática, em tese, de roubos contra particulares e delito de quadrilha ou bando -, que são referidos na denúncia, não obstante tenha sido possível o deferimento de **medidas urgentes** que demandaram intervenção judicial, por este Juízo (tal como representação para prisão temporária), considerando que perpetrados, em tese, por membros de uma mesma quadrilha, **falece competência à Justiça Federal** para o início de uma ação penal que apure tais roubos ou a imputação de quadrilha ou bando, envolvendo a prática, em tese, de assaltos contra particulares, razão pela qual foi deferido o pleito de **compartilhamento de provas**, requerido pela autoridade policial.

Desse modo, **não compete à Justiça Federal** a análise de imputação da prática, em tese, do delito de quadrilha ou bando, armado, em razão de diversos roubos perpetrados contra particulares sem a presença de nenhuma das hipóteses dos incisos IV, V, V-A e VI do artigo 109 da Constituição da República.

Em face do expendido, **REJEITO A DENÚNCIA, apenas e tão somente**, no que diz respeito à imputação de prática, em tese, do delito de quadrilha ou bando, armado, (artigo 288, parágrafo único, do Código Penal), tendo em conta que os fatos não se

amoldam a nenhuma das hipóteses dos incisos IV, V, V-A e VI do artigo 109 da Constituição da República.

...

Com relação ao investigado Gabriel Scarcelli Barbosa, a autoridade policial representou por sua prisão preventiva, pela prática, em tese, do delito de associação criminosa armada (artigo 288, parágrafo único, CP).

Como decidido acima, não obstante pudesse esse Juízo praticar atos reputados urgentes (tais como: expedição de mandado de prisão temporária e expedição de mandado de busca e apreensão) de alguma forma relacionados ao roubo ocorrido em 17.08.2013, por volta das 8h50min, na oficina mecânica situada na Avenida Lins de Vasconcelos, 2484, em São Paulo, SP, falece competência à Justiça Federal para o julgamento de uma ação penal pela prática, em tese, do delito de quadrilha ou roubo, em razão da prática de roubos perpetrados contra particulares, sem a presença de nenhuma das hipóteses dos incisos IV, V, V-A e VI do artigo 109 da Constituição da República.

Em decorrência de tal motivo, indefiro o pedido de prisão preventiva de Gabriel Scarcelli Barbosa e **determino a expedição de contra mandado de prisão temporária, em favor de Gabriel Scarcelli Barbosa.**

Por derradeiro, defiro o requerido no item 5 da cota ministerial de fls. 448/450. **Extraiam-se duas cópias integrais dos presentes autos e seus 3 (três) apensos, inclusive de todas as mídias que neles estão entranhadas, bem como dos autos n.0014345-76.2013.4.03.6181 e das mídias que lhes instruem e encaminhem-se, com urgência, uma cópia para o DIPO da Justiça do Estado de São Paulo, nesta Capital e a outra cópia para uma das Varas da Infância e da Juventude da Justiça do Estado de São Paulo, nesta Capital.**

...

**Intimem-se.**

**São Paulo, 11 de novembro de 2014.**

**Fabio Rubem David Müzel**

**Juiz Federal Substituto.”**

29. Irrecorrida a decisão, cessando a competência da Justiça Federal foram os autos remetidos à Justiça Estadual, para o Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO 3.

30. Inobstante a cessação da competência da Justiça Federal e da Polícia Federal, o Delegado Federal/vítima continuou a presidir os Inquéritos, dirigindo-se diretamente ao DIPO 3, inclusive representando pela decretação de prisão preventiva contra o paciente, no que foi atendido prontamente pela autoridade coatora.

**III. DA SITUAÇÃO PROCESSUAL DO PACIENTE.**

31. O paciente está denunciado perante o Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 0109.064-04.2014.8.26.0050, como incurso na pena do artigo 157, parágrafo 2º, inciso I do Código Penal, porque foi apontado como autor do roubo de um automóvel Hyundai Azera, um relógio de pulso Movado, uma carteira, uma aliança e um celular Samsung, todos de propriedade de Alexandre F. Fanganello, ocorrido em **12 de setembro de 2013**.

32. A denúncia até a presente data não foi recebida.

33. Inobstante, o paciente encontra-se preso desde o dia 21 de junho último, quando foi cumprido mandado de prisão temporária convolado em preventiva pela autoridade coatora, que atendeu às representações do Delegado de Polícia Federal, Kleber Massayoshi Isshiki, o qual foi o próprio executor dos mandados, tendo recolhido o paciente à custódia da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo para, posteriormente transferi-lo para o Centro de Detenção Provisória Pinheiros IV, onde se encontra.

34. O paciente foi preso em seu local de trabalho.

35. Como se viu, a presente prisão preventiva somente se justifica pelo fato de ser resultado das investigações persecutórias do referido Delegado Federal, movidas contra aqueles que, como o paciente, mantinham algum nível de relacionamento com os acusados de roubar uma oficina

mecânica localizada na Av. Lins de Vasconcelos, 2484, nessa Capital, em **17 de setembro de 2013**, onde o mesmo se encontrava, e do qual foram subtraídos a sua carteira com documentos pessoais e dinheiro, o celular particular e o celular funcional.

36. Como, na ação dos meliantes foi subtraído o telefone celular funcional, foi aberto Inquérito Policial no âmbito da Polícia Federal, **presidido pela própria vítima, o delegado Kleber Massayoshi Isshiki.**

37. Recolhidas as imagens das câmeras de circuito fechado de TV da oficina, referentes ao dia do assalto e a dias anteriores; as de um supermercado localizado próximo à oficina; ouvidos em depoimentos os donos e funcionários da oficina; ouvido em depoimento o dono do auto GM Captiva ERX 0053, cuja placa descobriu-se ter sido clonada pelos autores do roubo; apreendido o veículo utilizado no roubo, conduzido por menor, em cujo interior foram encontrados itens pertencentes a outras vítimas, o delegado federal Kleber Massayoshi Isshiki, conseguiu chegar aos prováveis autores do roubo de que foi vítima.

38. Ingressou, então, **nos facebook dos mesmos e de quem os compartilhava**, e, por outro lado, passou a arrecadar, perante os Distritos Policiais da região os Boletins de Ocorrência de autoria desconhecida neles registrados, a título de roubo de automóveis e celulares, intimando essas vítimas para prestar depoimento e fazer o reconhecimento fotográfico das pessoas que figuravam nas fotos expostas naquelas redes sociais, que lhes eram apresentadas como “fotos constantes dos álbuns desta delegacia”.

39. Foi assim que o paciente foi reconhecido, fotograficamente, muitos meses depois, pelas vítimas Roberto J.P.R. e Alexandre F.F.

40. Em função disso, o Delegado Federal Kleber Massayoshi Isshiki resolveu instaurar o inquérito policial visando apuração da prática do fato tipificado no art. 157, parágrafo 2º, I e II do Código Penal, que resultou na presente ação criminal.

41. O Delegado/vítima voltou a requerer, agora no âmbito da Justiça Estadual, diretamente ao DIPO 3, a prisão provisória do paciente, no que foi atendido pela autoridade coatora.

42. O paciente foi preso em 21 de junho último, em seu local de trabalho, por agentes da Polícia Federal comandados pelo Delegado/vítima, encaminhado à carceragem da Superintendência Regional de SP, onde foi, submetido a reconhecimentos pessoais comandados pelo mesmo Delegado, pelas vítimas Alexandre F.F e Roberto J.P.R., os quais foram, naturalmente, positivados.

43. Após a efetivação dos reconhecimentos, no dia que terminava o quinquídio da temporária, o paciente teve decretada a preventiva pela autoridade coatora, em atendimento a nova representação do Delegado/vítima, tendo sido transferido para o CDP – IV de Pinheiros.

44. Entretanto, a atuação do Delegado Federal/vítima, com relação ao paciente não se esgotou nos casos acima.

45. Vendo que a competência da Justiça Federal e da Polícia Federal havia cessado, o Delegado/vítima remeteu aos Distritos Policiais da região so entorno da comunidade (“favela”) de onde foram “puxados” aqueles BOs já referidos, as fotografias constantes dos Facebooks capturados pelo mesmo, para que sejam as mesmas submetidas às vítimas de ocorrências de roubos de celulares e automóveis.

46. Resultado: o paciente foi novamente reconhecido, por vítima de uma tentativa de roubo de aparelho celular, estando processado, sendo que, no horário indicado por ela, estava trabalhando.

47. O que fez a presidente desse novo Inquérito? Chamou de volta a vítima para novo depoimento, onde o horário inicialmente fixado por ela, foi alterado para a compatibilização da acusação.

48. Com isso, pela iniciativa pessoal, oficiosa, paralela e dirigida contra si, do Delegado/vítima, já que as fotos submetidas a reconhecimento foram as mesmas dos Facebooks mencionados, o paciente vê-se processado perante a 8ª Vara Criminal da Capital, nos autos da ação penal nº 0003684-55.2015.8.26.0050, por tentativa de roubo de um celular, **embora não tenha participado de nada e tenha sempre negado a sua participação em todos os depoimentos que prestou.**

49. O paciente teme, como as suas fotos passaram a ser mostradas a todas e a cada uma das vítimas desses tipos de crime (roubo de carro e celular), tornando a sua vida um verdadeiro inferno, de suspeito permanente em potencial, que outros processos possam ser-lhe impingidos injustamente.

**IV. DAS NULIDADES DOS INQUÉRITOS  
POLICIAIS.**

**IV.I – IPL PRESIDIDO PELA PRÓPRIA  
VÍTIMA.SIMULTANEIDADE INCOMPATÍVEL.  
DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRINCÍPIO DA  
MORALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA.**

50. Extrai-se do cenário descrito que não há como deixar de se reconhecer, em favor do paciente, a ilegalidade decorrente da simultaneidade da atuação do delegado Kleber Massayoshi Isshiki, como vítima e presidente do Inquérito que investigou a subtração, ao mesmo tempo.

51. A incompatibilidade é indiscutível. No Título II, dos arts. 4º a 23º do CPP, que tratam do Inquérito Policial estão estabelecidas às competências e condutas funcionais que devem balisar a atuação da autoridade policial incumbida de apurar as infrações penais e a sua autoria.

52. Como servidor público, o encarregado do inquérito deve obedecer, dentre outros, aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade e moralidade a teor do estabelecido no art. 37º da Constituição Federal.

53. No caso presente, quando a um delegado da Polícia Federal que foi vítima de um assalto se dá a condução do Inquérito

Policial destinado a apurar a infração e a sua autoria, é inarredável que se reconheça a vulneração do art. 37º da Constituição Federal.

54. Além disso. O Código de Processo Penal em seu Capítulo III, no art. 112 estabelece essas incompatibilidades e impedimentos, ao asseverar que:

“Art. 112 – O juiz, o Órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição”

55. É certo que não se pode opor suspeição as autoridades policiais nos atos do Inquérito, a teor do art. 107 do CPP, **mas elas deverão declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.**

56. Ora bem. Aqui se deve atentar para o fato de uma pessoa, delegado de Polícia Federal, ter sido vítima de um assalto e a mesma pessoa ser erigida em Encarregado do Inquérito Policial que busca identificar os autores do crime.

57. É indiscutível que o mesmo deveria declarar-se suspeito, pelo simples motivo legal de ser uma das vítimas do crime.

58. Além disso, o delegado de polícia encarregado de um Inquérito Policial pode ser considerado, lato sensu, serventuário da Justiça, a ele se estendendo as vedações estabelecidas pelos arts. 112 e 252 e seguintes do CPP.

59. No tocante aos Juízes, por exemplo, eles não podem exercer jurisdição em processo em que tenham diretamente interesse no feito. (art. 252, inciso IV, do CPP)

60. Essa questão da ocorrência de impedimento do delegado federal/vítima Kleber Massayoshi Isshiky em funcionar como presidente do Inquérito que investigou o próprio assalto de que foi vítima, é tão explícita, que não comporta mais e profundas digressões.

61. É que, além disso, o processo penal é orientado por princípios e um dos mais relevantes é o do devido processo legal, do equilíbrio, do tratamento isonômico, do direito de defesa, do contraditório, de não ser alvo de vindita pessoal, etc...

62. E admitir-se então, que a vítima conduza as investigações, e atue depois, como suporte da acusação, dando indicações de autoria e materialidade sobre o fato criminoso que ele-vítima investigou, é admitir que a acusação faça internamente suporte do próprio argumento.

63. O paciente espera, seja reconhecida a suspeição do presente caso, decorrente do motivo legal consistir no fato da vítima apurar a autoria do delito de que foi vítima, nulificando-se o IP.

**IV.II – IP PRESIDIDO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE APÓS A DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.**

64. Mesmo que se admita, por amor à polêmica, seja permitido ao delegado de polícia vítima de um assalto ser o encarregado do Inquérito sobre o mesmo; mesmo que se admita, por amor à polêmica, que ao investigar o assalto de que foi vítima, pela subtração de um celular funcional, o encarregado do Inquérito tenha descoberto outros delitos de natureza comum e mantido a competência da Polícia Federal para essas novas investigações; mesmo que se admita tudo isso, é inarredável que, a partir da decisão judicial prolatada em **11 de novembro de 2014, nos autos nº 0013433-45.2014.4.03.6181 em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo**, que deu a Justiça Federal como incompetente para processar os acusados de roubo e de associação criminosa armada, determinando a remessa dos autos para a Justiça Estadual, a partir daí é inarredável que cessou, obrigatoriamente, a competência do encarregado do Inquérito, delegado federal/vítima, para instaurar qualquer procedimento investigatório sobre esses fatos;

65. Entretanto, não foi isso que aconteceu.

66. O delegado federal/vítima – Kleber Massayoshi Isshiky – dando de ombros à decisão judicial emanada do Juízo Federal Criminal da 1ª Vara de São Paulo, prolatada em 11 de novembro de 2014, resolveu instaurar e instaurou, em 18 de novembro de 2014, por Portaria, novos Inquéritos Policiais Federais contra o paciente.

67. Assim foram instaurados os IPLs nºs 1570/2014-15 e 1571/2014-15, ambos contra o paciente, dando-o como incurso no art. 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal.

68. Um, o IPL nº 1570/2014, referente à vítima Roberto J.P.R. e o outro, o IPL nº 1571/2014 referente a vítima Alexandre F.F.

69. E mais. Ausentando-se de remeter os IPLs instaurados após o reconhecimento de incompetência da Justiça Federal para o seu processamento, passou o delegado federal/vítima a tratar das providências sobre os mesmos, não com o Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal de São Paulo, Vara preventiva, mas diretamente com a autoridade coatora.

70. Ora bem. Com o reconhecimento da competência da Justiça Estadual para processar e julgar o crime de ROUBO, com a remessa dos autos do Inquérito ao DIPO e conseqüentemente, da atribuição da Polícia Civil do Estado de São Paulo para investigá-lo, é indiscutível a ocorrência da cessação de atribuições do DPF/vítima, no caso, sendo-lhe vedado instaurar, como fez, novos Inquéritos no âmbito da Polícia Federal e a presidí-los, por suposto.

71. Diante disso, o paciente espera que o Tribunal reconheça como nulas as investigações que se sucederam, nos Inquéritos Policiais instaurados depois da decisão que julgou a Justiça Federal incompetente para apreciar os delitos de roubo e associação criminosa as quais foram realizadas por autoridade absolutamente incompetente.

72. Inclusive os pedidos de prisão provisória e preventiva do paciente, tendo em vista que os mesmos decorreram da atuação ilegal do DPF/vítima, que, ao invés de encaminhar os autos à autoridade estadual e desligar-se do caso, entendeu de determinar a instauração de novos IPLs no âmbito da Polícia Federal, para prosseguir presidindo e conduzindo a investigação, que resultou na situação atual de constrangimento ilegal.

**IV.III – RECONHECIMENTOS  
FOTOGRAFICOS E PESSOAIS DISTORCIDOS  
OBTIDOS PELA PRÓPRIA VÍTIMA.  
IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. A  
PRECARIEDADE DELES. IMPROPRIEDADE  
DO RECONHECIMENTO DE VOZ.  
INDUZIMENTO INDISCUTÍVEL. ERRO DE  
INFORMAÇÃO. SUGESTÃO.**

73. É certo que o reconhecimento do acusado pela vítima é prova importante no tocante à autoria, **mas, sempre e quando, não haja circunstância que torne suspeita a identificação;**

74. Por outro lado, a validade dos depoimentos policiais é de ser aceita, **mas, sempre e quando, não haja circunstância que a torne suspeita.**

75. Assim, existindo indícios de que o policial tenha interesse em acusar gratuitamente e de maneira persistente e falsa o réu, como a

evidenciar verdadeira perseguição policial, não se pode afastar restrições sobre as afirmativas ofertadas, afetando, desde logo, o seu valor probante.

76. É exatamente esse o caso presente. E a existência desses reconhecimentos, feitos pela maneira como foram feitos e já explicados, não podem ser tidos como motivos hábeis para a decretação da prisão preventiva do paciente;

77. É que as solenidades desses reconhecimentos, tanto fotográficos quanto pessoais, foram conduzidas pelo Delegado/vítima, o qual se ausentou de declarar aos reconhecedores essa condição e mais a informação de que aquelas fotos provinham dos Facebooks dos acusados de o terem roubado.

78. Essas circunstâncias, maculam os reconhecimentos feitos.

79. Isso será discutido no mérito da demanda. Mas, por agora, o argumento serve para tornar inservível a sua utilização como fundamento da decretação da prisão preventiva, como foi feito.

80. Além disso, as fotos serviram para corroborar os reconhecimentos pessoais, feitos **quase dois anos depois dos fatos**, pela ocorrência do chamado “**efeito compromisso**”.

81. Colocar o paciente entre policiais federais trajados diferentemente do preso, após lembrar as vítimas do reconhecimento

fotográfico é descumprir os preceitos legais estabelecidos pelo Código para o reconhecimento de pessoas.

82. Desprezar, nos reconhecimentos, tais cuidados, que não são meras e inúteis formalidades e ao contrário, constituem condição mesma da credibilidade desse tipo de prova, é violar a lei.

83. Repare-se que os reconhecimentos fotográficos foram feitos no corpo dos próprios depoimentos pessoais das vítimas, e os pessoais foram feitos entre pessoas trajadas diferentemente onde se podia deduzir quem era para ser reconhecido, tudo isso refletindo na qualidade da prova pretendida.

84. Nos reconhecimentos de pessoas a forma é garantia. A qualidade da identificação é diretamente proporcional ao tempo de exposição da vítima ao crime e do contato com o agressor.

85. Em geral, a presença da arma distrai a atenção da vítima de outros detalhes físicos relativos ao autor do delito, restringindo a capacidade de reconhecimento. O “efeito foco na arma”, “pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma”.

86. AURY LOPES JR também discorre sobre o chamado “**efeito compromisso**”, o qual se operou, ao ver do apelante, no presente caso:

“O “efeito compromisso” (GORENSTEIN y ELLSWORTH) é definido quando ocorre uma

identificação incorreta (por exemplo, quando a pessoa analisa muitas fotografias e elege erroneamente o sujeito) e posteriormente realiza um reconhecimento pessoal.

Nesse caso, o agente tende a persistir no erro, não se deve proceder ao reconhecimento pessoal depois do reconhecimento por fotografias, pois há um risco muito grande de que ele mantenha o compromisso anterior, ainda que tenha dúvidas.”

Elementar que a confiabilidade do reconhecimento também deve considerar a pressão policial ou judicial (até mesmo manipulação) e a inconsciente necessidade das pessoas de corresponder à expectativa criada, principalmente quando o nível sociocultural da vítima ou testemunha não lhe dá suficiente autonomia psíquica para descolar-se do desejo inconsciente de atender (ou de não frustrar) o pedido da “autoridade” (pai-censor).

um reconhecimento quando já tem um bom suspeito, contribuindo para um reconhecimento positivo.

MALPASS e DEVINE, citados pelos autores, realizaram uma simulação interessante. que o autor do delito estava provavelmente presente. Setenta e oito por cento erroneamente o agressor. o autor podia não

estar presente, caiu para 33%. Definitivamente, a forma como é conduzido e montado o reconhecimento afeta o resultado final, de forma muito relevante.

87. Tudo isso será matéria de mérito. E o paciente somente tece essas considerações para mostrar que os reconhecimentos, provalmente, foram induzidos pelo Delegado/vítima, já que é duvidoso que, **quase dois anos depois dos fatos** os reconhecedores apontem “**com segurança, presteza e absoluta convicção a pessoa identificada como o nº 2, Gabriel Scarcelli Barbosa como sendo o mesmo que...**”

88. E, por isso não podem se prestar, como se prestaram, data vênua, à decretação da prisão preventiva do paciente.

**V. O DESPACHO IMPUGNADO. PRISÃO PREVENTIVA DESNECESSÁRIA.**

**V.I – CONVENIÊNCIA E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO DEMONSTRADAS. SOBRE A HIPÓTESE DE PERTURBAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PELO PACIENTE, SE SOLTO.**

89. Ao decidir pela decretação da prisão preventiva do paciente, um de seus fundamentos foi o da sua necessidade em decorrência da conveniência da instrução do processo.

90. Por outro lado, justificar a prisão preventiva do paciente, como fez a Autoridade Coatora, na suposição de que a sua liberdade poderia perturbar a colheita da prova materializa, em verdade, a prática sim de robusto constrangimento ilegal contra o paciente;

91. É que tal assertiva nada mais é do que fruto apenas de uma suposição, divorciada de qualquer veracidade no âmbito fático, e pior, adotando essa mera crença como razão de decidir.

92. Com efeito. A jurisprudência firmada por decisões proferidas pelas Cortes da Justiça brasileira demonstra ser inaceitável prisão cautelar para assegurar a instrução processual penal exarada à solta, por opinião pessoal divorciada de qualquer suporte fático, certo e idôneo a demonstrar a sua necessidade.

93. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O decreto de prisão preventiva deve ser necessariamente fundamentado com base em dados concretos extraídos dos autos, de modo a evidenciar a necessidade da custódia do acusado, dada sua natureza cautelar, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Precedentes.

2. **No caso, as razões lançadas para impingir ao ora Paciente a custódia cautelar não se mostram suficientes para justificá-la, na medida em que se trata de conclusões obtidas segundo um juízo de probabilidade, de total incerteza, uma vez que baseados em meras suposições ou pressentimentos, inservíveis, portanto, ao fim colimado.**

3. Ordem concedida para revogar o decreto de prisão preventiva, sem prejuízo de eventual decretação de nova prisão cautelar, desde que devidamente motivada em face de fatos concretos.”

(STJ, HC nº 75.362/PA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 01/10/2007) – destacamos.

94. Nesse contexto, somente por pura dedução, é possível concluir que a suposta necessidade de garantia da ordem pública veio no sentido de obstar a prática reiterada de crimes – **“a ordem pública se encontra ameaçada caso o indiciado seja colocado em liberdade, uma vez que poderia, em tese, continuar a praticar ilícito, que é de extrema gravidade e tem que ser rigorosamente combatido, e, precipuamente, na salvaguarda do meio social, violentado pela gravidade do crime”** (fls.) e **“esta infração penal é cada vez mais crescente, intranquilizando a população ordeira de São Paulo, gerando prejuízo econômico para a sociedade, de modo que é necessária a sua custódia para a garantia da ordem pública...”** (fls.) -, o que também não serviria para decretar e manter prisão contra o paciente, dado o seu conteúdo meramente discursivo, retórico, hipotético e exclusivamente subjetivo.

95. Seja como for, a motivação apresentada pela Autoridade do decreto prisional, espera-se, não há de encontrar guarida nesse E. Tribunal de Justiça, visto que, em sentido contrário, estar-se-á permitido a instituição da prisão obrigatória repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro, extirpando da medida extrema o seu caráter cautelar e antecipando sanção penal com afronta à presunção de inocência.

96. Aliás, a hipótese é cediça no repertório jurisdicional do STJ e STF, por exemplo:

“(…) A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. **Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de se mostrar ilegal. II – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória fundou-se na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão ao potencial intimidador em crimes dessa natureza, fundamentos insuficientes para se manter o paciente na prisão.** III – segundo remansosa jurisprudência desta Suprema 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 (...).

V – Ordem concedida para colocar o paciente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso.”

(STF, HC 110132/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 28/11/2011) – destacamos.

97. Na mesma linha: STF, HC nº 87343/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 22/06/2007; STF, HC nº 95460/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. em 31/08/2010 e, STF, HC nº 101.537/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 17/10/2011, entre outros.

98. Ad argumentandum, somente para conhecimento desse E. Tribunal de Justiça e sem o propósito de fazer incursões em matéria probatória, ressalta-se que o decreto de prisão preventiva, foi editado, no dia mesmo do vencimento da prisão temporária, e mesmo ainda antes do recebimento da denúncia oferecida contra o paciente:

**“Cabe ressaltar, que excepcionalmente, estou apreciando este pedido, visto que o delito é grave, e a prisão temporária do investigado vence no dia de hoje, sem tempo hábil para a remessa dos autos à Vara preventa, e o investigado ...”**

## **V.II - SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO.**

99. A Autoridade Coatora incidiu, também na prática de constrangimento ilegal contra o paciente quando indicou como um dos fundamentos justificadores da prisão preventiva, a gravidade do crime – “**visto que o delito é grave...**”, “**... caso o indiciado seja colocado em liberdade ... poderia, em tese, continuar a praticar ilícito, que é de extrema gravidade ...**”, “**... salvaguarda do meio social, violentado pela gravidade do crime...**”.

100. Data vênia, ao assim decidir olvidou-se a Autoridade Impetrada de que é defeso em lei constranger a liberdade alheia tendo como motivação a gravidade do delito porque isto é circunstância que está subsumida no próprio tipo penal, devendo ser reservada para apreciação somente na fase da dosimetria penal do processo em curso (art. 59 e 68, do Código Penal), na hipótese de condenação.

101. Sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento como o transcrito a seguir:

“A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal afasta a prisão preventiva que se funda na gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo. 3. Concessão da ordem para deferir a liberdade provisória ao Paciente e aos corréus.”

(STF, HC nº104128/SP, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJ de 16/09/2011).

“(…) AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.”

(STF, HC nº 87041/PA, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 24/11/2006).

102) Reproduz-se, com idêntico posicionamento os julgados: STF, HC nº 103536/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 21/03/2011, STF, HC nº 93.296/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18/06/2010; STF, HC nº 101/705/BA, Rel. Min. AYRES BRITO, DJe de 03/09/2010; STF, HC nº 68.631, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 23/08/1991, entre tantos outros.

103. Em que pese o mandamento legal exigir que devem ser motivadas e fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário

(artº 5º, LXI e 93, IX da CF c.c. artigos 283 e 315 do CPP), decisão da Autoridade Coatora, como suso examinado, contentou-se meramente em repetir famular e genericamente os termos contidos no art. 312 do CPP, padecendo, assim, da falta de fundamentação e motivação válidas para demonstração da necessidade da prisão preventiva.

104. De forma incontestável, a prisão preventiva, que por ser medida extrema, somente deve ser utilizada em última razão e, uma vez adotada, além de ter que atender ao contido no artigo 312 do CPP, deve também estar calcada em base empírica idônea a justificar sua indispensabilidade, aplicada por decisão judicial devidamente fundamentada, sem o que, irradiada de ilegalidade estará o ato constritor da liberdade alheia.

105. E assim é por força da garantia fundamental contida no artigo 5º, LXI da Constituição da República, em que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

106. Também e, porque a necessidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais decorrem do artigo 93, IX, da CF/88, donde se tem que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

107. O mesmo se tem do art. 283, com texto dado pela Lei 11.403/2011, que veio no sentido de que nenhum cidadão “poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em

julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

108. Sendo reiterado pelo artigo 315 do CPP, que o “despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.

109. Bem adequado ao caso em análise é o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO, cujo voto conduziu à concessão da ordem em caso outro. Leia-se:

“PRISÃO PREVENTIVA –EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. PRISÃO PREVENTIVA – SUPOSIÇÕES – IMPROPRIEDADE. A prisão preventiva tem de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições. 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.** PRISÃO

PREVENTIVA – PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. **O bem a ser protegido a esse título há de situar-se no futuro, não no passado, a que se vincula a pretensão punitiva do Estado. (...)**”. (STF, HC nº 83943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 17/09/2004).

110. Por outro foco, com relação à necessidade da prisão preventiva, a Autoridade Coatora, além de não individualizar a conduta do Paciente não a justificou adequadamente, como lhe cumpria fazer.

111. Diante dessa moldura fática, o constrangimento ilegal ora atacado resulta, com seu conteúdo inidôneo, em má violação às regras plenas dos artigos 5º, LXI, 93, IX, da Constituição Federal e dos art. 283 e 315, do CPP, balaústres da necessária fundamentação, máxime daquelas decisões que tem como mote privar a liberdade alheia.

112. Em atenção aos comandos legais acima citados, esse E. Supremo Tribunal Federal tem decidido:

“(…) A garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que

113. Em resumo, por todo o até aqui exposto, encontram-se o decreto prisional de primeira instância e a decisão da

Autoridade Coatora que o manteve fugidios de motivação e fundamentação válidas, permitindo-se, com o que mantêm viva a ofensa ao disposto nos artigos 5º, LXI e 93, IX, da Constituição Federal e artigos 283 e 315, do Código de Processo Penal, merecendo, portanto, revogação.

**VI. DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 319 DO CPP – POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO AO PACIENTE DE MEDIDA CAUTELAR À PRISÃO PREVENTIVA – CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE REQUER.**

114. Com a inovação que a Lei 12.403/2011 conferiu ao artigo 319 do CPP, aos Magistrados foram postas à disposição opções para a tutela da efetividade processual, confirmando-se a excepcionalidade da prisão preventiva, que somente poderá ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do CPP).

115. Não obstante serem os argumentos expostos nos tópicos anteriores suficientes para permitirem concessão da ordem, alternativamente, tem-se que no presente caso é plenamente possível substituir a prisão preventiva do Paciente por outra medida cautelar, dentre as previstas no art. 319 do CPP.

116. Excelência, como assevera **Luiz Flávio Gomes**, a prisão preventiva, com a nova lei das cautelares, não é apenas a ultima ratio, mas sim, a extrema ratio da ultima ratio. A regra é a liberdade: a exceção são as

cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP): dentre elas, vem por último a prisão, por expressa previsão legal. (In: Prisão e Medidas cautelares – Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: RT, 2011).

117. Observe-se que o paciente preenche os requisitos autorizadores do benefício, de forma que tais se sobrepõem às incertas e evasivas argumentações sobre a necessidade da manutenção da prisão que, não obstante, adotou fórmula-padrão, em total contrariedade à já citada normativa constitucional e infraconstitucional relativa ao tema.

118. Desta forma, ao se verificar que o paciente é absolutamente primário, possui residência fixa, família constituída e trabalha lícitamente em empresa regularmente constituída, conforme documentos acostados, passo ao largo qualquer enquadramento pertinente às regras dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

119. Assim sendo, pelo conjunto positivo das características pessoais do paciente, certo está que sua liberdade não representará ameaça à garantia da ordem pública, social, ou da instrução criminal.

120. Neste diapasão consagra-se, também, o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, inciso LXI, que deve ser elevado ao extremo, conforme ensina a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**PRISÃO PREVENTIVA -  
EXCEPCIONALIDADE.**

Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos.

**PRISÃO PREVENTIVA - SUPOSIÇÕES - IMPROPRIEDADE.**

A prisão preventiva tem de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições.

**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.

**PRISÃO PREVENTIVA - PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA.**

O bem a ser protegido a esse título há de situar-se no futuro, não no passado, a que se vincula a pretensão punitiva do Estado.

**PRISÃO PREVENTIVA - APLICAÇÃO DA LEI PENAL - POSTURA DO ACUSADO - AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO.**

**O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual.**

**PRISÃO PREVENTIVA - MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA - ELEMENTOS NEUTROS.**

**A certeza da ocorrência do delito e os indícios sobre a autoria mostram-se neutros em relação à prisão preventiva, deixando de respaldá-la.**

**PRISÃO PREVENTIVA - CLAMOR PÚBLICO. A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante a preventiva. A História retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão. (HC 83943 / MG , Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/04/2004)**

121. Arrematando a posição da Suprema Corte pátria, confira-se o seguinte julgado:

**“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 conseqüências. 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, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)**

122. Por isto a manutenção da custódia, neste momento, se apresenta absurda, diante das nefastas conseqüências geradas pelo corrompido e falido sistema carcerário, ademais das razões já exaustivamente debatidas, que culminam mesmo na inconstitucionalidade, ilegalidade, arbitrariedade e nulidade mesmo da prisão do paciente.

123. Outrossim, há de se lembrar que o ambiente carcerário, além de degradar a personalidade humana, jamais poderia ser utilizado como meio “profilático”, autoritário ou impositivo do combatido sistema de “lei e ordem” adotados por culturas alienígenas.

124. Doutra banda, não há que se utilizar a prisão preventiva como prisão moral do acusado, tampouco a utilizar como estandarte externo da funcionalidade do sistema penal.

125. Para que se justifique a prisão preventiva, mister a presença das hipóteses autorizadoras previstas nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal brasileiro, o que não ocorre no caso vertente.

126. Um decreto prisional necessita de motivações e convencimentos substanciais que, jamais, devem se amparar em meras conjecturas ou abstrações que invoquem, tão-somente, o clamor social ou a manutenção da ordem pública ou a gravidade do delito como consta, famularmente, do decreto impugnado.

127. Embasar, como foi feito, o decisum cautelar apenas na gravidade do delito (rotulação), além de gerar incontestemente instabilidade jurídica, estabelece uma forma de pré-julgamento não admitida no sistema jurídico brasileiro, por evidente incompatibilidade com o texto da Constituição, que veda, expressamente, a presunção de culpa em sede processual penal, assegurando a aplicação, dentre outros, dos princípios esculpidos no artigo 5º, incisos LIII, LIV, LVII e LXVI.

128. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a**

**natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.”(RTJ 187/933-934 , Rel. Min. CELSO DE MELLO)**

129. Desta forma, não cabem conjugações futuras das ações que poderiam infringir a correta aplicação da lei. Deve-se, sobretudo, considerar a situação da real e presente necessidade, sendo tudo devidamente balizado pelas alterações proporcionadas pela Lei Federal nº 12.403/2011.

130. Pois, inovada a temática no que se refere à prisão preventiva, conferindo, no art. 319 do CPP, aos Magistrados, opções para a tutela da efetividade processual, confirmando-se a excepcionalidade da prisão preventiva.

131. Corroborando o quanto já argüido acima, tem-se que, no presente caso, é plenamente aceitável e proporcional a substituição da prisão preventiva do Paciente por outra medida cautelar, dentre as previstas no art. 319, do CPP, ou, até mesmo, que se imponha mais de uma, cumulando-as (art. 282, §1º, CPP).

132. O rol de medidas franqueado aos magistrados que existem nove daquelas, sendo que no caso em tela, algumas se amoldam à situação do Paciente, para garantir a sua integridade, a boa instrução criminal, além da sua volta ao trabalho, retorno ao convívio social e familiar, certamente assegurando eventual aplicação da lei penal.

133. No caso em tela, que versa suposto roubo, tem-se que o paciente, ao contrário do tipo imputado, tem ao seu favor condições muito mais favoráveis, que denotam um razoável entendimento sobre percepção e adequação de perfil individual condizente com o padrão esperado pela

sociedade, estabelecendo a concreta possibilidade de se livrar solto durante o curso do processo.

134. Por estes motivos, considerada a melhor forma da norma jurídica atrelada à condição pessoal do paciente, tem-se que a sua liberdade não oferece risco à ordem social, econômica e processual.

135. Portanto, estão ausentes os requisitos para manutenção da segregação cautelar do paciente, e presentes os requisitos para a imposição de alguma(s) da(s) medida(s) cautelar(es) específica(s), cabíveis e imperiosas ou mesmo para responder à ação penal em liberdade

136. Concedendo a ordem, determinando-se a soltura do Paciente, ou substituindo-a na forma que se requer, estará sendo atendido o anseio do legislador com a decretação da Lei 12.403/11, além de realizar o primado da busca da verdade real no Processo Penal, e assegurar as garantias mínimas asseguradas à pessoa do Paciente, que pode e deve responder aos termos da Ação Penal contra si instaurada em liberdade, com substituição da prisão preventiva por outra(s) medida(s), nos termos do artigo 321 c/c art. 319 e 282, todos do CPP.

137. Também com base em tais considerações é que os impetrantes voltam suas esperanças para esse E. Tribunal de Justiça, almejando a revogação do decreto prisional malsinado, para que o Paciente possa responder em liberdade, aos demais trâmites do processo crime nº 0109064-04.2014.8.26.0050, perante o Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

## **VII. CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DA LIMINAR**

138. Em conclusão recai sobre o paciente decreto de prisão, cuja ilegalidade por ofensa aos ditames dos arts. 5º, LXV, 93, IX da Constituição Federal e arts. 283 e 315, do CPP, foi exaustivamente demonstrada.

139. Com esteio em tais circunstâncias, impõe-se a concessão de medida liminar **inaudita altera pars** para devolver a liberdade ao paciente, evitando-se, assim que persista o constrangimento ilegal que sobre ele recai,

140. Com efeito, a fumaça do bom direito restou plenamente demonstrada pelos fatos acima expostos, sobretudo pelos documentos em anexo, pela cópia da decisão da Autoridade Coatora carente de motivação fática e jurídica, que instruem a presente impetração.

141. Daí o presente **mandamus** justificar a concessão de medida liminar para determinar a imediata expedição dos competente alvará de soltura em favor do paciente GABRIEL SCARCELLI BARBOSA, já que presentes os requisitos legais do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** e, mesmo porque determina o art. 5º, inciso LXV da CF que “**a prisão será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária**”.

142. No mais, a concessão de medida liminar tem o objetivo de guardar e conservar a liberdade individual, da forma como leciona Joaquim Canuto Mendes de Almeida, citado pelas doutoras Maria Thereza

Rocha de Assis Moura e Cleonice A. V. Bastos Pitombo: “**cabe como dever de ofício, ao Poder Judiciário, no sistema constitucional brasileiro, a guarda e a conservação das liberdades individuais**” (Revista Justiça Penal, Críticas e Sugestões, pág. 157, vol. 5º, São Paulo, RT 1997)

### **VIII. DOS PEDIDOS.**

143. Diante de todo o acima exposto e por tudo o mais que dos documentos em anexo consta é que os Impetrantes, em defesa do direito de liberdade do paciente, vem perante esse E. Tribunal de Justiça requerer:

- a) Seja recebido e regularmente autuado o presente Habeas Corpus;
- b) Seja concedida a medida liminar **inaudita altera pars** com a consequente expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente GABRIEL SCARCELLI BARBOSA;
- c) Sejam requisitadas informações à magistrada, indicada como Autoridade Coatora;
- d) Sejam remetidos os autos à Douta Procuradoria para parecer;
- e) No **mérito**, seja definitivamente concedida a ordem para garantir ao paciente GABRIEL SCARCELLI BARBOSA,

trabalhador motoboy residente ao lado de uma comunidade carente existente no bairro de Vila Mariana, cujo único crime foi de aparecer em fotos registradas nos Facebooks dos jovens indicados como roubadores de um celular funcional de um Delegado de Polícia Federal que, mesmo na condição de vítima, presidiu o próprio Inquérito Policial e que resolveu estender a repressão aos amigos dos autores.

f) Alternativamente, seja determinada a substituição da prisão preventiva expedida contra o paciente GABRIEL SCARCELLI BARBOSA, primário, sem antecedentes, com trabalho fixo há mais de seis anos e residência determinada, por medida cautelar contida no artº 319 do CPP.

g) Seja reconhecida a incompatibilidade da vítima em investigar o próprio roubo, por impedimento e suspeição, declarando-se a nulidade das providências tomadas nessa dupla condição;

h) Seja reconhecida a incompetência do encarregado dos Inquéritos abertos contra o paciente no âmbito da Polícia Federal, após a declaração de incompetência da Justiça Federal para apreciar os delitos de roubo e associação criminal armada nos processos movidos contra o paciente.

144. Outrossim, os Impetrantes informam que desejam sustentar oralmente as razões desta impetração, para o que, requerem sejam intimados de todos os atos do presente Habeas Corpus, na conformidade do que determina o RITJ.

Por ser medida de JUSTIÇA!

*Luiz Eduardo Greenhalgh*  
*Advogado*

Nestes termos,

P. Deferimento.

São Paulo, 17 de julho de 2015.

**LUIZ EDUARDO GREENHALGH**  
OAB/SP Nº 38555

**FABIO GASPAR DE SOUZA**  
OAB/SP 334.174

**LUIZ PAULO HORTA GREENHALGH**  
OAB/SP 292.263