

Toron, Torihara e Szafir

a d v o g a d o s

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os advogados **ALBERTO ZACHARIAS TORON**, **RENATO MARQUES MARTINS** e **JÉSSICA MAYARA DE OLIVEIRA AGUIAR**, inscritos na seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, sob os números 65.371, 145.976 e 323.463, todos com escritório nesta Capital (SP), na Av. Angélica, nº 688, cj. 1111, respeitosamente vêm à presença de Vossa Excelência a fim de impetrar a presente

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

em favor de **LUIZ VILAR DE SIQUEIRA**, brasileiro, aposentado, com 69 anos de idade, ex-prefeito de Fernandópolis, portador da cédula de identidade RG nº 5.481.327 e inscrito no CPF nº 191.709.988-68, com endereço na Rua Amapá, nº 722, apartamento 1001, Centro, Fernandópolis/SP, ilegalmente constrangido pela d. Desembargadora Relatora do HC nº 2006028-91.2016.826.0000, em trâmite perante a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao negar a medida liminar pleiteada, chancelou a coação ilegal imposta pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis/SP, consistente na determinação, sem demonstrar qualquer fundamento concreto de cautelaridade, para que se iniciasse a execução provisória da pena enquanto pendente de julgamento recurso defensivo perante este eg. STJ.

Os impetrantes apresentam à juntada **cópia integral do Habeas Corpus de origem** (doc. 01), requerendo, desde logo, a **dispensa da requisição das informações** ao Juízo impetrado.

Os impetrantes arrimam-se no disposto nos artigos 5º, incisos LVII e LXVIII, da Constituição Federal e artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito adiante articulados.

Termos em que, do processamento,

Pedem deferimento.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2016.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP nº 65.371

RENATO MARQUES MARTINS

OAB/SP nº 145.976

JÉSSICA MAYARA DE OLIVEIRA AGUIAR

OAB/SP nº 323.463

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

COLETA TURMA JULGADORA:

EMINENTE MINISTRO RIBEIRO DANTAS (**PREVENTO EM RAZÃO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL** Nº 831.115/SP):

DOUTA SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA:

Ementa do Pedido:

1. Paciente condenado, em primeiro grau, à pena de 13 anos de reclusão pela prática dos crimes tipificados no artigo 1º, inciso I e II, do Decreto 201/67 c.c. artigo 299, *caput*, e parágrafo único do Código Penal, sendo assegurado, contudo, o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade. Interposição de recurso exclusivo da defesa.
2. Acórdão de 2º grau que mantém a condenação do Paciente, nos exatos termos da sentença. Ausência de impugnação do Ministério Público.
3. Interposição de Recurso Especial pela defesa o qual foi inadmitido na origem. Oposição de Agravo de Instrumento. **AREsp defensivo pendente de julgamento perante o eg. Superior Tribunal de Justiça.**
4. Baixa dos autos ao juízo de origem para que se mantenham **acautelados** até julgamento final dos recursos que tramita perante o STJ de forma eletrônica.
5. Ministério Público pleiteia a **execução provisória da pena**, sob o fundamento de que o AREsp, além de não possuir efeito suspensivo, seria meramente protelatório.
6. Juízo de primeiro grau que determina o início da execução provisória da pena, sem indicar qualquer fundamentação cautelar específica. Ausência de requisitos do art. 312, do CPP. **Ofensa à garantia da presunção de inocência.** Precedentes do STJ e STF: “O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, Dje-035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição

de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la” (HC n. 119.759, rel. Min. ROSA WEBER; DJ 03/02/2014).

7. Ilegalidade levada ao conhecimento do eg. TJSP que, ao negar medida liminar, chancelou a teratológica decisão do MM. Juízo de primeira instância.
8. Constrangimento ilegal imposto ao Paciente. Decisão manifestamente ilegal. Necessidade de superar o entendimento firmado pela Súmula 691 do STF com a consequente expedição de contramandado de prisão.
9. Pedido liminar para a **imediate expedição de contramandado de prisão.**

I – DO CABIMENTO EXCEPCIONAL DE *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE

LIMINAR:

O colendo Supremo Tribunal Federal, bem como este eg. Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, desde a própria edição da Súmula 691, têm admitido, em hipóteses como a dos autos, que diante da manifesta e retumbante ilegalidade, conheça-se *habeas corpus* contra indeferimento de liminar a despeito do teor do referido entendimento. A título exemplificativo veja recente julgado de relatoria do em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI:

“I – A superação da Súmula 691 do STF constitui medida excepcional, que somente se legitima quando a decisão atacada se mostra teratológica, flagrantemente ilegal ou abusiva. A situação no caso concreto é apta a superar o entendimento sumular, diante do evidente constrangimento ilegal ao qual estão submetidos os pacientes. II – No caso concreto, o requisito autorizador da necessidade de garantia da ordem pública, descrito no art. 312 do Código Processual Penal, não foi concretamente demonstrado pelo magistrado de piso. [...]

V – Impetração não conhecida mas ordem concedida de ofício, confirmada a liminar, para que seja assegurado aos pacientes o direito de

permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal bandeirante, relativamente à Ação Penal 0097554-30.2013.8.17.0001 [...]” (HC nº 121.286, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ-e 30.5.2014. E ainda: HC nº 119.759, Rel. Min. ROSA WEBER, DJ-e 03.02.2014).

Da mesma forma, este eg. STJ também permite a superação da Súmula 691:

“I - Apesar de não se admitir, em princípio, a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice. (Precedentes).

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. **A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores** (HC 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

III - In casu, o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC 114661/MG/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de

1º/8/2014)” (HC nº 310.238, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ-e 13.05.2015. No mesmo sentido: HC nº 99.207, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ-e: 19.05.2008; HC nº 197.737, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ-e: 05.03.2012)

Portanto, em caso de flagrante ilegalidade, quando, se está desrespeitando o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, como no caso dos autos, é admitida a mitigação na aplicação da Súmula 691, que restringe o manejo do remédio heroico contra indeferimento de liminar.

Inclusive, em hipótese idêntica a dos presentes autos, este eg. Superior Tribunal de Justiça, diante da manifesta ilegalidade da decisão, deferiu medida liminar superando o entendimento firmado pela Súmula 691:

“1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e numerosos julgados desta Corte, não é admissível *habeas corpus* da decisão denegatória de liminar em outro *habeas corpus*, salvo em casos de "flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada". (Precedentes.)

3. Na presente hipótese, vislumbra-se flagrante ilegalidade na segregação, a viabilizar a superação do óbice.

4. Foi firmado o entendimento no STJ de que toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Ao deferir liberdade provisória mediante o recolhimento da fiança no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), o Juízo de

1º grau entendeu que não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva. [...]

6. Ordem concedida, de ofício, **confirmando-se a liminar anteriormente deferida [...]** (HC nº 329.196, Rel. Des. RIBEIRO DANTAS, DJ-e: 23.11.2015).

As decisões acima transcritas têm um ponto em comum: caso a decisão impugnada choque-se com a lei e a jurisprudência já pacificada pelos Tribunais Superiores – fato este que torna a **ilegalidade manifesta** – nada impede que se conheça impetração contra a decisão que indefere liminar, ainda que de ofício, para se remediar o constrangimento patente.

O que não se admite é, a pretexto de um preciosismo formal, deixar-se o Paciente órfão da tutela jurisdicional, permitindo-se que seja confirmada uma decisão que desrespeita frontalmente não só o entendimento dos Tribunais Superiores bem como garantias constitucionais.

Como se demonstrará, a r. Decisão ora atacada não afastou, de imediato, manifesta ilegalidade, relegando a análise para o julgamento de mérito do *habeas corpus* originário, de modo que é necessário superar o entendimento firmado pela Súmula 691 do Pretório Excelso para resguardar a garantia da **presunção de inocência** do Paciente, atualmente em risco.

Isso porque, em apertadíssima síntese, o MM. Juízo de Primeiro Grau determinou que se iniciasse a execução provisória da pena do Paciente, com a expedição de mandado de prisão, sob o fundamento de que o Agravo em Recurso Especial interposto pela defesa e que aguarda julgamento perante esta eg. Corte não possui efeito suspensivo, ao arrepio da garantia constitucional da **presunção de inocência**.

Cuida-se, portanto, de situação inadmissível, sendo a decisão liminar que não a repele manifestamente ilegal. Senão vejamos:

II - DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Em resumo, o Paciente LUIZ VILAR DE SIQUEIRA, **idoso**, atualmente com 69 anos de idade, foi condenado em primeiro grau à estarrecedora pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no artigo 1º, inciso I e II, do Decreto 201/67 c.c. artigo 299, *caput*, e parágrafo único do Código Penal (doc. 01, fl. 09/36).

O MM. Juiz de primeiro grau expressamente consignou na r. Sentença que “*não há motivo para imposição de medida cautelar*” assegurando, com isso, o direito do Paciente de recorrer em liberdade, sendo certo que o Ministério Público **NÃO** recorreu de tal decisão (doc. 01, fl. 37/38).

A r. Sentença foi mantida por v. Acórdão do eg. Tribunal de Justiça (doc. 01, fl. 39/56), o qual, muito embora, de fato, não tenha expressamente consignado que a prisão somente teria que ser cumprida após o trânsito em julgado, também nada disse sobre existir qualquer fato que justificasse a prisão cautelar do ora Paciente. Tanto é assim que a eg. Corte paulista não determinou a expedição de mandado de prisão.

E igualmente, a PGJ (doc. 01, fl. 57/59) não recorreu, quer embargou o v. Acórdão quanto a esse ponto.

A Defesa, por sua vez, opôs embargos de declaração para prequestionar matéria e, posteriormente, interpôs Recurso Especial, o qual foi inadmitido no juízo de delibação feito no eg. TJSP (doc. 01, fl. 60/62), sendo certo que opôs Agravo em Recurso Especial recentemente enviado a esta eg. Corte onde aguarda julgamento (doc. 01, fl. 63/65).

Considerando que o AREsp tem sua tramitação de forma eletrônica perante este Tribunal (cf. Res. 01/2010), foi determinada a devolução dos autos físicos à comarca de origem – mas sequer lá chegaram ainda – para que permaneçam **acautelados** até julgamento final dos recursos.

O Ministério Público, porém, ao arrepio do que prevê a Constituição Federal, requereu a **execução provisória da pena**, sob o fundamento de que o AREsp, além de não possuir efeito suspensivo, seria meramente protelatório, de modo que a execução provisória da pena seria medida necessária e justificável.

Com efeito, ao argumento de que “*com a inadmissão do recurso especial, não há como buscar efeito suspensivo automático ao agravo de instrumento*” o MM. Juiz de Primeiro Grau, **determinou o início da execução provisória da pena** do Paciente! (doc. 01, fl. 66/69).

Frise-se, sem sequer aventar sobre eventual necessidade cautelar de tal precipitada prisão.

Ao assim proceder, *data maxima venia*, o MM. Juiz de Primeiro Grau submeteu o Paciente a inadmissível constrangimento ilegal, consubstanciado na determinação da execução da pena ao arrepio da garantia constitucional da **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**.

Diante disso, não restou alternativa ao Paciente que não socorrer-se do remédio heroico para ver preservado seu direito constitucional de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade.

No entanto, ao analisar o pedido de medida liminar, a em. Desembargadora Relatora ELY AMIOKA, d. Autoridade ora apontada como coatora, indeferiu a liminar ao argumento de que “*trata-se de medida satisfativa, o que impede a sua análise de plano, cabendo à Colenda Turma Julgadora o exame da matéria em toda sua extensão*” (fls. 71/72).

Com a devida e *maxima venia*, salta aos olhos o manifesto constrangimento ilegal a que o Paciente está submetido, de modo que não se pode relegar para o julgamento de mérito do *habeas corpus* – após todo regular e **moroso** trâmite – a repressão de tamanha ilegalidade. Sobretudo quando se viola uma das mais mezinhas garantias constitucionais: a presunção de inocência, colocando em xeque a liberdade humana, objeto de especial proteção jurídica.

De mais a mais, ainda que o pedido liminar fosse satisfativo – o que se admite apenas por amor ao debate – tal fato não inviabiliza a concessão da medida, pois se assim o fosse em nenhuma hipótese cuja discussão verse sobre prisão preventiva seria viável sua análise e concessão.

E não é o que se vê na maciça jurisprudência dos Tribunais Superiores que, ao contrário da atitude da d. Autoridade Coatora, já cansaram de conceder um sem número de liminares para repelir, de imediato, manifesto constrangimento ilegal tal como o que ora se coloca em análise. Nesse sentido, a título exemplificativo, cita-se: STF, **HC nº 119.759**, Rel. Min. ROSA WEBER, DJ-e 25.11.2013; STJ, **HC nº 329.196**, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ-e 07.08.2015.

Desse modo, sendo manifesto o constrangimento ilegal a que o Paciente permanece submetido, de rigor a superação do entendimento firmado pela Súmula 691 do Pretório Excelso.

Até porque, este eg. Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da 1ª Turma do eg. Supremo Tribunal Federal, consolidada no **HC nº 84.078-7**, de Relatoria do em. Min. EROS GRAU, reiteradamente rechaça decisões ilegais como a proferida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, asseverando para tanto que:

[...] 6. Se o réu permaneceu solto ao longo do processo, sem causar prejuízo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, é legítimo que assim continue até o trânsito em julgado da condenação, salvo se o julgador indicar motivos bastantes para decretar sua custódia cautelar, o que não ocorreu na espécie.

7. Acórdão impugnado que conferiu à prisão o caráter de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, o que não é aceito pelo nosso ordenamento jurídico.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício” (HC nº 321.207, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJ-e 03.08.2015).

Na mesma ordem de ideias, destaca-se:

“I - Apesar de não se admitir, em princípio, a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância (Súmula 691/STF), uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice. (Precedentes).

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do

pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

III - In casu, o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC 114661/MG/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014)” (HC nº 310.238, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ-e 13.05.2015; No mesmo sentido: HC nº 221.336, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ-e 17.09.2012; HC nº 166.634, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ-e 21.02.2011; HC nº 344.551, Decisão Monocrática, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJ-e 15.12.2015).

Com efeito, é voz uníssona na jurisprudência pátria que não basta para a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória o esgotamento das instâncias ordinárias. É preciso, nessas hipóteses, que o contexto fático apresentado demonstre, de forma inequívoca, a existência da cautelaridade exigida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

E basta mera leitura da decisão que determinou o início da execução antecipada da pena do Paciente para se ver que a ordem de prisão foi determinada exclusivamente porque o AREsp interposto pela defesa não teria efeito suspensivo, e não por suposta necessidade cautelar.

E muito embora o MM. Juízo de piso tenha apontado v. Aresto da eg. 9ª Câmara Criminal do eg. TJSP para dar ares de legalidade à determinação de início da execução provisória da pena do Paciente, a situação fática daquele v. Acórdão não guarda nenhuma correlação com o presente caso. Naquele, o acusado permaneceu preso durante toda a instrução processual, tendo sido condenado à pena de 01 ano e 08 meses em primeiro grau, não lhe tendo sido concedido o direito de apelar em liberdade. Quando do julgamento da apelação do MP, a pena foi aumentada para 05 (cinco) anos de reclusão, sendo certo que o condenado, que àquela altura já havia progredido para o regime prisional aberto, teve que retornar ao regime fechado em razão da nova quantidade da pena. Situação completamente diferente da que ocorre aqui, em que **o Paciente respondeu a todo o processo em liberdade**, tendo-lhe sido concedido, expressamente, o direito de recorrer em liberdade.

Assim, a despeito de o AREsp carecer de efeito suspensivo “automático”, é certo que pendente de julgamento recurso interposto pela defesa, não há que se falar em execução antecipada da pena, sob pena de ferir de morte o princípio constitucional da **presunção de inocência que opera em favor do Paciente**.

Assim é que, tendo o Paciente permanecido em liberdade durante todo o curso da ação penal e ausente qualquer alteração no contexto fático apto a justificar a imposição da custódia cautelar, configura manifesto constrangimento ilegal a determinação de início da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da r. Sentença condenatória, o qual deve ser coarctado por meio deste *writ*.

Diante de todo o exposto, de rigor a superação do entendimento firmado pela Súmula 691 do STF para, reformando a decisão liminar proferida nos autos do **HC nº 2006028-91.2016.826.0000**, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal imposto ao Paciente, assegurando-lhe o direito de permanecer

em liberdade até julgamento final dos recursos defensivos ou deste *writ*, **iniciando-se o cumprimento da pena apenas e tão somente com o trânsito em julgado da r. Sentença condenatória, determinando-se**, para tanto, a **expedição de contramandado de prisão**, por ser medida de JUSTIÇA!

III - DO PEDIDO LIMINAR:

O *fumus boni iuris* está exaustivamente demonstrado na argumentação acima exposta, consubstanciado, sobretudo, no preceito constitucional da **presunção de inocência**.

Já o *periculum in mora* reside no fato de que foi determinada a expedição de mandado de prisão, sendo iminente seu cumprimento e o recolhimento do Paciente ao cárcere antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, considerando o manifesto e absurdo constrangimento ilegal a que o Paciente está submetido **requer-se, liminarmente**, a **expedição de contramandado de prisão** até decisão final do presente *writ* ou o trânsito em julgado da condenação, por ser medida de JUSTIÇA!

São Paulo, 1º de fevereiro de 2016.

ALBERTO ZACHARIAS TORON
OAB/SP nº 65.371

RENATO MARQUES MARTINS
OAB/SP nº 145.976

JÉSSIKA MAYARA DE OLIVEIRA AGUIAR
OAB/SP nº 323.463