

HABEAS CORPUS Nº 548.252 - SP (2019/0355372-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : LISVALDO AMANCIO JUNIOR
ADVOGADO : LISVALDO AMÂNCIO JUNIOR - SP128842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE DE SOUZA MARCIANO
PACIENTE : WELLINGTON VIEIRA DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO HENRIQUE DE SOUZA MARCIANO e WELLINGTON VIEIRA DE CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da APC n.º 0047172-72.2009.8.26.0114.

Consta que os Pacientes foram condenados à pena privativa de liberdade de **1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime inicial semiaberto, pela prática do ilícito de associação criminosa, tipificado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, pois "*se associaram em quadrilha armada, de forma estável, com o fim de reiteradamente praticarem crimes contra o patrimônio, em especial, furtos qualificados e roubos majorados, de carga, a residências ou em caixas eletrônicos na cidade e Comarca de Campinas e regiões do entorno*" (fl. 14).

Inconformados, Defesa e Ministério Público interpuseram apelação no Tribunal estadual, que, ao mesmo tempo em que negou provimento ao apelo defensivo, proveu o recurso ministerial para manter a condenação em relação ao crime de formação de quadrilha na forma majorada, aumentar a quantidade da reprimenda corporal para **3 (três) anos de reclusão**, mantendo o regime semiaberto e os demais termos da sentença. Foi determinada a expedição de mandado de prisão contra os Pacientes, respeitando o prazo da eventual oposição de embargos. O acórdão foi ementado da seguinte forma (fls. 09-12):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. CONDENAÇÃO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

Apelo ministerial pelo incremento da pena-base. Apelos defensivos com preliminares de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, de nulidades absolutas por

inépcia da denúncia e por ilicitude da interceptação telefônica, com pleitos absolutórios, no mérito, por carência probatória, e subsidiários pelo abrandamento do regime inicial para o aberto e pela substituição das penas corporais. Cabimento do recurso da Acusação e descabimento dos recursos dos acusados.

1. Prescrição afastada. Acolhido o pleito ministerial, com exasperação da pena-base, não há margem técnica para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Penas entre dois e quatro anos. Lapso temporal de oito anos. Art. 109, IV, do CP.

2. Afastamento tia preliminar de inépcia de denúncia. Art. 41. CPP. Descrição do fato criminoso, com indicação, até mesmo, de atuações individualizadas dos réus. Ausência de criptoimputação.

3. Afastamento da preliminar de nulidade na produção da prova de interceptação telefônica. Respaldo em decisão judicial. Possibilidade de prorrogação da prova, desde que devidamente motivada e assentada em decisão judicial, por mais de uma vez, sob pena de se fulminar a utilidade da referida prova cautelar. Inexistência de alteração de 'objeto' de interceptação. Investigação de células criminosas, na modalidade de quadrilhas armadas (configuração pela Lei nº 9.034/1995), sendo o líder de uma delas (Rodrigo Domingues Peixoto) irmão do réu, e assecla. Ricardo Domingues Peixoto, sendo imperativo reconhecer a licitude da prova em questão.

4. Aptidão do acervo de provas à condenação - Materialidade apoiada nas próprias peças. Autoria cabal dos réus. Interceptação telefônica e provas orais obtidas a partir dos relatos judicializados dos policiais civis atuantes na análise de diálogos interceptados. Negativas reiteradas dos réus não ilidem a confirmação da responsabilidade penal de cada um. Protraídas no tempo as ações criminosas (crimes contra o patrimônio, invariavelmente), com divisão e especialização de tarefas, restou demonstrada, aqui, a estabilidade da 'societas sceleris' e o fim de cometimento de crimes. Condenação mantida.

5. Redimensionamento punitivo. Necessidade. A exasperação em dobro da pena-base dos réus é cabível. Crimes patrimoniais de alto gradiente de periculosidade, quase sempre com violência ou grave ameaça à pessoa, isto é, roubos majorados e um latrocínio. Célula criminosa fortemente armada, com armas de uso restrito e coletes à prova de balas, adquiridas por membro especializado em provê-la com poder de fogo. Periculosidade denotada, ainda, pelo enredamento de policial militar, o corréu E.A.F., que alertava os asseclas quanto à possível aproximação do aparato repressivo da Polícia Militar. Outras funções especializadas, como a do corréu - arrombamento de caixas eletrônicos. Vultosos lucros ilícitos obtidos. Atuação organizada que contava, ainda, com valhacouto garantido pela corré D.C.O.. Prática

delitiva articulada com constante troca de aparelhos celulares, com orientação do corréu R.L.B.R.. para dificultar ou inviabilizar a apuração dos demais crimes, cometidos ou em via de serem cometidos, pela Polícia Civil. Proporcionalidade na elevação da pena-base ao dobro do mínimo, mantida, ainda, a causa de aumento, em coerência às provas. - Regime semiaberto para início de cumprimento de pena. Adequação. Art. 33, § 3.º, c/c art. 59, III, ambos do CP. Individualização das penas. Conformidade do regime com a gravidade concreta. vista da pena-base, independentemente do 'quantum' punitivo ou da condição de primariedade da maioria dos réus. Maior convicção, nesse plano, para o apelante R.D.P., reincidente. - Substituição da pena corporal. Descabimento. Insuficiência das penas alternativas em vista dos fins punitivo e dissuasório da sanção penal. Indeferimento dos pleitos defensivos subsidiários.

Provimento ao apelo ministerial.

Negado provimento aos apelos dos acusados."

Neste writ, a Parte Impetrante alega, em suma, que "os Pacientes foram condenados em primeira instância às penas de 01 ano e 06 meses, em regime semiaberto, por formação de quadrilha, sendo-lhes concedido o direito de recorrer em liberdade" (fl. 04). Com o trânsito em julgado do acórdão da apelação, foi determinado pelo Tribunal *a quo* o início do cumprimento da reprimenda.

Requer, em medida liminar e no mérito, a suspensão da decisão que determinou início da execução provisória da pena, de forma a garantir aos Pacientes o direito de aguardarem em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

É o relatório inicial. Decido o pedido urgente.

Constato a configuração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, tendo em vista que – de acordo com **excerto da sentença condenatória transcrita no acórdão impugnado** –, foi facultado "aos réus o **direito de apelar em liberdade**, pois **permaneceram soltos durante todo o processo, não estando presentes os requisitos da custódia cautelar**" (fl. 63; sem grifos no original); e que o aresto guerreado determinou que "**respeitado o prazo de eventuais embargos**", se deveria providenciar a expedição dos **mandados de prisão** (fls. 73-74; sem grifos no original).

Ocorre que **não se afigura possível a execução provisória da pena, em conformidade com a conclusão de mérito do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco**

Aurélio. A propósito, no *site* oficial da Suprema Corte, noticiou-se o que se segue (www.stf.jus.br, publicado em 07/11/2019, acesso em 12/11/2019):

"Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes.

Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. Para a corrente vencedora, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual 'ninguém 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', está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

A decisão não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal."

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para suspender os efeitos dos mandados de prisão cuja expedição foi determinada *tout court* no acórdão da Apelação n.º 0047172-72.2009.8.26.0114, até o julgamento do presente *writ* ou eventual trânsito em julgado da condenação, sem prejuízo de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo avalie a necessidade da decretação de prisão processual, em deliberação devidamente fundamentada.

Encaminhem-se, com urgência, cópias da presente decisão ao Tribunal *a quo* e ao Juízo de primeira instância.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem, dentre essas, cópia da

Superior Tribunal de Justiça

sentença penal condenatória.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora