



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.981 - SP (2013/0355392-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : REUVEN AMIT (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESAPARECIMENTO DE MÍDIAS DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS NA FASE INQUISITORIAL. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

2. Na espécie, constatou-se o sumiço de áudios de interceptações telefônicas realizadas na fase inquisitorial. Porém, as "*mídias desaparecidas não são, por óbvio, o único meio de prova de que poderá lançar mão o representante do Ministério Público para provar o alegado na exordial*", de forma que a exclusão de mencionada prova não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão punitiva da denúncia.

3. Impedir o Estado, antecipadamente, de exercer sua função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, tornando-se, pois, prematuro o trancamento da ação penal instaurada.

4. Ademais, na via estreita do *habeas corpus* sequer mostrar-se-ia possível a análise de que não foram colhidos outros elementos independentes da interceptação, que ensejaram legitimamente a acusação.

5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.981 - SP (2013/0355392-7)

RECORRENTE : REUVEN AMIT (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por REUVEN AMIT, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no HC n.º 0059537-73.2013.8.26.0000.

Consta dos autos que o Recorrente - denunciado como incurso no art. 12, *caput*, c.c. o art. 14, ambos da Lei n.º 6.368/76 - foi condenado às penas de 18 anos de reclusão, em regime fechado, e 290 dias-multa, posteriormente reduzidas, no julgamento do recurso de apelação defensivo, para 10 anos de reclusão e 166 dias-multa.

Não obstante, a ação penal foi anulada, desde o interrogatório do Paciente, no julgamento, pela Quinta Turma desta Corte, do *Habeas Corpus* n.º 193.907/SP, assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA. ILEGALIDADE DA TELEAUDIÊNCIA REALIZADA ANTES DA LEI 11.900/09. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que o interrogatório realizado por meio de videoconferência, autorizado por lei estadual antes da regulamentação promovida por lei federal, viola princípios constitucionais por exorbitar a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual.

2. À época da realização da teleaudiência, em 15.6.07, não havia lei federal que respaldasse o ato, existindo, apenas, a Lei 11.819/05, do Estado de São Paulo.

3. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior adotou o entendimento de que a audiência realizada por videoconferência, anteriormente à vigência da Lei nº 11.900/09, ocorreu ao seu arrepió e em afronta aos demais princípios do direito, como o devido processo legal e a ampla defesa.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal, nos termos do voto. Mantida a prisão do paciente." (HC 193904/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ -, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/06/2012.)

Retornados os autos à primeira instância, foi certificado que as mídias referentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à interceptação telefônica não foram localizadas. O Magistrado processante, após manifestação da Defesa e do Ministério Público, entendeu não ser caso de rejeição da denúncia ou absolvição sumária do réu e determinou o prosseguimento do feito.

Diante disso, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem.

No presente recurso, alega-se, em suma, falta de justa causa para a ação, pois, ***"tendo a ação penal escopo todo em gravações-interceptações telefônicas, a inexistência destas (apesar as cobranças judiciais), convolava à imprestabilidade da prova aduzida, já que toda ela ancorada e iniciada a partir das 'supostas' gravações"*** (fl. 264, grifos no original).

Requer-se, assim, o trancamento da ação penal.

Contrarrazões às fls. 277/278.

Admissibilidade à fl. 280.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 298/301, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.981 - SP (2013/0355392-7)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESAPARECIMENTO DE MÍDIAS DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS NA FASE INQUISITORIAL. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

2. Na espécie, constatou-se o sumiço de áudios de interceptações telefônicas realizadas na fase inquisitorial. Porém, as "*mídias desaparecidas não são, por óbvio, o único meio de prova de que poderá lançar mão o representante do Ministério Público para provar o alegado na exordial*", de forma que a exclusão de mencionada prova não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão punitiva da denúncia.

3. Impedir o Estado, antecipadamente, de exercer sua função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, tornando-se, pois, prematuro o trancamento da ação penal instaurada.

4. Ademais, na via estreita do *habeas corpus* sequer mostrar-se-ia possível a análise de que não foram colhidos outros elementos independentes da interceptação, que ensejaram legitimamente a acusação.

5. Recurso desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consoante relatado, o Recorrente - denunciado como incurso no art. 12, *caput*, c.c. o art. 14, ambos da Lei n.º 6.368/76 - foi condenado às penas de 18 anos de reclusão, em regime fechado, e 290 dias-multa, posteriormente reduzidas, no julgamento do recurso de apelação defensivo, para 10 anos de reclusão e 166 dias-multa.

Não obstante, a ação penal foi anulada, desde o interrogatório do Paciente, no julgamento, pela Quinta Turma desta Corte, do *Habeas Corpus* n.º 193.907/SP, assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA. ILEGALIDADE DA TELEAUDIÊNCIA REALIZADA ANTES DA LEI 11.900/09. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que o interrogatório realizado por meio de videoconferência, autorizado por lei estadual antes da regulamentação promovida por lei federal, viola princípios constitucionais por exorbitar a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual.

2. À época da realização da teleaudiência, em 15.6.07, não havia lei federal que respaldasse o ato, existindo, apenas, a Lei 11.819/05, do Estado de São Paulo.

3. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior adotou o entendimento de que a audiência realizada por videoconferência, anteriormente à vigência da Lei nº 11.900/09, ocorreu ao seu arrepio e em afronta aos demais princípios do direito, como o devido processo legal e a ampla defesa.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal, nos termos do voto. Mantida a prisão do paciente." (HC 193904/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ -, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/06/2012.)

Retornados os autos à primeira instância, foi certificado que as mídias referentes à interceptação telefônica não foram localizadas. O Magistrado processante, após manifestação da Defesa e do Ministério Público, entendeu não ser caso de rejeição da denúncia ou absolvição sumária do réu e determinou o prosseguimento do feito, nos seguintes termos:

"Pleiteia a Defesa a rejeição da denúncia ou absolvição sumária do réu por ausência de justa causa para a ação penal, diante da inexistência nos autos das mídias contendo gravações feitas durante a interceptação telefônica. Apesar das alegações defensivas, não é o caso de se rejeitar liminarmente a inicial. A denúncia preenche os requisitos legais e caberá ao Ministério Público provar a imputação pela produção das provas que desejar. Sem prejuízo, a matéria poderá ser analisada com maior vagar na sentença." (Fl. 105)

O Tribunal de origem, por sua vez, rejeitou o pleito de trancamento da ação penal, sob os seguintes fundamentos:

"[...]"

Não é caso de absolvição sumária, pois eventuais provas constantes das mídias desaparecidas não são, por óbvio, o único meio de prova de que poderá lançar mão o representante do Ministério Público para provar o alegado na exordial. Em outras palavras, uma prova perdida, nula que seja, somente significará total prejuízo do restante do acervo instrutório se se demonstrar, após profunda análise do restante do complexo painel



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatório, que todas as demais dela dependiam para existir. Este não parece ser o caso da ação penal originária.

Não há confundir, na tão decantada metáfora importada do Direito anglo-saxônico, fruto da árvore envenenada com putrefato fruto de árvore sadia.

A propósito, ao que tudo indica, a norma do artigo 157, do Código de Processo Penal, continua em pleno vigor:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

É verdade que a prova indiciária, colhida em sede policial, não poderá ser refeita, mas tal situação em nada prejudica o paciente ou dificultará o exercício regular do direito de ampla defesa.

Não se vai considerar que tal prova é ilegal ou inconstitucional, uma vez que não existe e, se não existe, não se há falar em desentranhamento.

Não é caso de trancamento da ação penal por falta de justa causa pelo simples fato de que o recebimento da denúncia e o consequente processamento do feito não demandam aprofundada análise das provas. Da mesma forma o presente mandamus.

Neste momento, o recebimento da denúncia, necessários, apenas, indícios suficientes de autoria e materialidade, não a prova cabal da prática de conduta típica, o que seria de todo injusto e ilegal, afinal o inquérito policial não conta com a proteção da ampla defesa e do contraditório.

Assim, cumpridos os requisitos necessários ao oferecimento e recebimento da denúncia.

Dessarte, não decorre da atenta leitura dos fartos documentos acostados a 'solar clareza' alegada à antevisão da eiva de mérito. Ao reconhecimento da falta de justa causa, de mister se faz a evidência de atipicidade da conduta ou de ausência de qualquer elemento indiciário indicativo de autoria, o que só poderá ser aferido no decorrer do processo sob o contraditório, por se tratar de matéria de mérito." (Fls. 248/250, sem grifos no original.)

O recurso não merece prosperar.

O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

Com efeito, não ficou demonstrado, na espécie, que a acusação foi embasada, exclusivamente, nas interceptações cujos áudios desapareceram. Ao contrário, extrai-se da denúncia que, dentre outros fatos, foram apreendidas substâncias entorpecentes na residência do Recorrente, a evidenciar a ocorrência de ao menos um fato criminoso, independente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência, ou não, de interceptação telefônica.

Como bem ressaltou o Tribunal de origem, as "*mídias desaparecidas não são, por óbvio, o único meio de prova de que poderá lançar mão o representante do Ministério Público para provar o alegado na exordial*", de forma que a exclusão de mencionada prova não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão punitiva da denúncia.

Nesse contexto, impedir o Estado, antecipadamente, de exercer sua função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, tornando-se, pois, prematuro o trancamento da ação penal instaurada.

Ademais, na via estreita do *habeas corpus* sequer mostrar-se-ia possível a análise de que não foram colhidos outros elementos independentes da interceptação, que ensejaram legitimamente a acusação.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"Habeas corpus. Inquérito policial baseado em elementos objeto de busca e apreensão, considerada ilegal em sede de mandado de segurança. Decisão que determinou a restituição dos documentos apreendidos. Pretensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree). Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido." (STF, HC 81.993/MT, 1.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 02/08/2002 – sem grifos no original.)

"[...] V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree).

9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido." (HC 80.949/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 14/12/2001 – sem grifos no original.)

Ante o todo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0355392-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 41.981 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00595377320138260000 00727633920068260050 13912006 50060727632
595377320138260000 727633920068260050

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : REUVEN AMIT (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : CARINA AZUBEL
CORRÉU : WALDOMIRO JOSÉ DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.