



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

VOTO nº 10674
Apelação nº 0034956-98.2017.8.26.0405
Comarca: OSASCO – Vara do Júri e Execuções Criminais
Apelantes: FABRÍCIO EMMANUEL ELEUTÉRIO,
THIAGO BARBOSA HENKLAIN e
SÉRGIO MANHANHÃ
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

*Organização paramilitar cujos membros praticaram diversos homicídios qualificados por “motivo torpe” e mediante “recurso que dificultou a defesa das vítimas” (17 homicídios consumados e 7 homicídios tentados) – Preliminares: (i) de inépcia da denúncia, por suposto déficit na descrição dos fatos; (ii) de nulidade da prova extraída do aparelho celular pertencente ao sentenciado SÉRGIO, sem autorização judicial; (iii) de nulidade do feito em razão de suposto cerceamento de defesa, que teria se caracterizado pelo indeferimento de pedido de exibição, durante o julgamento em Plenário, dos documentos juntados às fls. 6996/7016 pela defesa do sentenciado FABRÍCIO; (iv) de nulidade da sentença condenatória, por suposta ausência de correlação entre a decisão de pronúncia e o quesito relativo à autoria formulado aos jurados – Preliminares afastadas – Recursos defensivos visando a realização de novo julgamento, sob a alegação de que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos – Materialidade e autoria devidamente demonstradas – Decisão que expressa juízo compatível com o conjunto probatório, com relação aos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO, devendo ser preservada em face do princípio constitucional da ‘soberania dos veredictos’ (artigo 5º, XXXVIII, ‘c’, da CF) – Presença de indícios desfavoráveis ao sentenciado SÉRGIO que, contudo, não superam o impasse jurídico decorrente das dúvidas sérias que dimanam das provas defensivas – Situação que caracteriza, do ponto de vista jurídico-processual, o reconhecimento de que o julgamento do Tribunal do Júri é “manifestamente contrário à prova dos autos” (art. 593, III, ‘d’, do Cód. de Proc. Penal) – Necessidade de compatibilização do princípio da “soberania dos veredictos” com os princípios da “plenitude de defesa”, da “presunção de inocência” e do “duplo grau de jurisdição” – Precedentes do STJ e STF. **Recursos dos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO desprovidos – Recurso do sentenciado SÉRGIO provido, com a cassação do veredicto condenatório em relação a ele e determinação da realização de novo julgamento perante o Tribunal do Júri. Determinação para o início de cumprimento das penas dos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO e para a manutenção da custódia provisória de SÉRGIO, até a realização do novo julgamento, ante a presença dos pressupostos do art. 312 do Cód. de Proc. Penal.***



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Inconformados com a decisão proferida pela i. Juíza da Vara do Júri e Execuções Criminais da Comarca de Osasco às fls. 7286/7296, por meio da qual foram os sentenciados FABRÍCIO e THIAGO condenados pela prática dos delitos dos artigos 288-A; 121, § 2º, inciso I e IV e § 6º, por duas vezes, na forma do artigo 70 (vítimas Igor e Jonas); 121, § 2º, incisos I e IV e § 6º (vítima Rodrigo); 121, § 2º, incisos I e IV e § 6º, por dez vezes, sendo oito delas consumadas (vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos e Tiago Teixeira) e duas tentadas (vítimas Amauri e Marcos), na forma do artigo 70; 121 § 2º, incisos I e IV e § 6º, por quatro vezes, sendo uma delas consumada (vítima Rafael) e três tentadas (vítimas Sara, Diego e Guilherme), na forma do artigo 70; 121, § 2º, incisos I e IV e § 6º cc. artigo 14, inciso II, (vítima Elias) cc. artigo 73, *segunda parte* (vítimas Letícia e Eugenia); 121 § 2º, incisos I e IV e § 6º (vítima Deivison); 121 § 2º, incisos I e IV e § 6º (vítima Wilker); e 121 § 2º, incisos I e IV e § 6º, por duas vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal (vítimas Jailton e Joseval), reconhecido o concurso material entre todos esses delitos, impondo-se a eles, respectivamente, as penas de 261 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 253 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado; bem como condenado SÉRGIO pela prática dos delitos dos artigos 288-A; 121, § 2º, incisos I e IV e § 6º, por dez vezes, sendo oito delas consumadas (vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos e Tiago Teixeira) e duas tentadas (vítimas Amauri e Marcos), na forma do artigo 70; 121 § 2º, incisos I e IV e § 6º (vítima Wilker); e 121 §



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2º, incisos I e IV e § 6º, por duas vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal (vítimas Jailton e Joseval), reconhecido o concurso material entre esses delitos, ao cumprimento de 100 anos, impondo-se a ele a pena de 7 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, contra essa decisão se insurgiram os seus ii. Advogados (todos à fl. 7318), vindo as razões dos apelos às fls. 8031/8088 (FABRÍCIO), 8421/8446 (THIAGO) e 7370/7390 (SÉRGIO).

Os ii. Advogados de FABRÍCIO sustentam, preliminarmente, que deve ser decretada a nulidade (i) do feito, a partir da decisão de fl. 7118, em razão de suposto cerceamento de defesa que teria se caracterizado pelo indeferimento de pedido de exibição, durante o julgamento em Plenário, dos documentos de fls. 6996/7016; (ii) da decisão condenatória, eis que o réu *“foi pronunciado como autor dos disparos e não partícipe, como quesitou a nobre Magistrada, não havendo correlação entre a pronúncia e o quesito”* (fl. 8048). No mérito, pugnam pela realização de novo julgamento, aduzindo que os jurados, ao lançarem veredicto condenatório, decidiram contrariamente à evidência dos autos.

O i. Defensor de THIAGO afirma, preliminarmente, que a r. decisão condenatória de fls. 7286/7296 é nula em razão de suposta *“falta de correlação entre... pronúncia e quesitação aos jurados... (–) [eis que] Tanto na denúncia, quanto na sentença de pronúncia, aduz-se que o apelante agiu comissivamente em todos os delitos [de homicídio] descritos na acusação. Porém, a*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

quesitação foi formulada da seguinte forma: ‘O réu THIAGO BARBOSA HENKLAIN concorreu para a prática do crime, emprestando apoio moral e material?’” (fl. 8427). No mérito, pleiteia a realização de novo julgamento, afirmando que os jurados decidiram contrariamente à evidência dos autos.

Por sua vez, o i. Advogado de SÉRGIO alega, preliminarmente, que (i) é inepta a exordial acusatória, eis que “A narrativa dos fatos... não trouxe... a imprescindível explicação sobre a forma pela qual o Apelante participou das empreitadas delitivas (num total de 08 locais)...” (fl. 7376); e que (ii) é nula a prova extraída do telefone celular do sentenciado, ante a ausência de autorização judicial para o acesso aos dados nele contidos. No mérito, requer que seja ele submetido a novo julgamento, sob a alegação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

Contra-arrazoados os recursos às fls. 8200/8229 (Ministério Público, quanto ao réu FABRÍCIO), 8484/8510 (Ministério Público, quanto ao réu THIAGO), 8230/8249 (Ministério Público, quanto ao réu SÉRGIO) e 8355/8370 (Assistente de Acusação), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade da prova obtida através do acesso ao conteúdo do aparelho celular de SÉRGIO, bem como pela absolvição dos três sentenciados da imputação relativa ao artigo 288-A e pelo afastamento, no tocante a todos os delitos de homicídio imputados aos apelantes, da causa de aumento de pena prevista no artigo 121, § 6º, ambos do Código



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Penal (fls. 8526/8541).

Merece destaque, desde logo, que se cuida aqui da série de homicídios praticados por membros de corporações públicas de segurança que exercem suas funções nos municípios de Osasco e Barueri na noite de 13/08/2015, episódio este que ficou conhecido como “Chacina de Osasco”, amplamente propagado pela mídia.

Conforme noticiado à época¹, tais delitos foram motivados por dois eventos trágicos ocorridos nesses municípios. O primeiro deles foi o assassinato do policial militar Admilson Pereira de Oliveira, ocorrido em 07/08/2015, no “Auto Posto Lombardi Adi Itália”, em Osasco, estabelecimento em que ele atuava como “segurança” nos períodos de folga do serviço público; o segundo, ocorrido cinco dias depois em Barueri, vitimando o guarda civil Jeferson Luiz Rodrigues da Silvos², ambos fomentando intenso sentimento vingança em alguns membros dessas corporações de segurança relativamente aos criminosos que atuam em ambas as localidades.

Na noite dos fatos, os policiais militares FABRICIO e THIAGO – juntamente com o também policial militar Victor Cristilder (corrêu em relação ao qual o feito foi desmembrado, cf. despacho de fls. 8387/8388), além de outros comparsas não identificados, mas também ligados à área de “segurança pública”

¹ Vide, por exemplo, a notícia publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo” em 29/02/2016 (disponível em <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,rota-mata-foragido-que-assassinou-pm-antes-da-maior-chacina-de-sp,10000018885> – Acesso em 13/02/2019.

² V. notícia publicada pela revista “Isto É” (<https://istoe.com.br/quatro-testemunhas-depoem-no-primeiro-dia-do-juri-da-chacina-de-osasco/> – Acesso em 13/02/2019.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

(guardas civis municipais e policiais militares) – concorreram com a prática de atos diversos na execução de 17 homicídios consumados (das vítimas Igor, Jonas, Rodrigo, Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos, Tiago Teixeira, Rafael, Letícia, Jailton, Joseval, Deivison e Wilker) e de 7 tentados (Amauri, Marcos, Sara, Diego, Guilherme, Elias e Eugenia). A atuação de SÉRGIO MANHANHÃ, na condição de Comandante do Grupo de Intervenções Táticas e Estratégicas da Guarda Municipal de Barueri (GITE), consistiu em distribuir as viaturas sob seu comando, mantendo contato com o corrêu Victor, para locais diversos daqueles onde os crimes iriam ser praticados, assim concorrendo para execução dos homicídios das vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos, Tiago Teixeira, Wilker, Jailton e Joseval – todos eles ocorridos na circunscrição do município de Barueri.

A ação desenvolvida pelos apelantes, fruto do planejamento de mortes em larga escala e em breve período, alcançou o objetivo traçado pelo grupo. Nada menos que 24 (vinte e quatro) civis foram sumariamente executados ou vítimas de tentativas de execução por meio de disparos de armas de fogo, surpreendidos quando caminhavam por vias públicas ou se encontravam em estabelecimentos comerciais (bares) situados nos municípios acima mencionados, tudo a revelar dos executores especial ousadia e periculosidade.

Esses atos geraram abalo na sociedade local,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

aprofundando o sentimento de insegurança do público em geral e, particularmente, das pessoas que foram atacadas pelos acusados, todos eles agentes do Estado que têm exatamente a missão constitucional de promover a segurança pública e dar proteção aos cidadãos contra atos de violência.

Tais circunstâncias justificaram a decretação da prisão preventiva dos apelantes, os quais, com o encerramento da fase do *Sumário da Culpa* (*judicium accusationis*), foram pronunciados pela d. Magistrada de Primeiro Grau (fls. 5890/5931) e, uma vez submetidos a julgamento em Plenário do Júri, considerados “culpados” pelo Conselho de Sentença e condenados ao cumprimento das penas já mencionadas pela i. Juíza que presidiu o julgamento.

É o relatório.

É de serem afastadas as preliminares de nulidade arguidas pelos ii. Advogados.

Em primeiro lugar, não há que se falar em inépcia da denúncia.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que a inépcia da denúncia é matéria que se reputa logicamente superada pelo advento da sentença penal condenatória:



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PREJUDICIALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. "O pedido de trancamento do processo por inépcia da denúncia ou por ausência de justa causa para a persecução penal não é cabível quando já há sentença, pois seria incoerente analisar a mera higidez formal da acusação ou os indícios da materialidade delitiva se a própria pretensão condenatória já houver sido acolhida, depois de uma análise vertical do acervo fático e probatório dos autos" (RHC 32.524/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016). (...). (STJ, RHC 72647-SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, 5ª Turma, j. em 5.12.2017, DJe 13/12/2017)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO. SUCESSÃO DE MAGISTRADOS. NULIDADE DO PROCESSO. SÚMULA 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OMISSÃO E DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA PREJUDICADA. ADOÇÃO DO RITO COMUM. NULIDADE. SÚMULA N. 283 DO PRETÓRIO EXCELSO. REDUTOR DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. "A superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/8/2015)" (STJ, REsp 1.465.966/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2017).

Mas, ainda que assim não fosse, verifica-se que a descrição fática contida na denúncia, porque clara e suficiente, não reduziu, dificultou e, muito menos impossibilitou o exercício, por todos os sentenciados, do direito à *ampla defesa* relativamente às increpações formuladas contra cada um deles, não merecendo acolhidas as alegações do i. Defensor de SÉRGIO no sentido de que ela "*não... [contém] a necessária precisão na descrição dos fatos [a ele] imputados*" (fl. 7377).

É que, como é fácil constatar com a leitura da mencionada peça de acusação, aos sentenciados foram imputadas condutas homogêneas (embora praticadas em oito locais diversos), caracterizadoras de dezessete homicídios consumados e sete tentados, cometidos por eles em situação conotativa de atividade típica de milícia privada, tendo dela constado expressamente que SÉRGIO concorreu para os homicídios praticados no "Bar do



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Juvenal” (vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos, Tiago Teixeira, Amauri e Marcos), na rua Carlos Lacerda (vítima Wilker) e na Rua Irene (vítimas Jailton e Joseval) “*mediante ajuste e auxílio material e moral*” (fl. 5).

Levando-se em conta a impossibilidade física de que mais de uma pessoa ocupe ao mesmo tempo um único lugar no espaço, é óbvio que, durante a execução por vários indivíduos de um delito em concurso, cada agente sempre será responsável por atos distintos dos demais. Nem por isso torna-se necessário descrever cada gesto, cada movimento, a posição exata e a dinâmica da ação perpetrada individualmente, bastando a indicação de que cabe aos agentes responsabilidade pelas condutas-núcleo dos tipos penais violados³.

No caso em apreço, contendo a narrativa da denúncia todos os pormenores essenciais do episódio, com a indicação dos elementos de convicção que revelavam (segundo o entendimento do Ministério Público) que os apelantes atuaram com propósito uniforme de praticar os homicídios imputados a cada um deles, seria descabido exigir que ela ainda contivesse a descrição minuciosa de cada ato praticado individualmente a cada momento do transcurso da ação por eles planejada e

³ O entendimento contrário conduziria não somente ao absurdo de impor-se ao Promotor de Justiça o dever de descrever inúmeras ações não relevantes para o conhecimento da causa (como, por exemplo, qual dos agentes de um furto entrou primeiro em uma residência após terem arrombado a porta, qual deles recolheu cada um dos objetos subtraídos, quem adentrou cada cômodo e assim por diante), como a própria impossibilidade de responsabilização da quase totalidade dos criminosos, ante a não existência de meios probatórios suficientes para retratar com fidelidade absoluta os fatos pretéritos (por exemplo: ainda que gravada uma ação em vídeo, a descrição que dela farão duas pessoas que tenham assistido a gravação será sempre diferente, como resultado da variada sensibilidade humana na captação de imagens e sons e na compreensão das experiências vividas).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

executada de forma coordenada.

Registre-se, a propósito, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a falta de descrição pormenorizada dos fatos não conduz à inépcia da denúncia.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

EMENTA HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CRIMES AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. 2. A denúncia que descreve as condutas de corrêu de forma sucinta, porém individualizada, estabelecendo nexo de causalidade com os fatos, não é inepta. 3. A responsabilidade por crimes ambientais é, por expressa previsão legal, atribuível aos dirigentes da pessoa jurídica. Precedentes. 4. O habeas corpus não é a via processual adequada à análise aprofundada de matéria fático-probatória. 5. Ordem denegada. (STF, HC 101851, Relator Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-03 PP-00481)

AÇÃO PENAL - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO - HABEAS CORPUS - EXCEPCIONALIDADE. A regra é ter-se apreciação da falta de justa causa pelo juiz natural. Consubstancia exceção vir-se a trancar ação penal, sob tal ângulo, em habeas corpus, mostrando-se indispensável, para tanto, que da leitura da denúncia surja o defeito. AÇÃO PENAL - DENÚNCIA - ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - OBSERVAÇÃO. Contando a denúncia com a exposição do fato criminoso, das circunstâncias bem como da qualificação do acusado, da classificação do crime e do rol das testemunhas, descabe glosá-la. (STF, HC 84841, Relator Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00030 EMENT VOL-02173-02 PP-00283)

Criminal. Denúncia: alegação de inépcia. Não é de ser considerada inepta a denúncia se ela, embora de forma sucinta, oferece os elementos essenciais sobre as circunstâncias que cercaram o delito, com menção do dia, hora, local, marca do veículo apreendido e suas demais características, e encontrando-se relacionados os acessórios que teriam sido subtraídos pelo paciente e demais acusados, no auto de apreensão que acompanhou a peça acusatória, tudo possibilitando a defesa do paciente. (STJ, RHC 60497, Relator Min. ALDIR PASSARINHO, 2ª Turma, julgado em 19/11/1982, DJ 17-12-1982 PP-03205 EMENT VOL-01280-03 PP-00764)

Também deve ser afastada a alegação de nulidade da prova extraída do aparelho *celular* pertencente a sentenciado SÉRGIO, em que pese a opinião manifestada pelo i. Procurador de Justiça oficiante em sentido contrário.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

É fato que o C. Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisões recentes, decidiu ser nula a prova obtida pela Polícia através do acesso ao conteúdo de aparelhos de telefonia do tipo “celular” de pessoas detidas em flagrante delito, por entender que tal acesso depende de prévia autorização judicial.

Nesse sentido, v.g.:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. 2. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas. 3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelariedade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015). 4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audíveis, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. 5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal. 6. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida. (RHC 75055/DF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus - 2016/0219888-7, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, 5ª Turma, j. em 21.3.2017, publicado em DJe 27/03/2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de 'whatsapp', obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

Ditas decisões, contudo, não são aplicáveis automaticamente a todas as situações semelhantes. E não



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

apenas por não se revestirem de caráter vinculante⁴, mas, sobretudo, porque o raciocínio desenvolvido pelos ii. Ministros do C. Superior Tribunal de Justiça relatores desses julgamentos, enquanto calcado, basicamente, na proteção conferida ao sigilo das comunicações e dados armazenados por usuários da *Internet* pelo artigo 7º, incisos II e III, da Lei nº 12.965/2014⁵ (conhecida como “Marco Civil da Internet”), não invalida os princípios constitucionais que norteiam a proteção à inviolabilidade das comunicações e à vida privada, condicionando o alcance das normas de hierarquia inferior.

Como sabido, quando trata a Constituição da proteção ao *domicílio* do indivíduo (art. 5º, XI, da CF/88⁶), enquanto sede da sua vida privada e local onde usufrui com maior amplitude da sua intimidade – bem esse mais amplo, sem dúvida, do que o sigilo das comunicações de dados via *Internet* –, não confere caráter absoluto a essa proteção, que pode ser excepcionada pela necessidade de preservação do interesse público de repressão à prática de crimes.

Sobre o tema, observa o eminente Prof. LUIZ FLÁVIO GOMES que “*nossos doutrinadores, amplamente, aliás, reconhecem o valor relativo do direito à privacidade*”⁷, observando que o Pacto Internacional de Direitos Civis e

⁴ V. artigos 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República.

⁵ Lei 12.965/2014, artigo 7º: (...) “II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; ...”.

⁶ CF/88, art. 5º, inc. XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;...”.

⁷ Cf. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. RT, 1997, pág. 122. O autor cita, para ilustrar sua assertiva, os seguintes autores: René A. Dotti, Ada P. Grinover, João M. de Araújo Júnior, Paulo José Fernando Vida de Souza, Antonio S. Fernandes e Walter Nunes da Silva Júnior.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Políticos, no artigo 17, dispõe que “*ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada...*”; e que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 11, n. 2, diz que “*ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada*”. E conclui destacando que “*o que se deve evitar a todo custo é a arbitrariedade ou o abuso ou a ilegalidade. Quando fundadas razões autorizarem, pode-se quebrar o sigilo da vida privada*”⁸.

É dizer, inadmissível é a violação à intimidade dos indivíduos sem que haja *justa causa* para tanto, a ela não equivalendo a coleta de provas para elucidação de crime embasada no artigo 6º, II, III e VII, do Código de Processo Penal, ressalvadas as limitações constitucionais já mencionadas e, obviamente, as situações em que há consentimento do titular do direito protegido.

E, na interpretação da validade dos elementos de convicção obtidos pela Polícia, se o juiz se vê diante de um impasse, ante a necessidade de observância do direito individual à intimidade e a de violação desse mesmo direito para a finalidade pública e elucidação da prática de crimes, deve realizar uma ponderação entre ambos com o escopo de compatibilizar as normas em conflito (impasse real) ou, ao menos, para explicitar as razões da prevalência de uma sobre outra (impasse aparente), o que, como ensina CANOTILHO⁹, significa “*elaborar*

⁸ *Op. cit.*, pág. 123

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, pág. 1109. Segundo o autor, “*as ideias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surgem em*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”.

No que respeita à violação de domicílio – repita-se, o objeto mais amplo de proteção à intimidade individual –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que ela não acarreta nulidade alguma quando se dá com o propósito de reprimir a prática de crimes.

Nesse sentido, v.g. [sem destaques nos originais]:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO. RECURSO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DISPENSABILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRECEDENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) III – É **orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas.** Precedente. IV – Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF, RHC 121.419-SP, relator MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ª Turma, julgado em 02.09.2014).*

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. **A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação.** 2. **Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996).** 3. **Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.** 4. **Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial.** 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revolver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (STF, RHC 86082, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008).*

Constitucional e penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Posse de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes – arts. 12 da Lei n. 10.826/2003 e 33 da Lei n. 11.343/2006. Condenação em segundo grau. Trânsito em julgado. Ilicitude da prova, tendo em conta a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI, da Constituição



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Federal). **Relativização da tutela constitucional em caso de flagrante, para prestar socorro ou por determinação judicial. Ocorrência, in casu, de flagrante.** Não cabimento do writ como sucedâneo de revisão criminal, ressalvados os casos de flagrante constrangimento ilegal. Inocorrência, in casu. 1. **A norma que tutela a inviolabilidade de domicílio, inserta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, não é absoluta, cedendo “... em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”** (HC 74127, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 13/06/1997, e RHC 86082, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 22/08/2008). (...) 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (STF, RHC 117159, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013).

Por outro lado, o STF já teve oportunidade de manifestar-se sobre o alcance da proteção constitucional ao “*sigilo das comunicações de dados*” (art. 5º, XVII, CF/88), concluindo que a proteção à comunicação é “*de dados' e não dos 'dados em si mesmos'*”. Confira-se [sem destaque no original]:

EMENTA: (...) IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial”. 4. **A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador.** (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal). (RE 418416, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233)

Efetivamente, o inciso XII do art. 5º da CF/88 diz, expressamente, que “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” [não grifado



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

no original], o que evidencia a desnecessidade de prévia autorização judicial para o acesso a dados necessários à investigação criminal (ou produção de prova em processo penal), independentemente da “forma” de concretização dessa inviolabilidade estabelecida pelo legislador ordinário (que, obviamente, não pode implicar contrariedade à norma fundamental).

E o STF, órgão máximo de controle da constitucionalidade das leis no país, já teve oportunidade de manifestar-se a respeito do tema objeto desta ação no ano de 2012, concluindo pela validade do acesso a dados contidos em aparelho “celular” apreendido no contexto de prisão em flagrante delito:

*HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1. **Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência.** 2.2. **Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3. Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4. À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. (...) 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

No mesmo sentido, aliás, os seguintes julgados deste E.
Tribunal de Justiça:

"[...] Anote-se, mais, que a simples consulta de dados armazenados na memória de telefone celular (como são os dados relativos a conversas de WhatsApp) não se confunde com a quebra do sigilo das comunicações de dados. Além disso, o artigo 6º, inciso II, do CPP, dispõe que a Autoridade Policial deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato (caso do telefone celular), sendo certo que tal ato prescinde de autorização judicial." (Apelação nº 0003821-39.2015.8.26.0114, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, Relator Des. EUVALDO CHAIB, julgado em 1º.8.2017).

"[...] Destaque-se, ainda, que é desnecessária a prévia autorização judicial para a realização de perícia nos aparelhos de telefonia móvel apreendidos. O artigo 6º, incisos II, III e VII, do Código de Processo Penal, determina que a autoridade policial apreenda os objetos que tiverem relação com o fato, colha todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias e determine, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias. No caso dos autos, pois, o próprio Delegado de Polícia requisitou fosse levantados os dados existentes nos aparelhos, sem necessidade de autorização judicial, calcado na lei processual. Lícita, pois, a prova, consistente no relatório de levantamento do conteúdo de dados armazenados nos aparelhos, com a nota, inclusive, de que o agente responsável pela sua confecção ateu-se a relatar somente o que interessava às investigações, mantendo as demais correspondências e dados em sigilo. (Apelação 0000136-45.2015.8.26.0592, 5ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. PINHEIRO FRANCO, j. em 27/04/2017)

"[...] Tampouco se cogita de ilegalidade da reprodução das mensagens recebidas pelo réu em seu telefone celular, porquanto, preso em flagrante, não havia óbice a que os policiais examinassem o aparelho então utilizado no mercadejo espúrio, conforme se constatou. Com efeito, o ordenamento pátrio não confere guarida ao exercício indiscriminado de direitos fundamentais. Nem poderia ser diferente. Afinal, o abuso termina por esbarrar na esfera de proteção jurídica de outrem" (Apelação nº 0009065-21.2014.8.26.0457, Rel. Des. MARCELO GORDO, 13ª Câmara Criminal, j. em 26/01/2017).

"[...] acerca do direito constitucional de todo indivíduo à intimidade, garantido no aspecto aqui tratado, pelo sigilo telefônico (art. 5º, XII da CF), não houve ilicitude no procedimento adotado pela autoridade policial, que, nos termos do art. 6º, incisos II e III do CPP, ao tomar conhecimento do crime, apreendeu os objetos que tiverem relação com o fato (celular dos acusados) e colheu todas as provas que serviam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (verificou que nos celulares existiam registros de mensagens relacionadas à venda de drogas). Ora, nenhum direito é absoluto, não se podendo atribuir ao indivíduo o direito de praticar crimes sem a oposição estatal. O abuso de qualquer direito o desloca ao campo da ilegalidade, não podendo se cogitar de que, sob o manto do direito à intimidade e garantia ao sigilo telefônico, se pratiquem crimes" (Apelação nº 0008243-71.2014.8.26.0153, Rel. Des. OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 06/12/2016).

"[...] não entendo caracterizada a violação da privacidade ou inviolabilidade das comunicações telefônicas por interceptação ou qualquer outro meio. Entretanto, ainda que assim não fosse, a burla a esses direitos constitucionais não implicaria nulidade dessa prova ou das que dela decorreram. Encontravam-se os réus em plena execução de atividade criminosa, consistente no tráfico interestadual de entorpecentes. É sabido que os direitos e garantias constitucionais não possuem caráter absoluto. Cotejados uns com os outros, encontram limites decorrentes dos critérios da proporcionalidade e mais valia. Assim, entre o direito à privacidade e ao sigilo das comunicações, em cotejo com o das



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

liberdades públicas dos em cidadãos, prevalece este, que melhor atende aos interesses sociais” (Revisão Criminal nº 0146328-45.2013.8.26.0000, 5º Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. FRANCISCO BRUNO, j. 07/08/2014).

O caso em apreço, ademais, obriga a que se trace um paralelo lógico com o entendimento já assentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da validade da violação do conteúdo de conversação telefônica por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Nesses casos, prevalece o entendimento de que a divulgação do conteúdo da comunicação não configura nulidade alguma se há consentimento do interlocutor que desconhecia a gravação ou “quando há investida criminosa deste último”¹⁰.

O entendimento acima deriva das ponderações já feitas a respeito da relatividade do direito ao sigilo das comunicações e a necessidade de seu confronto com outros interesses não menos dignos de proteção como o da repressão à criminalidade. De fato, em casos em que um interlocutor em conversa telefônica é vítima de extorsão mediante sequestro, estelionato ou qualquer outra fraude, não seria razoável impedir o aproveitamento como prova do conteúdo das conversas para o fim de elucidação do crime. E esse entendimento se aplica, com maior razão, às situações em que o conteúdo das conversas (ou mensagens trocadas por via telemática) se refira a delitos ainda mais graves, como os tratados nestes autos.

¹⁰ Nesse sentido, por exemplo, do STF: *Habeas corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É ilícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida. (HC 75.338-RJ, j. 11.março.1998, Rel. Min. Néelson Jobim, Pleno). E, do STJ: RHC 1916/MG – 5ª Turma – j. 20/03/2007 – Rel. Min. Felix Fischer; HC 33110/SP – 5ª Turma – j. 27/04/2004 – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca etc.*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ora, como acertadamente apontado pelo i. Promotor de Justiça oficiante, Dr. Marcelo Alexandre de Oliveira, o referido telefone celular fora “*espontaneamente fornecido pelo apelante para o Delegado de Polícia... de Barueri, a exemplo de muitos outros telefones pertencentes a Guardas Municipais*” (fl. 8233). É dizer, o aparelho não foi apreendido retirado das mãos do sentenciado SÉRGIO, senão entregue pelo próprio para ser submetido à perícia, não sem antes ter ele apagado as mensagens comprometedoras que dele foram extraídas mediante utilização de tecnologia apropriada (que permite a recuperação de dados apagados do aplicativo *whatsapp*¹¹ – v. cópias de fls. 1765/1783).

É dizer, o exame do aparelho se deu mediante consentimento do seu possuidor, não sendo razoável que se considere inválida a prova resultante do exame pericial elaborado posteriormente apenas porque o seu resultado é desfavorável às teses defensivas invocadas a seu favor.

De outra parte, ainda no tocante à validade do conteúdo de escutas telefônicas, o STF, mediante interpretação da doutrina norte-americana da “*árvore dos frutos envenenados*” (*fruits of the poisonous tree*), também já fixou o entendimento de que a eventual coleta de provas por meio de interceptação ilícita de comunicações telefônicas não contamina a decisão que resulta de elementos de convicção independentes, sempre que o

¹¹ Conforme mencionado à fl. 1738 pela i. Autoridade Policial subscritora do “relatório” de fls. 1737/1740.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

conjunto de informações dela resultante “*não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial...*”.

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes [sem destaques nos originais]:

"Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial."(STF - 1ª T. - HC nº 74.599-7/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 07/02/97, pág. 1340). – (No mesmo sentido: "Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, havendo tão-somente corroborado as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial" - STF- 1ª T. - HC 74.478-8/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 21/03/97, págs. 8507-8508).

ESCUA TELEFÔNICA - "FRUITS OF THE POISONOUS TREE" - NÃO ACOLHIMENTO. "Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial." (STF - 1ª T. - HC nº 74.599-7/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 07/02/97, pág. 1340).

"PROVA ILÍCITA - Tóxicos - Tráfico de entorpecentes - Escuta telefônica - "Fruits of the poisonous tree - Não acolhimento. "Desacolhimento do proposto pela Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão de ofício de habeas corpus para anular-se a decisão condenatória. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que contamina as demais provas que dela se originam -, não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial." (STF - 1ª T.- HC nº 74.530-0/AP- Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 13/12/96, págs. 50.167-50.168).

No caso em apreço, nada indica que os jurados tenham formado seu juízo de procedência exclusivamente com base no conteúdo das mensagens armazenadas no aparelho celular de SÉRGIO, senão, também, nas demais evidências obtidas no curso do processo, em especial o depoimento da testemunha



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Renato Cosmo dos Santos (fls. 114/120), a qual afirmou que, na data dos fatos, avistou *“uma viatura da Guarda Municipal do grupo de elite de que o réu é comandante [o GITE – Grupo de Intervenções Táticas e Estratégicas da Guarda Municipal de Barueri] passar em baixa velocidade na Rua Antônio Benedito Ferreira [local onde foram efetuados disparos contra as vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos, Tiago Teixeira, Amauri e Marcos]... e, passados, no máximo 2 minutos, parou [em frente ao bar em que estavam as vítimas] um veículo Sanderó cor prata, de dentro do qual saíram 3 indivíduos atirando”* (cf. sentença de pronúncia, fl. 5925).

Em suma, ainda que fosse possível admitir a nulidade reclamada pelo seu i. Defensor, tal não seria suficiente, por si só, para excluir a responsabilidade de SÉRGIO, que também poderia estar assentada em elementos de convicção independentes do conteúdo das mensagens extraídas a partir do exame pericial realizado em seu “celular”.

De outra parte, não se constata qualquer cerceamento de defesa no indeferimento do pedido formulado pelos ii. Defensores de FABRÍCIO para *“apresentação e utilização em plenário dos documentos constantes nas folhas 6996/7016”* (fl. 8050).

Tal pedido foi indeferido pela i. Magistrada que presidiu o julgamento nos seguintes termos: *“tais documentos dizem respeito aos fatos e não poderão ser exibidos durante o plenário,*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

nos termos do artigo 479, parágrafo único, do CPP” (fl. 7115)¹².

Com efeito, a sessão plenária foi designada para o dia 18/09/2017 (segunda-feira), de modo que os documentos em questão deveriam ter sido juntados com antecedência mínima de três dias úteis, contados retroativamente desta data – isto é, até 12/09/2017 (terça-feira) –, mas o foram somente em 13/09/2017, conforme registros constantes do processo digital.

Frise-se, de qualquer modo, que por referir-se a ocorrência à matéria apenas anulável, incumbia a defesa argui-la no momento oportuno, isto é, logo depois de anunciado o julgamento, como estabelece a norma do artigo 571, inciso V, do CPP. Não o fazendo, a questão tornou-se preclusa, o que impede o seu reexame nesta Sede.

Tampouco há que se reconhecer a nulidade da r. decisão condenatória por *“falta de correlação entre... pronúncia e quesitação aos jurados”* (fl. 8427), sob o argumento de que os réus foram *“pronunciado[s] como autor[es] dos disparos e não partícipe[s], como quesitou a nobre Magistrada...”* (fl. 8048).

É que, inversamente do quanto alegado pelos ii. Defensores dos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO, a i. Magistrada de Primeiro Grau mencionou na r. decisão de pronúncia (fls. 5890/5931) que *“há elementos suficientes no sentido de participação dos réus nos crimes de homicídios*

¹² Art. 479, CPP: *“Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

praticados na noite do dia 13 de agosto de 2.015...” (fl. 5926), ressaltando que “a análise aprofundada das provas acerca da participação de cada um dos réus, deverá ser feita pelo Juízo competente, que é o Conselho de Sentença” (fls. 5929/5930).

Como sabido, deriva diretamente da evolução do conceito naturalista de causalidade a elaboração de novas teorias voltadas a fundamentar a atribuição de responsabilidade penal ao agente que, mesmo não praticando a conduta-núcleo descrita no tipo delitivo, “*de qualquer modo, concorre para o crime*” (cf. art. 29 do Código Penal), sujeitando-se à punição, por equiparação, como se autor fosse.

Entre as diversas teorias desenvolvidas a partir do Século XIX, é a *teoria unitária* (ou monista) a que foi adotada pelo Código Penal brasileiro, tendo como fundamento a unidade de crime. Como observa DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS¹³, para essa teoria, “*Todos os que contribuem para a integração do delito cometem o mesmo crime. Há unidade de crime e pluralidade de agentes*”.

O desenvolvimento da *teoria unitária* ao longo de mais de um século, redundou na formulação de conceitos que suplantaram a ideia de vinculação da responsabilidade penal exclusivamente à pessoa do *autor* – entendido, segundo a superada concepção causal naturalista, como aquele que pratica

¹³ *Direito penal, 1º Volume. Parte Geral*, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 454. Na autoria, segundo o autor, a adequação da conduta ao tipo penal e dá por *subordinação direta ou imediata*, enquanto na coautoria, participação e tentativa se dá por *subordinação mediata ou indireta* (ou ampliada), em que a subordinação da conduta ao tipo não deriva de sua plena conformidade com a conduta-núcleo nele descrita, mas da incidência de uma norma de “ampliação” da causalidade (causalidade normativa), seja a do artigo 14, seja a do artigo 29 do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

a conduta expressa pelo verbo núcleo dos tipos penais (o que “mata”, “destrói”, “corrompe”, “estupra” etc.).

Por conseguinte, hoje não é mais passível de discussão a sujeição da responsabilidade penal ao *coautor* (aquele que, “de qualquer modo, concorre” para o resultado), ao *autor mediato* (o que realiza o fato por intermédio de outrem), ao *autor intelectual* (o que comanda o fato – ou tem domínio sobre ele) e ao *partícipe* (aquele que, não praticando a conduta-núcleo do tipo, sujeita-se à responsabilização por haver induzido, instigado ou auxiliado o autor material).

Em realidade, como ressalta DAMÁSIO E. DE JESUS¹⁴, correspondem a uma “ampliação espacial e pessoal do tipo, pois a descrição delitiva, com o concurso da regra do art. 29, não abrange somente o comportamento que se amolda imediatamente em seu núcleo, estendendo-se também às condutas que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime” [não sublinhado no original].

Assim as coisas, era natural que os quesitos relativos à autoria dos sentenciados no tocante a cada um dos homicídios fossem formulados aos jurados de maneira genérica (“O réu... *concorreu para a prática do crime, emprestando apoio moral e material?*” – fl. 7222), de modo a permitir que eles decidissem de acordo com sua *íntima convicção*¹⁵ também com relação ao

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 451.

¹⁵ Como leciona TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal - volume 3*, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 274, “*tal sistema [de apreciação de provas] vigora, entre nós, nos julgamentos pelo Tribunal do júri. De fato, os*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

vínculo causal determinante da sujeição de cada um dos acusados à responsabilização penal pelos fatos da denúncia. Não cabia a i. Magistrada, na fase antecedente ao julgamento pelo Tribunal do Júri, limitar a apreciação dos fatos pelos juízes leigos segundo a ótica exclusiva da “autoria direta”, na medida em que tal implicaria não apenas restringir o âmbito de conhecimento da causa pelo *juiz natural* (o Conselho de Sentença), como, inclusive, a amplitude da defesa, *ex vi* do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 29 do Código Penal.

E o acerto dessa decisão se revela em toda a sua extensão quando se observa constar da narrativa da denúncia que “*FABRÍCIO... e THIAGO... concorreram para os crimes [nela] descritos mediante ajuste e auxílio material e moral*” (fl. 4), o que possibilitou a esses acusados, desde o início, exercerem amplamente o direito de defesa assegurado pela Carta Magna a favor dos cidadãos formalmente acusados de prática de crime.

Por fim, como bem salientado pelo i. Promotor de Justiça oficiante à fl. 8211, resta considerar que basta o exame da ata de julgamento – em particular a página 7308 – para constatar que “*não houve reclamação com relação aos quesitos redigidos e lidos em plenário e, tampouco, incidente ou reclamação durante a votação na sala secreta, o que permite facilmente concluir que... a questão está, inarredavelmente, atingida pela preclusão, por conta do que dispõe o artigo 571, inciso VIII, da legislação processual penal...*”.

jurados decidem sigilosamente, de acordo com a sua íntima convicção, sem fundamentar seu voto. E mais até: sem que se saiba, normalmente, qual teria sido seu voto, se contra ou a favor...



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

No mérito, o julgamento conduz a soluções diversas, como a seguir explicitado.

FABRÍCIO EMMANUEL ELEUTÉRIO, THIAGO HENKLAIN e SÉRGIO MANHANHÃ foram processados e condenados às penas inicialmente mencionadas porque, *“juntamente com terceiras pessoas ainda não identificadas, constituíram, organizaram e integraram organização paramilitar, milícia particular, grupo e esquadrão com a finalidade de praticar crimes previstos no Código Penal, especialmente o crime de homicídio”* (fl. 3), sendo que, na data de 13/08/2015, no período compreendido entre 20h49m e 22h51m, *“concorreram para os crimes [de homicídio abaixo] descritos, mediante ajuste e auxílio material e moral”* (fl. 4), todos eles praticados por motivo torpe, mediante *recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa dos ofendidos e em atividade típica de milícia privada*, nos termos a seguir explicitados:

(i) no “Bar do Tim” (Rua Astor Palamin, 244, Osasco/SP), por volta das 20h49m, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Igor Silva Oliveira e Jonas dos Santos Soares, produzindo-lhes os ferimentos descritos nos laudos de exame necroscópico de fls. 104/117 e 118/131 (do IP 589/15), os quais foram causas efetivas de suas mortes”* (fl. 4), sendo que FABRÍCIO e THIAGO,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

“fazendo uso de um veículo Peugeot, 2 portas, cor prata, concorreram para... [tais] crimes...” (fl. 4);

(ii) na “Bomboniere Sonho de Deus” (Rua Professor Sud Menucci, 152, Osasco/SP), por volta das 20h50m, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Rodrigo Lima da Silva, produzindo-lhe os ferimentos descritos nos laudo de exame necroscópico de fls. 75/86 (do IP 590/15), os quais foram a causa efetiva de sua morte”* (fl. 4); sendo que FABRÍCIO e THIAGO, *“fazendo uso de um veículo Peugeot, 2 portas, cor prata, concorreram para... [tais] crimes...”* (fl. 4);

(iii) no “Bar do Juvenal” (Rua Antonio Benedito Ferreira, 374, Osasco/SP), por volta das 20h51min, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Adalberto Brito da Costa, Antonio Neves Neto, Eduardo Oliveira Santos, Fernando Luiz de Paula, Leandro Pereira Assunção, Manoel dos Santos, Thiago Marcos Damas e Tiago Teixeira de Souza, produzindo-lhe os ferimentos descritos nos laudo de exame necroscópico de fls. 1745/1748, 1754/1756, 1757/1759, 1238/1253, 1752/1753, 1743/1744, 1749/1750 e 1225/1237 (do IP 530/15), os quais foram causa efetiva de suas mortes, bem como contra Amauri*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

José Custódio e Marcos Antônio Passini, produzindo-lhes os ferimentos descritos nos laudos de exame de corpo de delito de fls. 453 e 2554/2557 (do IP 530/15), dando início a... crimes de homicídio que apenas não se consumaram por circunstâncias alheias à sua vontade” (fls. 4/5), sendo que FABRÍCIO e THIAGO, “fazendo uso de um veículo Sander, 4 portas, cor prata, concorreram para... [tais] crimes...” (fl. 5);

(iv) no comércio situado na Rua Professor Moacir Sales D'Ávila, 762, Osasco/SP, por volta das 21h29m, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Rafael Nunes de Oliveira, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 2760/2761 (do IP 592/15), os quais foram causa efetiva de sua morte, bem como contra Sara Luiza Lopes Dantas, Diego Freire Rodrigues e Guilherme Moreira da Silva, produzindo-lhes os ferimentos descritos nos laudos de exame de corpo de delito... [de fls. 3681/3682, 3668/3669 e 5836/5837]” (fls. 5/6), sendo que FABRÍCIO e THIAGO, “fazendo uso de um veículo Peugeot, 2 portas, cor prata, concorreram para... [tais] crimes...” (fl. 6);*

(v) no cruzamento da Rua Suzano com a Avenida Alberto Jackson Byington, Osasco/SP, por volta das 21h33m, *“pessoas não completamente*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima... “Elias” [protegida nos termos do Provimento nº 32/00 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo] produzindo-lhe os ferimentos descritos nos laudos de exame de corpo de delito de fls. 155, 234 e 235/238..., dando início a um crime de homicídio que apenas não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade... Alguns dos projéteis disparados, por acidente e erro no uso dos meios de execução, atingiram Letícia Vieira Hildebrand da Silva, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico a fls. 231/234 (do IP 529/15), os quais foram causa efetiva de sua morte, bem como atingiram Eugenia Monteiro de Oliveira...” (fl. 6), sendo que FABRÍCIO e THIAGO, “fazendo uso de um veículo Sandero, 4 portas, cor prata, concorreram para... [tais] crimes...” (fl. 7);

(vi) no cruzamento da Rua Vitantonio D'Abril com a Rua Serafina Abril, Osasco/SP, por volta das 21h55m, “pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Deivison Lopes Ferreira, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 56/57 (do IP 588/15)”, sendo que FABRÍCIO e THIAGO, “fazendo uso de um veículo Sandero, 4 portas, cor prata, concorreram para... [tal]



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

crime...” (fl. 7);

(vii) na Rua Carlos Lacerda, 579, Barueri/SP, por volta das 21h57m, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Wilker Thiago Correa Osório, produzindo-lhe os ferimentos descritos... [no laudo de exame necroscópico de fls. 3672/3675], os quais foram a causa efetiva de sua morte”* (fl. 7), sendo que FABRÍCIO e THIAGO, *“fazendo uso de um veículo Sandero, 4 portas, cor prata, concorreram para... [tal] crime...”* (fl. 8);

(viii) no bar situado na Rua Irene, 823, Barueri/SP, por volta das 22h51m, *“pessoas não completamente individualizadas..., agindo com manifesto ânimo de matar, efetuaram disparos de arma de fogo contra Jailton Vieira da Silva e Joseval Vieira da Silva, produzindo-lhes os ferimentos descritos... [no laudo de exame necroscópico de fls. 5838/5840 e 5841/5843], os quais foram a causa efetiva de suas mortes”* (fl. 8).

Consta, por fim, que o sentenciado SÉRGIO MANHANHÃ, *“na condição de Comandante do GITE...”* (fl. 5) concorreu para os crimes descritos nos itens “iii” (vítimas Adalberto, Antônio, Eduardo, Fernando, Leandro, Manoel, Thiago Marcos e Tiago Teixeira), “vii” (vítima Wilker) e “viii” (vítimas Jailton e Joseval) acima descritos, *“mediante ajuste e auxílio material e moral”* (fl.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

5).

A materialidade restou comprovada pelos boletins de ocorrência de fls. 26/31, 33/34, 35/36 e 37/38 e laudos de exame pericial de fls. 230/232 e 235/238 do Inquérito Policial 529/15, 57/59 do IP 588/15, 104/117 e 118/131 do IP 589/15, 75/86 do IP 590/15, 1265/1269, 1278/1278, 1816/1818, 1819/1822, 1823/1825, 1826/1828, 2883/2885, 3668/3669, 3681/3682, 3672/3675, 3688, 3696/3698, 3700, 3702/3704, 5838/5840 e 5841/5843.

A autoria é igualmente indene de dúvidas com relação aos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO.

FABRÍCIO foi reconhecido pela vítima *protegida* “Elias” (v. auto de reconhecimento pessoal de fls. 947/948) como o “*homem que efetuou disparos em sua direção na noite do dia 13 de agosto de 2015... e apesar de... [ter olhado] repentinamente para ele naquela ocasião..., guardou sua fisionomia...*” (fl. 947).

Essa mesma vítima afirmou – tanto na Delegacia de Polícia (fls. 1087/1091) quanto na fase do *Sumário da Culpa* (mídia que acompanha os autos digitais) – que, na data dos fatos, estava “*na Rua Suzano, em frente à casa de um colega, quando saíram da quadra, que a empresa pagava para os funcionários usar. Quando estava subindo para sua casa, na avenida, sozinho, se aproximou um carro, vindo por trás, olhou para dentro do carro, e pensou que alguém ia pedir alguma*”



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

informação, nunca deveu para ninguém. Viu o passageiro e sentiu o primeiro (tiro), correu, levou um tiro no braço e quando se virou, recebeu outro disparo no outro braço. Era um carro escuro. O vidro estava abaixado, o do passageiro da frente, o ocupante estava de cara limpa, não esperava ser alvejado, se não tinha corrido antes. Quando chegou perto, ficou esperando a pessoa pedir alguma informação, mas viu a arma e levou o primeiro tiro. Correu, voltando de onde estava vindo e continuaram os disparos. Viu o rosto da pessoa que atirou, mas nunca tinha visto esta pessoa, não o conhecia... Após os disparos, pulou o muro de uma casa e ficou lá escondido. Esperou, porque ainda ouvia disparos, procurou ajuda em um UPA e foi transferido para um hospital. Quando obteve alta do hospital, foi para casa e depois resolveu ir para a Delegacia de Polícia, porque não devia nada, foi ao DHPP em São Paulo. No primeiro dia que compareceu ao DHPP, foram mostradas várias fotografias de policiais, umas 10 fotos, e reconheceu um policial em especial e apontou, em audiência, o réu FABRÍCIO como sendo a pessoa que atirou de dentro do carro contra si. No DHPP foi feito o reconhecimento pessoalmente...” (cf. sentença de pronúncia, fls. 5898/5899). A vítima “Elias” reconheceu mais uma vez FABRÍCIO na mesma fase processual, oportunidade em que “chegou a urinar nas calças, tamanho era seu nervosismo e medo, quando avistou e reconheceu o réu FABRÍCIO, pela teleaudiência” (fl. 5919). No Plenário do Júri (mídia), acrescentou que conseguiu visualizar o rosto de FABRÍCIO com nitidez, pois chegou a se aproximar do veículo em que ele estava, acreditando que seus ocupantes iriam lhe pedir alguma



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

informação. Por fim, renovou os reconhecimentos feitos anteriormente.

A testemunha protegida “798” (fls. 2308/2310) afirmou à Corregedoria da Polícia Militar que, *“no dia 13 de agosto de 2015, no período noturno, encontrava-se pelo Bar... localizado na esquina da Rua Suzano com a Avenida Jackson Byington..., quando um veículo prateado veio da Rua Suzano e ficou estacionado ao lado do bar... Em seguida, quando um rapaz moreno [a testemunha protegida ‘Elias’] vinha correndo da Avenida, o passageiro abriu um pouco o vidro e passou a atirar com uma pistola na direção do rapaz, que fugiu descendo a rua Suzano... O ocupante abriu um pouco a porta, colocou o braço para fora e começou a atirar, vindo a atingir duas mulheres que ali estavam”* (fls. 2308/2309). No Plenário do Júri (mídia) acrescentou que nunca havia visto tal rapaz.

A testemunha Nilton (mídia) afirmou, na fase do *Sumário da Culpa*, que é *“proprietário de um bar na Rua Astor Palamin [‘Bar do Tim’] e, por volta das 19h40min/20h, duas pessoas estavam tomando cerveja na calçada, a rua estava deserta... Por volta das 20h10min/20h15min um veículo... de cor prata, se aproximou, parou em frente ao bar e duas pessoas que estavam dentro do carro ficaram olhando para dentro do bar e para os rapazes que bebiam na calçada... Uma pessoa encapuzada e com luva desceu do carro começou a atirar”* (cf. sentença de pronúncia, fl. 5908).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A vítima Amauri (mídia), também na fase do *Sumário da Culpa*, afirmou que “*estava em um bar [o ‘Bar do Juvenal’] bebendo cachaça e cerveja. De repente, cochilou e não viu nada. Cochilou sentado em uma cadeira dentro do bar... Acordou após 12 dias do coma*” (cf. sentença de pronúncia, fl. 5890). No Plenário do Júri (mídia), acrescentou que, em razão dos ferimentos sofridos, perdeu os movimentos da metade esquerda de seu rosto e tem dificuldades para mastigar em decorrência de fraturas provocadas em sua mandíbula.

A vítima Marcos Antônio (mídia), ouvida apenas no Plenário do Júri, esclareceu que na data do ocorrido estava no “Bar do Juvenal”, quando ouviu barulho de disparos de arma de fogo. Presenciou o momento em que um dos atiradores entrou no bar e efetuou mais disparos, mas não conseguiu visualizar o seu rosto.

A testemunha Renato Cosmo dos Santos (fls. 114/117) afirmou, na fase inquisitória, que “*na noite de 13 de agosto de 2015... encontrava em um bar localizado na Rua Antônio Benedito [‘Bar do Juvenal’]... Estava do lado de fora do bar, quando em dado momento avistou claramente duas viaturas de grande porte e com pintura camuflada..., reconhecendo-as como sendo da Guarda Civil de Barueri, sendo que ambas passaram bem devagar..., com os seus ocupantes olhando atentamente para o bar... Após cerca de no máximo dois minutos, ali surgiu um veículo... Sandero..., que... parou em frente ao bar, desembarcando três indivíduos encapuzados, tendo o motorista*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

permanecido dentro deste automóvel... Esses três indivíduos começaram a atirar contra todos que estavam no bar... Fugiu correndo desse local... Várias pessoas que ali se encontravam começaram a dizer que os autores [dos disparos] seriam GCM's (Guardas Civis de Barueri), não só pelo fato de terem passado por ali instantes antes, mas também... [porque] dias antes haviam matado um Guarda Civil Metropolitano de Barueri..., sendo que os autores dessas mortes costumavam ficar no bar em que a chacina se deu... Não tem dúvidas de que as duas viaturas que viu passando pouco antes da chacina... [eram] duas Toyota Hilux da Guarda Civil Municipal de Barueri... A Polícia Militar... demorou muito tempo para chegar [ao local], acreditando que tenha[m] sido aproximadamente 15 ou 20 minutos..." (fls. 114/116).

A testemunha Juvenal Teixeira de Sousa (fls. 119/122) afirmou, na fase inquisitória, que é *"irmão da vítima fatal Tiago Teixeira de Sousa... [e] proprietário do bar ['Bar do Juvenal'] onde ocorreu a chacina... Como de costume, abriu seu comércio no dia 13 de agosto..., tendo trabalhado... até as 16h00, quando Tiago chegou... Próximo às 21h00 foi informado por populares que havia acontecido um tiroteio em seu bar... Imediatamente dirigiu-se até [lá]... Tiago e outras quatro pessoas jaziam caídas no chão... Socorreu Tiago para o Pronto Socorro do Jardim Mutinga, em Barueri, onde já chegou em óbito. Ouviu comentários generalizados de moradores do bairro dando conta de que os atiradores chegaram em um automóvel prata... [e] quatro homens... [dele] desceram e sem nada dizer atiraram contra os*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

frequentadores do bar” (fls. 119/121).

A vítima Sara, fase do *Sumário da Culpa* (mídia), esclareceu que, na data dos fatos, *“subia para sua casa, sozinha, e estavam Diego, Rafael e Guilherme na rua. Diego a chamou, atravessou a rua e escutou o carro descendo freando, um carro prata, e uma pessoa abriu a porta, desceu do carro e efetuou dois disparos. Diego a puxou, caíram e sentiu a perna. O atirador abriu a porta do passageiro dianteiro, desceu e atirou. Não viu se havia outras pessoas no banco traseiro... Ouviu a porta fechando e [o veículo] saiu cantando pneu. Pelo que sabe nenhum dos rapazes eram envolvidos em crimes, mas usavam maconha e tinham usado momentos antes. Foi para o hospital, mas teve alta na mesma noite... Não conseguiu ver a fisionomia da pessoa que desceu do carro e atirou”* (cf. sentença de pronúncia, fl. 5900).

Por sua vez, a vítima Diego, na fase do *Sumário da Culpa* (mídia), narrou que *“estava esperando Sara para conversar e comer um pastel... Chamou Sara quando a viu subindo a rua. Viu um carro parando... de forma brusca, a 3 metros de distância, no meio da rua. Viu uma pessoa descendo, com uma arma na mão, puxou a Sara para o chão. Ouviu disparos de forma não sequencial, percebeu que eram pistolas, pois ouvia as capsulas caindo no chão. Foi atingido no pé e Sara disse que foi atingida na perna. Ouviu duas portas se fechando e o carro indo embora... Havia mais de uma arma. A pessoa que desceu do carro estava com o rosto coberto. Vizinhos dizem que FABRÍCIO era o motorista do carro, pois havia muitas pessoas na rua, o*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

comércio estava aberto, e estas pessoas viram FABRÍCIO. As pessoas não querem aparecer, não querem depor por medo...” (cf. sentença de pronúncia, fl. 5900).

A vítima Eugênia, também na fase do *Sumário da Culpa* (mídia), narrou que *“não viu o que aconteceu. Estava saindo de casa, trancando o portão e recebeu um disparo de raspão na perna. Não ficou sabendo se outras pessoas foram atingidas e nem procurou saber. Foi socorrida pelo SAMU e levada para o Hospital Antônio Giglio, onde ficou internada por 27 dias”* (cf. sentença de pronúncia, fl. 5899).

A testemunha *protegida* “Gama” (fls. 1062/1063) afirmou, na fase inquisitória, que *“conhece um dos vizinhos do policial militar THIAGO HENKLAIN... Este vizinho lhe confidenciou que na data dos fatos THIAGO chegou em casa fora do horário normal, por volta de 23h30 ou meia noite... Percebeu que ele estava muito agitado, nervoso. No dia seguinte, em função da exibição das imagens do crime ocorrido no bar da Rua Irene, ouviu THIAGO discutindo com sua esposa, eis que ela teria reconhecido [nas imagens] sua camiseta e calça jeans como sendo a mesma utilizada por um dos atiradores que estava naquele bar... Durante a discussão, THIAGO teria dito ‘você prefere que os noia mate os policiais? Nois tem que matar os noia mesmo!’. Posteriormente sua mulher teria dito ainda que era para ele sumir com as roupas que tinha utilizado... Já viu THIAGO... [usando] uma jaqueta preta [do tipo “motoqueiro”, com marcas reflexivas nas costas] igual aquela que aparece nos*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

vídeos” (fls. 1062/1063).

O Delegado de Polícia José Mario de Lara (mídia que acompanha os autos digitais) informou, na fase do *Sumário da Culpa*, que atua no Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa, sendo que, na data dos fatos, “os setores de investigação de homicídios de Osasco e Barueri pediram apoio [ao DHPP] para comparecer aos locais dos crimes, na mesma noite em que ocorreram... Ouviu a testemunha... [protegida] Gama... [que trouxe] informações sobre o réu Policial THIAGO HENKLAIN... [Ela] narra que um vizinho [seu] ouviu uma discussão de THIAGO com a esposa, a qual dizia ‘por que você fez isso?’..., tendo [ele] respondido ‘nóia tem que morrer mesmo’ e ambos combinaram de colocar fogo nas vestes de THIAGO... Quanto ao réu FABRÍCIO, o pai de uma das moças... [alvejadas na] Rua Suzano [Letícia e Eugênia] disse que os atiradores queriam atingir um rapaz de cor negra e a moça foi atingida acidentalmente; o pai desta moça procurava pela vítima visada (o rapaz de cor negra), porque queria que ele se apresentasse para prestar depoimento, o que acabou ocorrendo, pois este rapaz (testemunha reservada ‘Elias’) compareceu espontaneamente no DHPP acompanhado de sua mãe... De início disse que não poderia reconhecer ninguém, mas foram mostradas fotos para esta vítima e, quando ela viu a foto de FABRÍCIO, ela entrou em pânico e começou a chorar, apontando para... [ele] como sendo o atirador... [Posteriormente, ele realizou ainda] o reconhecimento pessoal do réu FABRÍCIO... Quanto ao réu SÉRGIO..., as investigações se iniciaram por Barueri; constatou-se que as



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*conversas por Whatsapp de Sérgio foram apagadas. O que despertou desconfiança em relação a este réu foi o fato de que a Guarda Municipal de Barueri é muito ativa, inclusive, entram na cidade de Osasco e retornam para Barueri, contudo, no lapso temporal em que ocorreram os homicídios, que perdurou cerca de 1h40min/2horas, e durante todo este tempo nenhuma viatura foi vista circulando; em um dos locais de crime, uma testemunha da Rua Antônio Benedito, em um bar que era frequentado por um dos matadores do Guarda Municipal, minutos antes dos homicídios, passou uma viatura do GITE em baixa velocidade, olhando para dentro do bar, o que despertou a desconfiança desta testemunha; assim que esta testemunha saiu do bar, o veículo Sandero parou em frente ao bar e começaram os disparos; nas conversas recuperadas do Whatsapp do celular do réu SÉRGIO, na hora do crimes da Rua Antônio Benedito Ferreira, há um 'ok' de SÉRGIO para Victor Cristilder [corrêu em relação ao qual o feito foi desmembrado, cf. despacho de fls. 8387/8388], o que poderia significar um sinal para que fosse até o local e praticasse os homicídios” (cf. sentença de pronúncia, fls. 5904/5905). No Plenário do Júri, acrescentou que “Gama”, testemunha protegida (fls. 1062/1063), deixou de prestar depoimento em juízo por ter receio de que fosse executada caso fosse identificada durante a audiência. Disse, mais, que tomou conhecimento de que o “vizinho” mencionado pela testemunha é pessoa idosa e próxima a THIAGO, razão pela qual optou por não inclui-la nas investigações. Esclareceu, por fim, que SÉRGIO foi indiciado pelos homicídios dos itens *iii*, *vi* e *vii* em razão de serem locais patrulhados por viaturas do GITE na data dos fatos.*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

No mesmo sentido o depoimento do também Delegado de Polícia Andreas Bernd Goyos Schiffmann, o qual acrescentou, na fase do *Sumário da Culpa* (mídia), que *“assim que chegou aos locais de crime... achou estranho que um veículo com cinco ocupantes tenha praticado um crime em um local, não tenha sido parado por nenhuma viatura da Guarda Municipal ou da Polícia Militar e ter praticado outro crime, sendo que em Barueri há um número elevado de guardas municipais e é sabido que é impossível circular pela cidade, mesmo à noite, e não se deparar com uma viatura da Guarda Municipal a cada 3 ou 4 minutos. Iniciou-se uma investigação contra Willian e Renato, guardas civis. Willian narrou que era motorista do supervisor o réu SÉRGIO MANHANHÃ, que patrulhavam o local do crime da Rua Irene, mas que, no momento do crime, estavam na base da Guarda Municipal. Procedeu à oitiva do réu SÉRGIO, o qual informou que havia cinco viaturas do GITE patrulhando a área da Rua Irene, na noite do crime, além de viaturas da PM. Diante de tal informação, ficou ainda mais desconfiado e apreendeu o telefone celular de SÉRGIO... Referido aparelho foi submetido a uma perícia em um aparelho israelense que recupera dados e conversas apagadas e constatou que SÉRGIO e [Victor] Cristilder [corrêu em relação ao qual o feito foi desmembrado] trocaram mensagens exatamente em momentos antes e logo após os crimes daquela noite; eles trocaram apenas o sinal de jôia e um braço forte... SÉRGIO era o único supervisor do GITE [atuando] na noite do crime...”* (fls. 5906/5907)



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A seu turno, o Capitão Rodrigo Elias Silva, ao ser ouvido na fase do *Sumário da Culpa* (mídia), esclareceu que é Chefe de uma equipe de investigação da Corregedoria da Polícia Militar especializada em homicídios com suspeita de envolvimento de policiais militares, sendo que *“após a morte (homicídio/latrocínio) do Policial Cabo Ademilson, em um posto de gasolina, no dia 07 de agosto de 2015, ocorreram mais homicídios nesta região do que normalmente ocorria, no fim de semana posterior a esta morte, o que despertou a atenção da Corregedoria. Na semana seguinte, no dia 12 de agosto, ocorreu a morte de um Guarda Civil na cidade de Barueri e novos homicídios ocorreram após esta morte. A partir destes novos crimes, a Corregedoria passou a considerar que o mesmo grupo poderia estar praticando estes crimes. O DHPP obteve uma informação de que em um dos locais de homicídios, momentos antes das mortes, uma viatura da Polícia Militar teria passado pelo local, ou seja, Policiais Militares poderiam estar acobertando aquela ação, sendo, então, instaurada uma investigação, no âmbito da Polícia Militar, após os eventos do dia 13 de agosto de 2.015. Foram ouvidos cerca de 60 policiais do 42º Batalhão. Foi identificada uma viatura do 42º Batalhão que passou no local. Apurou[-se] que os eventos se iniciaram às 20h50min do dia 13 de agosto e terminaram por volta das 22h30min. Poderia haver alguma ligação entre a morte do Cabo Ademilson, que era da Força Tática do 42º Batalhão, com os eventos envolvendo seus colegas de trabalho do batalhão. O DHPP deu a informação de que uma vítima da Rua Suzano [‘Elias’] reconheceu o réu Policial FABRÍCIO EMANUEL ELEUTÉRIO como sendo a pessoa que atirou contra si... ao lado*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de pessoas com características semelhantes e mesmas roupas (camiseta branca e calças jeans)... sendo o... reconhecimento feito de maneira firme... Quanto ao policial THIAGO BARBOSA HENKLAIN, apurou-se que a equipe deste Policial encerra o expediente às 18h00min, contudo, no dia 13 de agosto, esta equipe permaneceu na companhia após este horário... e não há registro (anotação) da saída destes policiais [pertencentes a tal equipe] neste dia 13 de agosto, até às 18h30min...” (cf. sentença de pronúncia, fls. 5901/5903).

FABRÍCIO (fls. 2903/2906), que é policial militar, negou as imputações na fase inquisitória, alegando que “*conhece os policiais militares Victor Cristilder Silva dos Santos [e] THIAGO BARBOSA HEINKLEIN... [Quanto a] SERGIO MANHANHÃ, não sabe quem é...*” (fls. 2904/2905). Na fase do Sumário da Culpa e no Plenário do Júri (mídia), acrescentou que “*está sendo confundido... [pois] estava na casa de sua namorada, no dia e hora dos crimes, juntamente com sua namorada e a mãe dela...; quanto a ter sido reconhecido por uma testemunha/vítima informou que até o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo fez questão de acompanhar o reconhecimento da vítima e o Delegado de Polícia Dr. Lara disse que estava sendo pressionado a achar um culpado pelos crimes, no prazo de 3 dias... Quanto ao reconhecimento judicial feito pela vítima..., ela ainda estava sendo coagida*” (cf. sentença de pronúncia, fl. 5916).

THIAGO (fls. 2013/2017), que também é policial militar,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

afirmou à Autoridade Policial que trabalha na “*Força Tática do 42º BPMM... há três anos... Atua na escala de 12x36 horas, sendo certo que no mês de agosto de 2015 trabalhou em todos os dias ímpares... [O seu] horário de trabalho... é variável... [Na data e horário dos fatos] permaneceu em sua residência, em companhia de sua família... Acredita ter deixado a sede da Força Tática por volta das 20h20 ou 20h30, tendo chegado em sua residência às 21h00 aproximadamente... [Não conhece o] policial militar Victor Cristilder Silva dos Santos..., [o] policial militar FABRÍCIO EMMANUEL ELEUTÉRIO [nem o] GCM SÉRGIO MANHANHÃ*” (fls. 2013/2017). Na fase do *Sumário da Culpa*, acrescentou que “*os crimes ocorridos em Osasco se situam na área em que trabalhava como Policial; quanto à morte ocorrida na semana anterior do Policial Edmilson, disse que o conhecia, já tinham trabalhado juntos na mesma guarnição... A morte causou comoção; mas jamais pensou em vingança*” (cf. decisão de pronúncia, fl. 5919). No Plenário do Júri (mídia), por fim, afirmou que no horário em que se deram os fatos estava de folga e que, embora tivesse recebido no “whatsapp” notícias acerca do que havia ocorrido, não procurou obter maiores informações.

SÉRGIO (fls. 2883/2889), que é Guarda Civil Municipal, a respeito das mensagens trocadas com o corrêu Victor na data dos fatos (cf. relatório de fls. 1698/1725) afirmou à Autoridade Policial que “*no dia 11 de agosto [de 2015], o PM Victor [o] procurou pessoalmente na sede da Guarda Civil Municipal de Barueri, a fim de solicitar um livro de direito administrativo... Combinou de procurar o livro e... o chamaria para se*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

encontrarem... Todavia, em razão da morte do GCM Jefferson, em 12.08.2015,... esqueceu-se de procurar o livro. Em 13.08.2015, o PM [Victor] Cristilder fez contato... através do aplicativo Whatsapp, onde ele apenas mandou a figura do 'positivo'... Respondeu com sinais, conforme constam às fls. 1680 dos autos, querendo... apenas dizer 'positivo e forte abraço'... Tem por hábito apagar as mensagens de amigos em razão da capacidade do telefone... Na noite de 13 de agosto de 2015 havia 14 Guardas Municipais, distribuídos em quatro viaturas do GITE, sob seu comando... Havia dois meses que a GCM desenvolvia diligências visando deter um roubador que atuava em Barueri... Como ele atuava no bairro de Jardim Silveira, montaram [na data dos fatos] uma operação visando prendê-lo, razão pela qual as viaturas do GITE vinham atuando no setor sul de Barueri" (fls. 2883/2888). Em juízo (mídias), acrescentou que "conhece o réu Victor, desde 2012/2013, quando estava cursando faculdade e, naquela época, fazia operações conjuntas com a Polícia Militar" (cf. sentença de pronúncia, fl. 5918).

O corréu Victor (em relação ao qual o feito foi desmembrado, conforme decisão de fls. 8387/8388) permaneceu em silêncio na fase inquisitória (fls. 2597/2601) e negou as imputações na fase do *Sumário da Culpa* (mídia), alegando que "conhece SÉRGIO..., mas não é amigo dele... Havia integração entre a Guarda Municipal de Barueri e a Polícia Militar, por aquela ser bastante atuante e ambas se ajudam; justificou a troca do sinal de 'positivo' com SÉRGIO em razão do pedido de um livro emprestado... no dia 11 de agosto. Tinha combinado com



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sérgio que o sinal ‘jóia’ significaria que SÉRGIO levaria o livro...”
(cf. decisão de pronúncia, fl. 5917).

Quanto às testemunhas arroladas pelos defensores de FABRÍCIO na fase do *Sumário da Culpa* e no Plenário do Júri, (Natália, sua namorada – fls. 5373/5384, Maria Aparecida Francisco Eleutério, sua mãe – fls. 5365/5372, Zila Aparecida Pinto de Almeida, sua sogra – fls. 5385/5393, Fabiana Augusta Eleutério, sua irmã – fls. 5355/5364) e THIAGO (João Alves Martins, seu vizinho – fl. 5286 e Luiz Fernando Fernandes de Mello, seu cunhado – fl. 5287), devem ter seus depoimentos examinados com reservas, já que todas mantêm relação de afinidade ou parentesco com os acusados (à exceção de João Alves, que afirmou conhecer Thiago “apenas de vista”, embora sejam vizinhos...), não conformando álibi capaz de favorecê-los.

Por outro lado, no tocante às provas orais consistentes nas declarações das vítimas e testemunhas arroladas pela acusação, tanto a consistência e clareza do seu conteúdo, como a ausência de qualquer dado que revelasse dessas pessoas uma atuação viciada pelo ânimo de falsa incriminação, conduzem de forma inexorável à conclusão de que são verazes e aptas a corroborar as imputações contidas na decisão de pronúncia com relação a FABRÍCIO e THIAGO.

Especificamente no que respeita aos policiais ouvidos, cabe ressaltar que a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores do país vem asseverando que os depoimentos prestados pelos membros das corporações de segurança pública



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

merecem o mesmo crédito que os das testemunhas civis, salvo quando afloram elementos seguros que apontem para a existência de ânimo de falsa incriminação:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos." (STF, HC 74.608-0, Relator Min. CELSO DE MELLO, j. em 18.2.97, D.O.U. de 11.04.97, p. 12.189).

"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.3. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014)

"É válido como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no AREsp 234.674/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 06/06/2014)

De fato, conforme acima mencionado, FABRÍCIO foi reconhecido categoricamente pela vítima *protegida* "Elias" – em três oportunidades – como um dos responsáveis pelos disparos contra ela realizados na noite dos fatos, não havendo dúvidas acerca de seu envolvimento na série orquestrada de homicídios narrada na denúncia.

Quanto a THIAGO, há o depoimento da testemunha *protegida* "Gama" (fls. 1062/1063), a qual afirmou que soube por um vizinho do primeiro que houve uma discussão entre ele e sua esposa acerca da chacina, tendo ambos deliberado por queimar as roupas vestidas pelo sentenciado na data dos fatos. Cabe ponderar, acerca dessa testemunha, que ela deixou de prestar depoimento em juízo apenas por receio de ter sua identidade revelada aos sentenciados, o que indica que ela de fato é



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

próxima a THIAGO (vide a esse respeito, também, as contrarrazões do Ministério Público – fl. 8505 –, bem como o depoimento prestado pelo Dr. Delegado de Polícia Mário de Lara – mídia correspondente à prova oral produzida em Plenário).

E não há que ceder à argumentação do i. Advogado de THIAGO no sentido de que “*é impossível que o requerente tenha participado de todos eventos criminosos narrados na inicial [dada a proximidade dos horários de cada um]...*” (fl. 8431), já que, conforme constou da denúncia e dos quesitos formulados aos jurados, sua responsabilidade decorre também de haver concorrido para os homicídios “*mediante ajuste e auxílio material e moral*” (fl. 5), modalidades estas de *participação* criminosa que evidentemente dispensam a presença física do agente no local da execução do delito.

Já no tocante aos delitos imputados ao sentenciado SÉRGIO MANHANHÃ – é dizer, aqueles ocorridos no município de Barueri (eventos indicados nos itens *vi* e *vii*, retro) e os praticados no “Bar do Juvenal” (evento *iii*), o qual fica na divisa entre Barueri e Osasco¹⁶ –, é forçoso admitir que os elementos de convicção disponíveis nos autos não autorizam concluir, de forma segura, no sentido de sua *participação* nas formas imputadas pelo órgão acusatório, ou seja, mediante atos praticados na condição de comandante do GITE e voltados a assegurar, que todos os homicídios narrados pudessem ser executados sem a interferência de nenhuma das viaturas que

¹⁶ Região em que, segundo o depoimento do Delegado de Polícia Mário de Lara, “a Guarda Municipal de Barueri é muito ativa, inclusive entram na cidade de Osasco e retornam para Barueri...” (fl. 5904).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

estavam sob seu comando.

E não se presta a demonstrar sua responsabilidade a prova consistente na reprodução das mensagens trocadas entre ele e o corréu Victor momentos depois dos fatos, que foram posteriormente apagadas do seu telefone celular mas recuperadas por meio de tecnologia adequada (cf. relatório de fls. 1698/1725).

Uma vez confrontado o conteúdo dessas mensagens (consistentes em “emojis” com a figura representativa dos gestos de “positivo” – punho fechado com o dedo polegar apontado para cima – e “força!” – braço semicerrado em posição de 90º – e recuperadas por meio de um software especial de que dispõe o DHPP – cópias de fls. 1765/1783) com os demais elementos de convicção coligidos nos autos, não é possível afirmar com grau mínimo de certeza – embora naturalmente se possa especular a respeito – que elas teriam sido emitidas como sinalizações autorizadoras do início e encerramento das execuções, como sustentado pela acusação em Plenário.

Cabe ponderar, em consonância com o destacado pela i. Procuradora de Justiça que oficiou em Segundo Grau nos autos desmembrados (Dra. Iurica Tanio Okumura, cf. fl. 17828 do proc. 0022580-51.2015.8.26.0405), à luz dos mesmos elementos de convicção¹⁷, que *“o primeiro homicídio... [a] que Sérgio Manhã teria prestado apoio ocorreu quase duas horas*

¹⁷ Esses autos, como já aqui observado, foram desmembrados dos autos originais desta ação penal somente após a decisão de pronúncia, contendo, portanto, cópia integral de todas as peças que o compõem.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

depois... [da primeira] comunicação [havia por 'whatsapp' entre os dois], ou seja, às 20:51min... (-) [Além disso] o sinal positivo... [enviado por] VICTOR... às 22h58min também não pode ser compreendido... como comunicação do fim da execução dos homicídios, uma vez que o exame de imagens gravadas no local, juntadas às fls. 17.081 a 17.113, em especial fls. 17.105, demonstram que a execução da rua Irene nº 823, cidade de Barueri, ainda estava em pleno andamento às 23:09:43" (fl. 17828).

Não se pode ignorar também, porque amplamente sabido, que a inserção de data e hora em qualquer trecho de vídeo é algo factível mediante emprego de *softwares* de edição de imagens amadores e disponíveis na *Internet*, o que não exclui a possibilidade de que esses dados tenham sido manipulados. Cabe considerar, contudo, que a acusação não se desincumbiu do ônus de comprovar, por meio de exame pericial ou prova oral consistente, que os dados relativos à data e ao horário de captura das imagens em questão não correspondiam aos das efetivas ocorrências dos fatos da denúncia.

Seja como for, também não encontra respaldo na prova produzida a afirmação de que SÉRGIO, na condição de comandante do GITE, distribuiu as viaturas sob seu comando para locais diversos daqueles onde os crimes seriam praticados, a fim de facilitar os atos de execução.

Efetivamente, conforme consta do “quadro de distribuição



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de efetivo” de fls. 12312/12313 dos autos desmembrados, a região a ser patrulhada por seus subordinados (viaturas 021, 024, 025, 028 e 030) naquela data (o bairro “Jardim Silveira”) fora predeterminada pelo comando da Corporação (informação essa que foi confirmada pelo subcomandante Marcelo Gomes da Silva, ouvido como testemunha de defesa em Plenário - mídia).

Tampouco é suficiente para comprovar a *participação* de SÉRGIO nos homicídios o conteúdo do depoimento da testemunha Renato Cosmo dos Santos na fase inquisitória (fls. 114/117), segundo a qual uma viatura da Guarda Municipal de Barueri passou por um dos bares mencionados na denúncia momentos antes da chegada dos atiradores no local, o que pode ter derivado naturalmente da circunstância de estar aquela região entre as designadas para o patrulhamento rotineiro.

Quanto ao fato de terem as mensagens em questão sido apagadas por SÉRGIO antes da entrega do seu aparelho celular à Polícia Civil para a devida apreensão, não se pode desprezar a possibilidade de que tenha realmente derivado da mera intenção de “liberar espaço na memória” (conforme afirmado por ele nas duas oportunidades em que ouvido em juízo – mídias), mormente em se considerando que muitas outras mensagens igualmente excluídas foram recuperadas de seu telefone pelo software do DHPP, como reconhecido expressamente pelo i. Delegado de Polícia Andreas Bernd Goyos Schiffmann no Plenário do Júri realizado nos autos desmembrados (mídia que acompanha o processo digital nº 0022580-51.2015.8.26.0405).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Por conseguinte, a única leitura que se compatibiliza logicamente com as declarações, depoimentos, fotografias, documentos e laudos periciais disponíveis nos autos, é a de que esses elementos de convicção, embora consubstanciando indícios desfavoráveis a SÉRGIO (art. 239 do CPP), não se mostram aptos a superar as dúvidas que emergem das provas defensivas produzidas no curso da instrução, impedindo a formação de juízo seguro acerca da sua responsabilidade penal pelos fatos da denúncia.

E desse entendimento resulta, inexoravelmente, a conclusão de que o julgamento de procedência da ação penal contra ele proferido, por não exteriorizar a superação objetiva do impasse, aqui estabelecido, entre elementos de convicção acusatórios de pouca consistência e dúvidas sérias e razoáveis construídas pela defesa, deve ser entendido, do ponto de vista jurídico-processual, como uma decisão “*manifestamente contrária à prova dos autos*”, a exigir a anulação do veredicto emanado do Tribunal do Júri, de modo a que seja proferido outro em seu lugar (assim como em relação ao acusado Victor Cristilder Silva dos Santos – vide Apelação nº 0022580-51.2015.8.26.0405), em respeito ao princípio constitucional da *soberania dos veredictos*.

Há que considerar, a respeito da situação verificada nestes autos, que a aplicação da norma do disposto no artigo 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, que autoriza a anulação da



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

decisão do Conselho de Sentença quando for “*manifestamente contrária à prova dos autos*”, embora mediante o reconhecimento expresso de que aqui se trata de extrema fragilidade probatória e, conseqüentemente, de sua incapacidade de fundamentar a validade da decisão condenatória, e não propriamente da contrariedade da decisão às provas existentes, não implica expansão do alcance desse fundamento legal (art. 593, III, ‘d’) para abraçar situação não contemplada pelo legislador ordinário, senão a aplicação de raciocínio hermenêutico voltado a compactua-lo com a ordem constitucional vigente no país.

É preciso observar que a redação original do artigo 593, III, ‘b’, do Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, dispunha que caberia apelação contra as emanções do Tribunal do Júri nos casos de “*injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário*”.

Somente a partir da entrada em vigor da Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, é que tornou-se possível cassar o veredicto do Júri apenas quando “*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*”. Essa lei, além de revogar o disposto na alínea “b” (cujo texto está acima reproduzido), também introduziu a regra do parágrafo 3º, do seguinte teor: “*Se a apelação se fundar no nº III, ‘d’, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite,*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

O exame da evolução legislativa pode levar à conclusão de que a norma atualmente em vigor – é dizer, a contida na alínea “d” do mencionado art. 593, III, do CPP –, quis atribuir máxima estabilidade às decisões emanadas do Tribunal do Júri, possibilitando sua cassação apenas e tão somente nas situações de flagrante contrariedade da decisão à prova disponível nos autos e produzida em plenário, mas não nas situações em que a decisão está alicerçada em prova extremamente frágil ou inconsistente.

Essa interpretação, contudo, não pode prosperar, porque em desconformidade com o ordenamento jurídico-constitucional atualmente em vigor.

Há que considerar que o Código de Processo Penal foi instituído por meio do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, na vigência do “Estado Novo” (o regime autoritário instaurado no país em 1937 pelo então presidente Getúlio Vargas¹⁸), antes, portanto, da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em 10 de dezembro de 1948, em Paris¹⁹, com a vocação de tornar-se uma norma de aceitação geral por todos os povos e nações, estabelecendo, pela primeira

¹⁸ Como sabido, em 10 de novembro de 1937 foi outorgada uma nova Constituição no Brasil, idealizada e redigida por Francisco Campos, então pelo ministro da Justiça. A nova Carta continha vários dispositivos bastante semelhantes aos encontrados em constituições de regimes autoritários vigentes na Europa, como as de Portugal, Espanha e Itália. Tendo sido fechado o Congresso Nacional e decretadas rigorosas leis de censura, Vargas passou a conduzir o país sem que a oposição pudesse se expressar legal e amplamente.

¹⁹ Por força da Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

vez, a proteção universal dos direitos humanos²⁰. E a Lei nº 263/1948, que suprimiu a norma do artigo 593, III, 'b', do CPP, substituindo-a pela atualmente em vigor e constante da letra 'd' dos mesmos incisos e artigo, também é anterior à proclamação dessa declaração universal.

Não cabe nos dias de hoje, portanto, aplicar qualquer norma infraconstitucional, mormente aquelas que restringem ou afetam de qualquer modo o *status libertatis* dos indivíduos, sem que estejam em plena consonância com as normas da Constituição Federal em vigor no país desde sua proclamação, em 5 de outubro de 1988.

E isso porque a CF/88, em seu artigo 4º, inciso II, estabelece claramente que “*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos*”.

Ora, se é assim, não pode esquivar-se o órgão colegiado de Segundo Grau, quando se depara com decisão proferida pelo Tribunal do Júri alicerçada em prova meramente indiciária, sem mínima consistência, de determinar a realização de novo julgamento, uma vez que essa situação equipara-se, grosso modo, à da condenação pelo juiz singular não amparada em prova alguma, ou em quadro probatório/indiciário incapaz de superar dúvidas mínimas acerca da responsabilidade penal do acusado, situações essas que ofendem, igualmente, a garantia

²⁰ O Brasil firmou sua adesão incondicional à “Declaração Universal dos Direitos Humanos” na data de sua proclamação, assumindo integralmente os compromissos nela contidos.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

individual à *ampla defesa* (inciso LV do art. 5º), e à *plenitude de defesa* (prevista no inciso XXXVIII, alínea ‘a’, especificamente com relação à instituição do júri²¹), o princípio constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF/88) e a regra do *duplo grau de jurisdição* (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, CF/88²²).

E não cabe afirmar que a interpretação estrita da norma contida no artigo 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal estaria assentada no inciso XXXVIII, letra ‘c’, do art. 5º da CF/88, que reconhece expressamente a “*soberania dos veredictos*”, o qual goza de *status* constitucional, da mesma forma que a garantia e princípio acima mencionados.

E isso por motivo de fácil compreensão. O legislador constitucional, ao reconhecer a *soberania* dos veredictos do Tribunal do Júri, buscou estabelecer regra de competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida a favor dos jurados (juízes leigos), determinando a sua prevalência sobre o exercício do poder jurisdicional, pelos juízes togados, em relação a esses delitos. Não o fez, contudo, com o propósito de suprimir ou

²¹ CF/88, art. 5º, inc. XXXVIII: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa;...”. A respeito deste princípio, releva destacar que prevalece na doutrina (conferir, entre todos, DE SOUZA NUCCI, Guilherme, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, págs. 36/37) o entendimento de que o seu conteúdo se sobrepõe ao da *ampla defesa*, significando que no procedimento relativo aos crimes de competência do Tribunal do Júri há que se assegurar mais meios e recursos para o exercício do direito de defesa, comparativamente aos inerentes aos demais processos judiciais.

²² Segundo alguns autores (por ex., Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998; Ingo Wolfgang Sarlet, *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Revista Jurídica, n. 66, págs. 85-129, disponível em Internet <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176432/000507777.pdf?sequence=1>> Acesso em 12 de julho de 2017 etc.), embora não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 o “duplo grau de jurisdição” decorre das garantias insertas nos incisos XXXV, LIV, LV, do artigo 5º da CF/88. Há que considerar, de qualquer modo, que por meio do Decreto nº 678, de 1992, foi incorporado ao direito positivo brasileiro o “Pacto de San José da Costa Rica” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cujo artigo 8º, n° 2, alínea *h*, estabelece que durante o processo, toda pessoa acusada de delito tem direito à garantia do direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Ademais, com a introdução, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal (“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), as normas do referido tratado passaram a gozar de *status* privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

relativizar as garantias e princípios individuais assegurados na própria Constituição e nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos fundamentais dos homens ratificados pelo Brasil.

E tanto é assim que a jurisprudência dos Tribunais Superiores já assentou o entendimento de que dita *soberania* não é absoluta, o que impede ser invocada em situações nas quais incida a necessidade de proteção dos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição.

Merece destaque, a esse respeito, a seguinte decisão do *Pretorio Excelso*, da relatoria do i. Ministro CELSO DE MELLO, de cujo teor merecem destaque os seguintes trechos:

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PENAL PELO JÚRI. ERRO JUDICIÁRIO. INOPONIBILIDADE DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA À PRETENSÃO REVISIONAL. JULGAMENTO DESSA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. CUMULAÇÃO DO “JUDICIUM RESCINDENS” COM O “JUDICIUM RESCISSORIUM”. POSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. - O Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente (“judicium rescindens”), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (“judicium rescissorium”), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado. Doutrina. Precedentes. DECISÃO: (...) No caso específico da revisão criminal, e como decorrência da soberania do Tribunal do Júri, restaurada pela Constituição de 1946, alguns processualistas passaram a defender a tese de que a revisão contra as condenações do Júri está limitada ao juízo rescindente, sendo o juízo rescisório incompatível com a soberania. Assim, de acordo com essa posição, o Tribunal de Justiça, ao acolher a revisão criminal, limitar-se-ia a devolver o caso ao Tribunal do Júri, para novo julgamento. (...) Também entendo, na linha dessa diretriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (HC 67.737/RJ – HC 68.658/DF – HC 68.727/DF, dos quais fui Relator, v.g.), que a condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível – como reiteradamente proclamado pela jurisprudência dos Tribunais (RT 475/352 – RT 479/321 – RT 488/330 – RT 548/331) – a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença (HC 71.878/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Mostra-se oportuno



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

destacar, por relevante, que essa orientação tem o beneplácito de autorizadíssimo magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 4/453-455, item n. 10, 11ª ed., 1989, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “A Instituição do Júri”, vol. I/54-55, item n. 3, 1963, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “Curso de Processo Penal”, p. 1.115/1.116, item n. 2, 7ª ed., 2013, Lumen Juris; VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 397, item n. 84.8, 1991, Saraiva; HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, “Júri”, p. 38/40, item n. 30, 12ª ed., 2007, Saraiva; DENILSON FEITOZA, “Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis”, p. 1.118, item n. 24.1.2.1, 6ª ed., 2009, Impetus; PAULO RANGEL, “Direito Processual Penal”, p. 1.053/1.054, item n. 2.10.2, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACHELI DE OLIVEIRA, “Curso de Processo Penal”, p. 907, item n. 17.12.2, b, 13ª ed., 2010, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 1.610, item n. 621.3, 11ª ed., 2008, Atlas, v.g.). **Em suma: o Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente (“judicium rescindens”), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (“judicium rescissorium”), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado.** Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, eis que o acórdão recorrido está em harmonia com a diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010). Publique-se. Brasília, 15 de outubro de 2013. (ARE 674151, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 15/10/2013, publicado em DJe-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013)

Decisões outras dos Tribunais Superiores, em consonância com a afirmada relatividade da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, vêm suavizando o alcance da expressão “manifestamente contrária à prova dos autos”, contida no mencionado art. 593, III, ‘d’, do CPP, v.g. [sem destaques nos originais]:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos, o comando de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, no caso de decisão proferida manifestamente contrária à prova dos autos. 2. A soberania dos veredictos não é um princípio intangível que não admita relativização. **A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta em arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal**, nos termos do art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal. 3. Para acolher a tese do recorrente de que o veredicto não se mostra contrário à prova dos autos, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, o que é inadmissível na via eleita. 4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido (STF, RHC 107.250, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 30.4.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA À COLEGIALIDADE. NÃO



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

OCORRÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO. ANULAÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NOVO JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. SEMELHANÇA COM O JULGAMENTO DO HC 382.582/RS. NÃO COMPROVADA. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. O Código de Processo Penal, em seu art. 593, § 3º, garante ao Tribunal de Apelação o **exame, por única vez, de conformidade mínima da decisão dos jurados com a prova dos autos**, não configurando desrespeito ou afronta à soberania dos veredictos o acórdão que, apreciando recurso de apelação, concluiu pela completa dissociação do resultado do julgamento pelo Júri com o conjunto probatório produzido durante a instrução processual, de maneira fundamentada. Precedente. (...). 5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 455.907/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 24/04/2019).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL (...) VI. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF) não constitui ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CF), sendo **possível a anulação do julgamento, pelo Tribunal togado, quando o Conselho de Sentença decide absolutamente divorciado do conjunto probatório.** (...) XIII. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 164.217/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 06/12/2013)”

Dentre essas decisões, aliás, merece destaque a exarada no julgamento a seguir, da relatoria da i. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, do C. Superior Tribunal de Justiça, na qual ficou claramente admitida a possibilidade de anulação do julgamento da decisão do Tribunal do Júri em caso de grave fragilidade probatória [sem destaque no original]:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. DECISÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CONSELHO DE SENTENÇA QUE DESCLASSIFICA A IMPUTAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. ACÓRDÃO QUE ANULA A SENTENÇA. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ARESTO DO TRIBUNAL A QUO FUNDAMENTADO NA SUPOSTA FRAGILIDADE DA VERSÃO DEFENSIVA. 2. EXCESSO DE LINGUAGEM INOCORRENTE. 3. ORDEM DENEGADA. 1. **A decisão do Tribunal a quo, que reenvia o réu a novo júri por considerar a suposta fragilidade da prova defensiva, não se mostra incompatível com as possibilidades do caso, máxime porque a controvérsia será novamente apreciada pelo Conselho de Sentença, o qual irá avaliar a prova e proferir novo veredicto, seja em confirmação do primeiro, seja para afastá-lo.** 2. Ademais, a controvérsia demanda, por certo, o cotejo probatório, situação inviável em sede de habeas corpus. 2. Inocorrente excesso de linguagem no acórdão, que apenas restou adequadamente fundamentado, em cumprimento à determinação prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal. 3. Ordem denegada. (HC 105.301/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009).

Com isso, espera-se deixar claro que a decisão de



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

anulação do julgamento em relação ao acusado SÉRGIO MANHANHÃ não configura abalo ou fricção ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, senão o reconhecimento de que, no caso em apreço, a decisão contra ele proferida, por não estar amparada em base probatória minimamente segura, torna imperativo o reexame dos elementos de convicção contra ele esgrimidos pela acusação, com o escopo de fulminar a aparente míngua às normas constitucionais asseguradoras das garantias individuais dos cidadãos contra a ação repressiva do Estado em matéria penal.

E tanto é assim que, cabe frisar, por força da norma do § 3º do art. 593 do CPP, caso o resultado do novo julgamento seja igualmente condenatório, não caberá nova apelação com idêntico fundamento, realizando-se, assim, em sua devida extensão, a soberania do veredicto popular.

Sem embargo, reputa-se correta, porque justa e conforme às provas correspondentes às imputações contra eles formuladas, a condenação dos sentenciados FABRÍCIO e THIAGO, tanto pela prática dos delitos de homicídio cujas provas já foram aqui examinadas, como pela prática do delito do artigo 288-A do Código Penal, eis que restou devidamente demonstrado que eles integravam organização paramilitar (milícia particular) formada com a finalidade de praticar crimes de homicídio.

E não há que se falar em ausência dos requisitos da



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

estabilidade e/ou permanência da societas delinquentium para a configuração de tal delito, eis que, como bem apontado pela i. Assistente de Acusação, a Defensora Pública Maíra Coraci Diniz, “a organização paramilitar orquestrou cuidadosamente os ataques. Dividiram-se em dois grupos, sendo que um se utilizava de um veículo Sandero cor prata e o outro se utilizava de um veículo Peugeot 206..., demonstrando a diversidade de instrumentos na ação delituosa. Além disso, tais executores, se utilizaram de luvas cirúrgicas, máscaras e armas ‘frias’, com o intuito de dificultar a futura investigação de seus homicídios, o que só reforça a conclusão de que se trata de organização paramilitar, pois os executores possuem conhecimento prévio dos tramites investigativos (importante ressaltar que o apelante Fabrício já responde outros processos relativos a outras chacinas na região)” (fl. 8364); tudo a demonstrar que os seus integrantes de fato atuavam de maneira organizada e reiterada.

Em realidade, no caso em apreço, pode-se afirmar que os jurados, ao condenar os apelantes FABRÍCIO e THIAGO, realmente optaram por uma das versões disponíveis para descrever o ocorrido. Mas, o só fato de terem adotado como verdadeira a versão apresentada pela acusação não conduz à conclusão de que eles excederam os limites de apreciação da causa fixados no artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal de 1988. É dizer, não decidiram arbitrariamente, mas apenas diversamente do pretendido pela defesa e de modo condizente com as provas colhidas ao longo do processo.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Em suma, o exame detido de todo o processado conduz inexoravelmente à conclusão de que a condenação desses apelantes, por todos os crimes que lhes foram imputados, encontra amplo apoio na prova produzida nos autos, muito mais do que o mínimo suporte probatório que já seria suficiente, em consonância com a jurisprudência dominante, a justificar o afastamento da alegação de contrariedade à prova dos autos, em respeito ao princípio constitucional da *soberania dos veredictos*.

Como já frisado anteriormente, o postulado constitucional da soberania dos veredictos do Júri não é dotado de valor absoluto. Isto significa que as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de imutabilidade, o que aliás, é amplamente reconhecido pela jurisprudência brasileira, inclusive a do *Pretorio Excelso*²³.

Sem embargo, o legislador constituinte quis conferir às decisões exaradas pelo Conselho de Sentença a máxima estabilidade, autorizando a modificação do seu conteúdo apenas nas situações de clara e inegável contrariedade em relação às provas trazidas ao processo – ou, como visto, de absoluta insuficiência de base probatória para a condenação.

JULIO FABBRINI MIRABETE²⁴, com seu notório saber, ensinava que a decisão do Tribunal do Júri é manifestamente

²³ Vide, por exemplo, HC 81423, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2001 (DJe-074 DIVULG 18-04-2011 PUBLIC 19-04-2011 EMENT VOL-02506-01 PP-00001); HC 70193, Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 21/09/1993 (DJ 06-11-2006 PP-00037 EMENT VOL-02254-02 PP-00292 RTJ VOL-00201-02 PP-00557) etc.

²⁴ *Processo Penal*. 18ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008, pág. 633.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

contrária à prova dos autos “se fere justamente o mérito da causa, em que o ‘error in iudicando’ é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária ‘manifestamente’ à verdade apurada no processo e representa uma distorção da função judicante do Conselho de Sentença. Assim, não é qualquer dissonância entre o veredito e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento”.

De igual modo, para GUILHERME DE SOUZA NUCCI²⁵, “O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação possíveis de surgir”.

No caso *sub examine*, verifica-se que os jurados entenderam que os elementos de convicção que lhes foram apresentados constituíam base fático-jurídica suficiente para a condenação dos apelantes FABRÍCIO e THIAGO e o reconhecimento das qualificadoras articuladas na pronúncia.

E a análise detida das evidências disponíveis nos autos conduz à conclusão inarredável de que a decisão condenatória proferida contra ambos não é incompatível ou contrária ao seu conteúdo. Mas sim que, inversamente, nelas apoia-se

²⁵ Código de Processo Penal Comentado, 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, pág. 1192.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

validamente.

De todo o apurado, enfim, é forçoso concluir que não decidiram os jurados arbitrariamente, mas sim, inversamente, de forma condizente com as provas do processo, merecendo por isso ser confirmada a solução que entenderam ser a mais justa e adequada ao caso que lhes foi submetido à apreciação.

Desse modo, porque havia lastro probatório suficiente para embasar o julgamento de procedência da ação penal, deve ser repellido o inconformismo dos sentenciados FABRÍCIO EMMANUEL ELEUTÉRIO e THIAGO BARBOSA HENKLAIN para que seja mantida na íntegra a r. decisão emanada do Tribunal do Júri.

No tocante às reprimendas, é de se observar que foram estabelecidas pela i. Magistrada que presidiu o julgamento mediante correta – e bem fundamentada – aplicação dos critérios da lei em vigor, inclusive no tocante ao escalonamento da sua dosagem nas três fases aludidas no artigo 68 do Código Penal.

Nesse ponto, não cabe acolher a argumentação oferecida pelo i. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Carlos Henrique Mund, no sentido da absolvição dos três sentenciados da imputação relativa ao artigo 288-A e do afastamento, no tocante a todos os delitos de homicídio, da causa de aumento de pena prevista no artigo 121, § 6º, ambos do Código Penal, por suposta *“violação do princípio da legalidade, por não existir qualquer definição legal*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

do que seria *milícia privada ou grupo de extermínio*” (fl. 8540).

De fato, embora o tipo penal previsto no artigo 288-A do Código Penal (introduzido no Código Penal pela Lei nº 12.720/2012) contenha referências a elementos objetivos não descritos minuciosamente na lei (*“organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo” e “esquadrão”*), os quais também estão previstos na referida causa de aumento de pena relativa ao crime de homicídio, tal não autoriza o reconhecimento de que essa norma de proibição esteja em desconformidade com o preceito constitucional que assegura a observância do princípio da *reserva legal*²⁶ no ordenamento jurídico brasileiro.

É consectário do princípio de legalidade em matéria penal a obrigatoriedade de que a lei que define tipos penais seja precisa (*lex stricta*) e imune a analogia (*in malam partem...*), *“dando lugar ao denominado ‘mandato de determinação’, que exige que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que podem acarretar”*²⁷.

Sem embargo, em que fosse pertinente a crítica de que o indigitado tipo penal não se revestia do atributo da *taxatividade*, exigível de toda norma penal incriminadora, com o advento da Lei nº 12.850/2013, que introduziu em nosso ordenamento jurídico o

²⁶ CF/88, artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

²⁷ Cf. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal - Parte General*, 5ª ed. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998, pág. 78. Este autor também ressalta que o *“Referido ‘mandato de determinação’ constitui um aspecto material do princípio de legalidade que trata de evitar a burla ao significado de segurança e garantia do princípio de legalidade, burla essa que teria lugar se a lei penal prévia se limitasse a utilizar ‘cláusulas gerais’ absolutamente indeterminadas”*.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

conceito de “organização criminosa”, perdeu sustentabilidade a tese de que as consequências de caráter repressivo previstas na legislação penal (formal e material) e relacionadas às organizações criminosas não se conformam com a ordem constitucional em vigor.

De fato, o artigo 1º, § 1º, da supra aludida lei, dispõe o seguinte:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Claro está, portanto, que não há mais que falar-se em incongruência da norma do artigo 288-A do Cód. Penal aos princípios constitucionais e legais que orientam a formulação do Direito Penal, uma vez que, como cabe concluir mediante simples raciocínio exegético, as expressões “*organização paramilitar, milícia particular, grupo [de extermínio] ou esquadrão*”, nada mais são do que elementos objetivos que correspondem a espécies de organização criminosa, cujas especificidades derivam do próprio significado de cada uma delas na língua portuguesa, como são, por exemplo, os elementos “substância inflamável”, “sindicato”, “depositário judicial”, “previdência social”, “tesouro”, “coisa alheia”, “prédio alheio”, “consumidor”, “atividade comercial”, “sociedade por ações” etc., para cuja compreensão não se faz necessário o emprego de normas de natureza penal.

Tanto é assim que, pese a alguma resistência da



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

doutrina²⁸, tais dispositivos vêm sendo aplicados pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário país afora, sem que se tenha notícia de questionamento às Cortes Superiores do País acerca da inconstitucionalidade sugerida pelo i. membro do *Parquet*, ou mesmo de declaração incidental dessa inconstitucionalidade.

Uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 126.292²⁹ e, mais recentemente, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43³⁰, deverão ser expedidas as comunicações necessárias para que FABRÍCIO e THIAGO iniciem o cumprimento das penas a eles atribuídas, recomendando-se-os na prisão em que se encontram.

Com relação ao sentenciado SÉRGIO, observa-se que permanecem as razões que determinaram sua prisão preventiva por ocasião do encerramento do julgamento ora anulado. A extrema gravidade dos fatos a ele imputados, que tiveram considerável repercussão social, somada a perspectiva de que,

²⁸ Vide, por exemplo, CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Constituição de Milícia Privada* - Disponível em Internet: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada> - Acesso em 3.out.2018. Segundo esse autor, "o legislador devia ter conceituado e definido o significado dos grupos que elenca, atendendo, assim, o princípio da taxatividade estrita. A questão situa-se especialmente na grande dificuldade, inclusive doutrinária e jurisprudencial, de estabelecer exatamente os conceitos dessas novas figuras".

²⁹ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

³⁰ Decisão: "O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016" (ADC nº 43, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05.10.2016 - ATA Nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em 07/10/2016). A página do STF na Internet noticiou no último dia 11.11.2016 o seguinte: "Por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias".



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

em caso de condenação no novo julgamento, estará sujeito a penas severas – à semelhança das que foram impostas aos demais –, recomenda a manutenção da custódia para a proteção da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal, sendo claramente insuficientes para substituí-la qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Cód. de Proc. Penal.

Muito embora o conceito “ordem pública” seja muitas vezes adjetivado de “vago” e “impreciso”³¹, está visivelmente conjugado com o dever do Magistrado de examinar o cabimento da prisão ou medidas cautelares em função da dinâmica social³², que pode exteriorizar-se na exigência de resposta estatal mais efetiva relativamente a determinada espécie de crime, numa dada conjuntura³³.

Assim é, aliás, em quase todas as legislações contemporâneas do Ocidente, que adotaram os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva, com destaque para a dos Estados Unidos da América³⁴, que possui inegável tradição de respeito ao princípio da *presunção da inocência* (o princípio passou a integrar a Constituição dos Estados Unidos da América no ano de 1791, contido na 5ª Emenda da “Declaração de Direitos”) e nem por isso deixa de contemplar na lei a hipótese de manutenção do acusado no cárcere se presente a

³¹ Nesse sentido, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, pág. 370, para quem trata-se de “um conceito vago, indeterminado”; e CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147-148, para quem trata-se de “argumento típico da retórica de emergência” etc.

³² Sobre o tema, vide nossas considerações no trabalho que publicamos em parceria com MARCO ANTONIO GARCIA BAZ, intitulado *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2000, fls. 56/61.

³³ Para JULIO FABBRINI MIRABETE, “(...) o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.” (*Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 15ª ed. rev. e atual., 2003).

³⁴ *Fiança Criminal e Liberdade Provisória...*, op. cit., fls. 56/57.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

necessidade de garantir a *ordem pública*³⁵.

De fato, a lei norte-americana³⁶ relaciona de forma bem mais detalhada do que o Código de Processo brasileiro quais os fatores que o juiz deve levar em conta para determinar se o agente criminoso faz jus ou não à liberdade provisória. Tais fatores, em resumo, referem-se à *gravidade da acusação*, expressada pelo uso, ou tentativa, ou ameaça de uso de violência contra a pessoa ou a propriedade de outrem; *o peso das evidências* disponíveis contra o agente³⁷; às *condições pessoais do agente*, que são descritas na lei como “*caráter pessoal, condições físicas e mentais, laços familiares, emprego, recursos financeiros, tempo de residência no local do crime, laços com a comunidade, conduta social pretérita, registros de abuso no uso de drogas ou álcool, histórico criminal e eventuais registros anteriores relacionados a não observância do compromisso de comparecimento aos atos de um processo criminal após soltura provisória*”; e, ainda, à eventual circunstância de o crime ter sido cometido durante o gozo de liberdade provisória ou cumprimento de suspensão condicional da pena em razão de outra infração (independentemente de haver sido requerida a prisão temporária – como previsto no §

³⁵ A decisão mais conhecida da justiça norte-americana acerca da *periculosidade* como fundamento para a recusa da liberdade provisória é a proferida pela Suprema Corte (USSC) no caso “U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987), na qual a Corte afirmou que “*não há inconsistência lógica em afirmar-se a probabilidade de que determinado agente venha a praticar crime no futuro*”. Vide a respeito, *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, op. cit., págs. 217 e ss.

³⁶ O *Bail Reform Act of 1984*, que atualizou a legislação federal acerca da questão da fiança e medidas cautelares penais.

³⁷ O 9º Circuito de Apelação dos EUA – que corresponde aos nossos Tribunais Federais Regionais - entende, a nosso ver acertadamente, que o peso das evidências contra o preso é o aspecto de menor relevância a ser considerado nesta altura; assim, v.g., “U.S. v. Motamedi, 767 F.2d 1403, 9th. Cir. 1985”. Realmente, durante a “hearing” - audiência na qual se discute questões preliminares, inclusive o cabimento de fiança ou outras medidas cautelares [precursora das “audiências de custódia” introduzidas a partir do último mês de fevereiro por iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça, publicado no Diário Oficial da Justiça de 27 de janeiro] - não se concebe qualquer discussão acerca do *meritum causae*, sendo, pois, suficiente a existência de sérios indícios de autoria e materialidade, tal como definidos na lei brasileira.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

3142[d] – para o fim de serem revogados esses benefícios)³⁸.

No caso brasileiro, como já tivemos oportunidade de afirmar³⁹, “a inserção da possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica (de acordo com a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91 e alterou o art. 312 do CPP) parece sinalizar intenção do legislador de estender o conceito de ordem pública às situações em que a ‘gravidade’ do crime, sua ‘repercussão’ ou a ‘reação do meio ambiente à ação criminosa’ tornam exigível do juiz raciocínio mais diluído do que aquele que se projeta apenas sobre as consequências da violência ou ameaça que incidiram sobre vítima determinada”.

Para esse sentido, aparentemente, evolui a jurisprudência brasileira, reconhecendo que a *ordem pública* é conceito que extrapola a gravidade intrínseca relativa à tipificação individual de determinadas condutas, aflorando, porém, do “modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)”, constituindo-se em pressuposto de prisão cautelar “como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra

³⁸ Nos EUA, são severíssimas as sanções para o indivíduo que descumpra qualquer das condições impostas para a concessão da liberdade provisória (nos crimes de competência da Justiça Federal). E, se o réu pratica novo crime durante o gozo de liberdade provisória, por exemplo, fica sujeito às seguintes sanções: a) se a ofensa principal é punida com pena de morte, prisão perpétua ou quinze anos ou mais de prisão:- multa de US\$250.000 ou dez anos de prisão, ou ambos; b) se punida com mais de cinco anos e menos de quinze:- multa de US\$250.000 e cinco anos de prisão, ou ambos; c) se punida com mais de um ano e menos de cinco:- multa de US\$250.000 e dois anos de prisão; d) se punida com um ano ou menos de prisão ou somente multa:- multa de US\$100.000 e um ano de prisão; 2) Perda da garantia patrimonial exigida para a soltura: a) cobrança, pelo Estado, do valor estipulado a título de “promessa de fiança”; b) perda de qualquer propriedade que tenha sido ofertada ao tempo da soltura para assegurar o juízo quanto ao comparecimento do réu aos atos do processo; e c) perda do valor em dinheiro efetivamente dado em fiança (cf. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, op. cit. Páginas 222-223 e 230).

³⁹ *Fiança Criminal e Liberdade Provisória...*, op. cit., pág. 60.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social” (STF, HC 104877, Segunda Turma, Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em 01/03/2011⁴⁰).

Quanto aos outros pressupostos da prisão preventiva, verifica-se que são em geral bem aceitos pela doutrina e jurisprudência, enquanto relacionados à necessidade de evitar a fuga do agente (e, assim, garantir a aplicação da lei penal) ou de prevenir a prática de condutas que possam prejudicar terceiros e/ou coisas envolvidas com o processo (ameaças às vítimas e testemunhas, destruição de provas etc.), interferindo no bom andamento da causa (conveniência da instrução e do julgamento).

Acerca da possibilidade de fuga do acusado, afirmava o saudoso BASILEU GARCIA⁴¹ que “o fim mais saliente da prisão preventiva é evitar-se que o indiciado fuja. Ante essa

⁴⁰ No mesmo sentido: STJ, RHC 58.048/BA, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC -, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015.

⁴¹ *Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945. Rio de Janeiro: Forense, V. 3, p. 163.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

eventualidade, assentada plausivelmente, é impossível deixar de reconhecer-se legítima e justa a providência”.

Na verdade, em todas as legislações dos países democráticos há previsão de prisão cautelar voltada a assegurar a aplicação da lei penal ante a perspectiva de fuga do acusado, a continuidade da prática de crimes e a preservação das provas e do regular andamento do processo. Assim, por exemplo, o artigo 112-A do Código de Processo Penal da Alemanha, que prevê como requisito da prisão preventiva o “*perigo de que, antes do julgamento, [o acusado] cometerá mais delitos relevantes do mesmo tipo ou continuará o delito*”, assim como a “*prevenção do perigo ameaçador*”; o artigo 503, § 2º, do Código de Processo Penal Espanhol (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que alude ao “*alarme social que a prática do delito haja provocado ou a frequência com que sejam cometidos fatos análogos*”; e, também, o CPP português, que autoriza a medida se houver “*fuga ou perigo de fuga; perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas*”.

Nos Estados Unidos, a preocupação com a efetividade da distribuição da Justiça Criminal nunca impediu que o Estado pudesse exercer o direito de custodiar o indivíduo nas hipóteses



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

em que é provável a sua fuga e a frustração do objeto do processo. Na Constituição norte-americana, desde o “Bail Reform Act of 1984” está assentado que o Juiz, antes de conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ao agente preso em flagrante, deve levar em conta dois aspectos fundamentais: a probabilidade de que o agente possa vir a praticar novos delitos ou furtar-se à aplicação da lei penal (“*the person may flee or pose a danger to any other person or the community*”)⁴².

Por estas razões, deverá o sentenciado SÉRGIO MANHANHÃ aguardar o novo julgamento na prisão.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso do sentenciado SÉRGIO MANHANHÃ, para o fim de cassar, em relação a ele, a r. decisão condenatória de fls. 7286/7296, com esteio no artigo 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, e determinar a realização de novo julgamento perante o E. Tribunal do Júri, e **NEGO PROVIMENTO** aos recursos dos sentenciados FABRÍCIO EMMANUEL ELEUTÉRIO e THIAGO BARBOSA HENKLAIN, mantendo intocada, com relação a ambos, a mencionada decisão condenatória.

OTAVIO ROCHA

Relator

⁴² Como destaca WEINBERG, John L., *The Federal Bail and Detention Handbook*, 1990. New York City: Practising Law Institute, págs. 13-16, o entendimento predominante em nada menos que onze das doze Cortes de Apelação do “Circuito Federal” dos EUA (isto é, a Justiça Federal norte-americana) é o de que o réu que aguarda sentença, ou a decisão de recurso contra a condenação, somente pode permanecer em liberdade se não houver probabilidade de que irá fugir.