



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 264.088 - SP (2013/0024793-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO
ADVOGADO : GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENALDO SOARES (PRESO)
PACIENTE : JANIO FERNANDES SANTIAGO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DA DECISÃO QUE DEFERIU O PRIMEIRO PEDIDO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. PRORROGAÇÕES. ANÁLISE DA LEGALIDADE IMBRICA-SE COM O EXAME DA IDONEIDADE DO PRIMEIRO *DECISUM*. INVIABILIDADE. 4. DECISÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO, GENÉRICO E ARBITRÁRIO. NULIDADE. TESE DEFENSIVA NÃO EFETIVAMENTE ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EVENTUAIS VÍCIOS EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL. INAPTIDÃO PARA MACULAR A AÇÃO PENAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade da quebra do sigilo telefônico, em razão da ausência de fundamentação idônea para o seu deferimento, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial a decisão que deferiu o primeiro pedido de escutas telefônicas. O constrangimento ilegal, no seio do remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, de bem aparelhar a petição do *writ*, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao impetrante tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual. 3. Quanto às prorrogações, malgrado tenham os impetrantes colacionado aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos as respectivas decisões, resta inviável, do mesmo modo, a análise da sua legalidade, haja vista que imbrica-se, indissociavelmente, com o exame da idoneidade do primeiro *decisum* que deferiu o pedido de escutas telefônicas, o qual, consoante explanado alhures, não foi acostado aos autos. Ante a ausência da decisão inaugural de deferimento de interceptações telefônicas, não é possível apurar a existência de ilegalidade das decisões posteriores.

4. A tese defensiva acerca da nulidade da decisão que determinou a busca apreensão, por ter sido expedido mandado coletivo, genérico e arbitrário, não foi efetivamente enfrentada pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. É firme o posicionamento deste Sodalício no sentido de que eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não são hábeis a macular a ação penal, pois trata-se de procedimento de natureza administrativa que resulta em peça informativa e não probatória, porquanto não sujeita ao contraditório. Eventuais irregularidades ocorridas em sede de investigação criminal só têm o condão de inquinar a ação penal dela decorrente quando o único meio de prova para a condenação deriva, exclusivamente, dos elementos informativos colhidos de forma ilícita - teoria dos frutos da árvore envenenada -, o que não é possível apurar no caso em tela. Tendo em vista a impossibilidade de aferição da nulidade das interceptações telefônicas, diante da deficiência na instrução, não se pode afirmar, categoricamente, que a busca e apreensão tenha sido o único lastro probatório para a ação penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 264.088 - SP (2013/0024793-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO
ADVOGADO : GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENALDO SOARES (PRESO)
PACIENTE : JANIO FERNANDES SANTIAGO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENALDO SOARES e JANIO FERNANDES SANTIAGO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0007239-89.2009.8.26.0309).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.200 dias-multa, por infração ao art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, na forma do art. 69, do Código Penal (fls. 1182/1194).

Inconformada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso, *verbis*:

Quanto às preliminares, por insubsistentes, não há como acolhê-las.

Não se há falar em inépcia da inicial por falta de individualização da descrição da conduta criminosa dos apelantes.

De efeito, não se pode olvidar que a exposição clara e minuciosa dos fatos é de proeminente importância em processo penal, de, vez que o réu deles se defende e não da correspondente qualificação jurídica.

Outrossim, a descrição, naquela inaugural, dos crimes de associação para o tráfico e quadrilha armada, mostrou-se perfeitamente consentânea com as exigências do artigo 41, do Código de Processo Penal, de modo que os apelantes puderam exercer amplamente seus direitos de defesa.

Nesse sentido, diligente análise do zeloso promotor de justiça, em contrarrazões: "Deve ser levado em consideração que a peça acusatória, ao contrário do que sustenta o apelante, mostrou-se bem orquestrada em 27 (vinte e sete) laudas, descrevendo em que consistiu a conduta de cada acusado, inclusive com organograma do quadro de liderança da célula criminosa estabelecida em Jundiaí composta pelos apelantes (fls. 16), justamente para o fim de franquear-lhes a mais ampla defesa" (cf. fls. 2783).

Se não bastasse, é sabido, à saciedade, que nos crimes societários, pela sua própria natureza, não se pode exigir que a denúncia descrimine os atos específicos de cada um dos agentes, ante a impossibilidade de minudenciar e especificar a atividade isolada de cada um. É o suficiente que se afirme ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havido prévio ajuste de vontades.

Quanto à impossibilidade de investigação pelo Ministério Público e violação do devido processo legal, o i. parecerista oficiante, analisou bem a questão, com diligente citação jurisprudencial a respeito, de forma a dispensar adminículos: "O Ministério Público, titular da ação penal pública não está impedido de realizar, pessoalmente ou através de seus serviços auxiliares, investigações de natureza criminal quando julgar necessário, sem o envolvimento da polícia judiciária.

Há crimes e circunstâncias que por conveniência até do sigilo das investigações se apresenta mais eficiente, rápida e conveniente a ação direta na colheita das provas pelo órgão do Ministério Público, como ocorreu no caso em exame, sem que isso importe em nulidade das provas colhidas ou fira o princípio constitucional do devido processo penal.

Durante a colheita das provas os apelantes tiveram acesso irrestrito pelos advogados que constituíram de todo o procedimento investigatório, sendo-lhes assegurado os direitos ao contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões" (d.j fls. 2813/2814).

De outra parte, a legitimidade do Ministério Público para conduzir atos investigatórios decorre de expressa, previsão constitucional, regulamentada pela Lei Complementar nº 75/93.

No tocante à escuta telefônica, é importante ressaltar que esta prova foi produzida em perfeito atendimento ao disposto nos arts. 1.º, 2.º, 4.º e 5.º, todos da Lei nº 9.296/96, em decisão devidamente fundamentada, com referência à atuação de cada suspeito.

Consigne-se, ainda, que não há necessidade de se proceder à transcrição de toda a conversa telefônica interceptada, mas, sim, de gravá-la, sendo a transcrição, providência facultativa.

Ademais, a i. defesa dos apelantes, sequer impugnou qualquer trecho da gravação, ou, ainda, não indicou nenhum trecho a ser degravado, sob qualquer justificativa, não havendo cerceamento de defesa ou irregularidades a serem sanadas. (...)

Sobre a validade da ação penal iniciada fundamentalmente por escutas telefônicas, é importante ressaltar que em se tratando do único ou o melhor meio de prova a ser produzido para a devida apuração dos crimes narrados nestes autos e, ainda, baseadas em decisões, devidamente fundamentadas, não se vislumbrando nenhuma violação ao princípio do devido processo legal. (...)

Acrescente-se, por fim, que as provas constantes deste caderno processual vão muito além das interceptações telefônicas, com robusta prova oral e documental.

A alegação de que o mandado de busca e apreensão foi genérico também não pode ser acolhida, pois "Do cumprimento dos mandados de busca e apreensão deferidos pela autoridade judiciária não demonstraram os apelantes que tivessem ocorrido ilegalidades ou excesso por parte dos policiais militares ou dos membros do Ministério Público, sendo inclusive relativo o preceito constitucional da inviolabilidade da casa como abrigo inviolável do cidadão como consta no r. parecer, às fls. 2825.

"Por outro lado, ainda que, 'ad argumentandum tantum' irregular se mostrasse o procedimento preparatório, consistente em cumprimento de mandado judicial por Policiais Militares e membros do MP, de forma generalizada, seja pela incompetência da autoridade destinatária do respectivo mandado, seja pelo seu próprio conteúdo, não tem a eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inobservância de norma expressa o condão de viciar os contornos de todo o processo" (cf. fls. 2794), já que, eventuais vícios do inquérito policial jamais contaminariam a ação penal, precisamente pelo seu caráter de peça meramente informativa.

Também não se há falar em violação da garantia constitucional da inviolabilidade da casa, já que a Constituição Federal não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que à noite, se houver caso de flagrante delito, quando se pode, inclusive, efetuar a busca e apreensão, não prevalecendo tal garantia contra ordem judicial. Assim, em se tratando o tráfico de entorpecentes e a quadrilha de crimes permanentes, no qual a consumação se protraí no tempo, plenamente configurada a situação de flagrante delito (art. 303, do CPP).

Não se vislumbra, ainda, a falta de fundamentação da sentença condenatória. (...)

Assim, afastadas as preliminares, no mérito, os recursos não comportam provimento (fls. 1234/1244).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, *in verbis*:

Sustentam os embargantes, em síntese, que o Ven. Acórdão contém omissão, uma vez que, a seu ver, deixou de enfrentar a questão da impossibilidade da condenação dos acusados pelos crimes de associação para o tráfico e formação de quadrilha, em face da aplicação do princípio do "bis in idem" e, ainda, de fundamentar a exasperação das básicas nos seus patamares máximos, postulando, ainda, a redução de suas reprimendas nos patamares mínimos.

É o Relatório.

Os presentes embargos não comportam acolhimento.

"Data venia", não há omissão no Ven. Acórdão.

À simples leitura das questões ventiladas pelos embargantes verifica-se que dizem elas respeito ao mérito da decisão, que não pode ser objeto de embargos de declaração.

Consoante já se deixou assentado:

(...)

Assim, inexistente qualquer obscuridade, omissão ou contradição, nada há para ser esclarecido nesta sede, certo que a questão ora arguida não pode ser submetida a reexame por esta Colenda Corte.

Por fim, em atendimento ao princípio da ampla defesa e em atenção ao esforço da nobre defesa, consigna-se que não se vislumbra "bis in idem" na condenação prolatada em primeiro grau e ratificada em segundo, pelo Ven. Acórdão embargado, já que, a robusta prova colhida durante a instrução criminal dá conta de que os réus associaram-se, em quadrilha armada, para o fim de cometer e controlar o cometimento de inúmeros delitos por todo o estado de São Paulo, distribuindo drogas, controlando a arrecadação financeira da organização, orquestrando as atividades desenvolvidas por um sólido sistema de comunicação e protegidas por um amplo arsenal de armas de fogo.

Patente, ainda, que os acusados compunham o quadro principal de liderança do "Primeiro Comando da Capital", desempenhando funções de chefia e gerenciamento das atividades criminosas (dentre elas, a associação para o tráfico) praticadas por outros integrantes do bando, estando, portanto, devidamente tipificados os delitos previstos nos arts. 288, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal e 35, da Lei nº 11.343/06, conforme atenta análise de fls. 2617/2618.

No tocante à reprimenda imposta aos ora embargantes, é importante deixar registrado que o Magistrado está apto a valorar a conduta criminosa dos réus dentro dos patamares mínimo e máximo da pena cominada aos tipos legais pelos quais foram denunciados e condenados, não havendo nenhum óbice legal à adoção do patamar máximo estampado no preceito secundário da norma, principalmente, em casos como o dos autos, em que é notório o desassossego da sociedade que vive "assombrada" pela atuação de um grupo como o conhecido e famigerado "PCC", restando patente que TODAS as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal (primeira fase da dosimetria das penas - cf. art. 68 do CP) lhes são TOTALMENTE desfavoráveis, dispensando maiores considerações a respeito, neste momento processual.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos (fls. 1499/1502).

No presente *mandamus*, alegam os impetrantes a ilicitude da prova decorrente da interceptação telefônica, haja vista que "foi deferida a interceptação telefônica dispensando toda e qualquer motivação acerca da sua necessidade, prorrogando-a de maneira indiscriminada - foram deferidos 11 monitoramentos, além das prorrogações - perdurando a interceptação nada menos que 6 meses" (fl. 5).

Pontuam que as prorrogações ocorreram com fundamentação genérica, por decisões manifestamente idênticas.

Invocam a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Ressaltam que "é clarividente a nulidade das decisões que deferiram e prorrogaram, indiscriminadamente, a interceptação dos diálogos telefônicos de maneira genérica" (fl. 15).

Sustentam, ainda, a nulidade da busca e apreensão realizada. Afirmam que foram expedidos mandados de busca e apreensão coletivo, ignorando o Código de Processo Penal (fl.17).

Requerem, liminarmente, o sobrestamento do andamento do processo originário até o final do julgamento deste *writ*, e conseqüentemente a suspensão da sentença, do acórdão e da ordem de prisão. No mérito, pleiteia-se "a anulação da ação penal desde seu nascedouro, determinando-se ainda o desentranhamento da prova reputada ilícita, renovando-se todos os atos processuais subsequentes". (fl. 25).

A liminar foi indeferida às fls. 1434/1437.

Foram prestadas informações às fls. 1441/1460, 1462/1481 e 1484/1523.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Edilson Alves de França, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 1526/1529).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 264.088 - SP (2013/0024793-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DA DECISÃO QUE DEFERIU O PRIMEIRO PEDIDO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. PRORROGAÇÕES. ANÁLISE DA LEGALIDADE IMBRICA-SE COM O EXAME DA IDONEIDADE DO PRIMEIRO *DECISUM*. INVIABILIDADE. 4. DECISÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO, GENÉRICO E ARBITRÁRIO. NULIDADE. TESE DEFENSIVA NÃO EFETIVAMENTE ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EVENTUAIS VÍCIOS EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL. INAPTIDÃO PARA MACULAR A AÇÃO PENAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade da quebra do sigilo telefônico, em razão da ausência de fundamentação idônea para o seu deferimento, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial a decisão que deferiu o primeiro pedido de escutas telefônicas. O constrangimento ilegal, no seio do remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, de bem aparelhar a petição do *writ*, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao impetrante tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

3. Quanto às prorrogações, malgrado tenham os impetrantes colacionado aos autos as respectivas decisões, resta inviável, do mesmo modo, a análise da sua legalidade, haja vista que imbrica-se, indissociavelmente, com o exame da idoneidade do primeiro *decisum* que deferiu o pedido de escutas telefônicas, o qual, consoante explanado alhures, não foi acostado aos autos. Ante a ausência da decisão inaugural de deferimento de interceptações telefônicas, não é possível apurar a existência de ilegalidade das decisões posteriores.

4. A tese defensiva acerca da nulidade da decisão que determinou a busca apreensão, por ter sido expedido mandado coletivo, genérico e arbitrário, não foi efetivamente enfrentada pela Corte de origem, o que impede sua cognição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. É firme o posicionamento deste Sodalício no sentido de que eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não são hábeis a macular a ação penal, pois trata-se de procedimento de natureza administrativa que resulta em peça informativa e não probatória, porquanto não sujeita ao contraditório. Eventuais irregularidades ocorridas em sede de investigação criminal só têm o condão de inquinar a ação penal dela decorrente quando o único meio de prova para a condenação deriva, exclusivamente, dos elementos informativos colhidos de forma ilícita - teoria dos frutos da árvore envenenada -, o que não é possível apurar no caso em tela. Tendo em vista a impossibilidade de aferição da nulidade das interceptações telefônicas, diante da deficiência na instrução, não se pode afirmar, categoricamente, que a busca e apreensão tenha sido o único lastro probatório para a ação penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade das interceptações telefônicas, em razão da ausência de fundamentação idônea para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o seu deferimento, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial a decisão que deferiu o primeiro pedido de escutas telefônicas.

Com efeito, a primeira decisão encartada aos autos, prolatada em **24.3.2009**, faz menção à "necessidade de **novas interceptações** para prosseguir investigação referente atividades do PCC nesta cidade de Jundiá" (fl. 112), o que leva a crer que não seria aquele o primeiro pedido de interceptação telefônica.

Outrossim, o próprio impetrante destaca que "a investigação iniciou-se através da censura telefônica no dia **09 de março de 2009**, consignando-se que a partir deste primeiro pedido de interceptação telefônica foram feitas dezenas renovações de interceptação, findando-se unicamente no dia 22 de setembro, quando a investigação evoluiu para requerimentos de mandado de busca e apreensão" (fl. 6) (grifou-se).

Dessarte, a ausência da decisão primeva torna inviável alcançar-se juízo de nulidade da quebra do sigilo telefônico.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de habeas corpus seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Tocando ao impetrante a incumbência de demonstrar a veracidade de suas alegações, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

Inviável, assim, a aferição da nulidade apontada, tendo em vista que os impetrantes não encartaram aos autos documentos imprescindíveis à análise do alegado constrangimento ilegal.

Quanto às prorrogações, malgrado tenham os impetrantes colacionado aos autos as respectivas decisões, resta inviável, do mesmo modo, a análise da sua legalidade, haja vista que imbrica-se, indissociavelmente, com o exame da idoneidade do primeiro *decisum* que deferiu o pedido de escutas telefônicas, o qual, consoante explanado alhures, não foi acostado aos autos. Ante a ausência da decisão inaugural de deferimento de interceptações telefônicas, não é possível apurar a existência de ilegalidade das decisões posteriores.

No mais, no tocante à alegação de nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão, impende destacar o que consignou o Colegiado estadual:

A alegação de que o mandado de busca e apreensão foi genérico também não pode ser acolhida, pois "Do cumprimento dos mandados de busca e apreensão deferidos pela autoridade judiciária não demonstraram os apelantes que tivessem ocorrido ilegalidades ou excesso por parte dos policiais militares ou dos membros do Ministério Público, sendo inclusive relativo o preceito constitucional da inviolabilidade da casa como abrigo inviolável do cidadão como consta no r. parecer, às fls. 2825.

"Por outro lado, ainda que, 'ad argumentandum tantum' irregular se mostrasse o procedimento preparatório, consistente em cumprimento de mandado judicial por Policiais Militares e membros do MP, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

generalizada, seja pela incompetência da autoridade destinatária do respectivo mandado, seja pelo seu próprio conteúdo, não tem a eventual inobservância de norma expressa o condão de viciar os contornos de todo o processo" (cf. fls. 2794), já que, eventuais vícios do inquérito policial jamais contaminariam a ação penal, precisamente pelo seu caráter de peça meramente informativa (fls. 1241/1242) (grifou-se).

Da atenta leitura do acórdão guerreado, verifica-se que a tese defensiva acerca da nulidade da determinação da busca e apreensão, por ter sido expedido mandado coletivo, genérico e arbitrário, não foi efetivamente enfrentada pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Não tendo sido a matéria em apreço enfrentada pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

(HC 163.833/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

Registre-se que, se a Defesa entendia, tal como ressalta na prefacial, que, no julgamento da apelação "se fugiu do debate acerca da nulidade" (fl. 19), deveria ter suscitado a pecha perante a Corte de origem, por meio de embargos de declaração, a fim de sanar eventual omissão ou obscuridade, o não fez no caso em tela.

Tendo em vista que matéria não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar o vício ora apontado. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE. OMISSÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Na hipótese, verifica-se que a Defesa não suscitou a matéria em momento oportuno perante as instâncias ordinárias, o que levou à ocorrência da preclusão consumativa, com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória.

3. O writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transformar este Superior Tribunal de Justiça em terceira instância revisora ou em corte de cassação. Existem os meios próprios de confrontar os acórdãos dos tribunais de apelação e, após o trânsito em julgado, o ordenamento jurídico prevê a revisão criminal nos casos previstos em lei.

4. Na atual quadra processual, o instrumento cabível para pleitear a alteração da dosimetria da pena seria a revisão criminal, uma vez que o habeas corpus, tendo em vista os seus estreitos lindes, não é via a adequada a rever situações albergadas pelo manto da indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada, somente quando houver manifesto constrangimento ilegal e a análise do tema prescindir do exame do contexto fático-probatório, o que não ocorre no caso em apreço.

5. Ordem denegada.

(HC 157616/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES SUSCITADAS PERANTE A CORTE ORIGINÁRIA. EVENTUAL OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU AMBIGUIDADE QUE DEVERIAM TER SIDO DEDUZIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE.

1. Tendo a Corte a quo apreciado e decidido as matérias postas na impetração originária, como determinam as leis processuais e, em especial, o art. 93, IX, da Constituição Federal, não há o que se falar em nulidade do aresto.

2. Eventual omissão, contradição, obscuridade ou ambigüidade, ou mesmo má interpretação das razões esposadas na inicial, deveria ter sido deduzida em sede de embargos de declaração, no momento processual oportuno.

(...)

(HC 95.721/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 09/03/2009)

Ainda que assim não fosse, consoante ressaltou a Corte estadual, "eventuais vícios do inquérito policial jamais contaminariam a ação penal, precisamente pelo seu caráter de peça meramente informativa" (fl. 1242).

Com efeito, mister salientar que o inquérito policial, procedimento inquisitivo e preparatório, presidido pela autoridade policial, consiste em um conjunto de diligências realizadas com o objetivo de identificar fontes de prova e colher elementos de informação acerca da autoria e materialidade do delito, com o fito de prover subsídios para formar a convicção do titular da ação penal, para que possa ingressar em juízo, exercendo o *jus persequendi*.

Deve ser compreendido, assim, como um procedimento administrativo e preparatório, visto que é fase pré-processual, não integrando, de fato, o processo. E, ainda, informativo, porquanto não visa enunciar nenhum juízo de valor acerca da conduta do autor do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato supostamente delituoso, mas apenas fornecer os elementos necessários a tornar possível ao titular da ação penal decidir acerca da existência ou não de lastro de plausibilidade suficiente para a instauração de uma futura ação penal, e sendo o caso, para a descrição correta, na prefacial acusatória, dos elementos integrantes da figura típica (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 72).

Saliente-se, ainda, que os **atos de investigação**, é dizer, aqueles que ocorrem em sede de instrução preliminar, não se referem a uma afirmação, mas a uma mera hipótese; estão a serviço da fase pré-processual do inquérito policial para a consecução de seus fins; se prestam a formar um juízo de probabilidade e não de certeza; prescindem da estrita observância da publicidade, contradição e imediação, que podem ser restringidas; destinam-se apenas à formação da *opinio delicti* do órgão acusador; não se destinam à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para justificar o ajuizamento da ação penal ou o arquivamento da investigação; servem somente de fundamento para decisões interlocutórias de indiciamento e para a aplicação de medidas cautelares e outras restrições provisionais (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 131).

Pode-se afirmar, pois, que, em regra, os elementos de informação obtidos no inquérito policial têm eficácia probatória limitada aos fins e objetivos da prévia investigação, possuindo, desse modo, uma função endoprocedimental. Isso porque sua eficácia é interna à fase pré-processual, servindo, *a priori*, tão somente para fundamentar as decisões interlocutórias proferidas no curso da investigação, formalizar a imputação, respaldar eventuais pedidos de medidas cautelares ou outras medidas restritivas dos direitos do indiciado e para fundamentar a probabilidade do *fumus comissi delicti* a justificar uma possível e futura ação penal (*Op. cit*, p. 133). Referem-se, em essência, à justa causa para a ação penal.

A restrição da eficácia dos atos de investigação é justificada pelo modo como são praticados, sob a égide de uma sistemática inquisitorial, marcada pelo sigilo e pela ausência ou excessiva mitigação do contraditório (*Op. cit*, p. 132). Aliás, a própria característica inquisitiva do inquérito policial, em princípio, veda o contraditório, que somente será exercido quando deflagrado o processo penal (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75).

Assim, a investigação do inquérito policial tempera a incidência de garantias, restringindo a eficácia probatória dos elementos colhidos.

Por esse motivo é que Antonio Scarance Fernandes defende que "a utilização dos elementos colhidos durante esse período pré-processual não pode ir além de sua finalidade essencial: permitir a acusação" (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 75).

Nesta esteira de intelecção, pode-se concluir que eventuais irregularidades ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vícios que vierem a ocorrer ainda em sede de investigação criminal, não são aptos a eivar a ação penal. Conforme propugna Guilherme de Souza Nucci, "tratando-se de mero procedimento administrativo, destinado, primordialmente, a formar a opinião do Ministério Público, a fim de saber se haverá ou não acusação contra alguém, não apresenta cenário para a proclamação de nulidade de ato produzido durante o seu desenvolvimento" (*Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 773/774).

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima elucida que:

(...) como o inquérito policial é mera peça informativa, eventuais vícios dele constantes não têm o condão de contaminar o processo penal a que der origem. Havendo, assim, eventual irregularidade em ato praticado no curso do inquérito, mostra-se inviável a anulação do processo penal subsequente. Afinal, as nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória (*Manual de Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, pp. 107/108).

Merecem destaque, ainda, as lições de Amilton Bueno de Carvalho, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca do tema:

(...)

O inquérito se caracteriza por ser eminentemente inquisitorial. Cuida-se de atividade meramente informativa cujos efeitos não podem alcançar o cidadão enquanto acusado, mas só como indiciado. Investigações que podem – ou não – levar à propositura da ação penal. Suas conclusões são sempre provisórias – mínimo lastro probatório a autorizar a demanda penal.

Assim, por marcadamente arbitrário, sua importância é bem definida pelo Código de Processo Penal, ou seja, responder as seguintes indagações: houve infração penal? Se sim, quem é presumivelmente seu autor?

Sua importância é tão diminuta no momento judicial que a jurisprudência pacificou entendimento: **a nulidade emergente do inquérito não macula a ação penal que lhe sucedeu: não é árvore, logo não pode gerar frutos envenenados!** (O Inquérito Policial como instrumento do Direito penal do terror. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/Inquerito_Policial_com_o_instrumento_terror.doc>. Acesso em 05 out. 2011) (grifou-se).

Nesse diapasão, é firme o posicionamento deste Sodalício no sentido de que eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não são hábeis a macular a ação penal, pois trata-se de procedimento de natureza administrativa que resulta em peça informativa e não probatória, porquanto não sujeita ao contraditório. A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A
DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. VENDA DE REMÉDIOS FALSIFICADOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. NULIDADE PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NA FASE INQUISITORIAL E DE ILEGALIDADE DE BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIA. EVENTUAIS VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHA NÃO ARROLADA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. DUPLICIDADE DE CONDENAÇÕES PELA MESMA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. FATOS DIVERSOS. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial - inexistentes na hipótese - não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o Inquérito Policial peça meramente informativa e não probatória, que tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal.

4. Não há cerceamento de defesa decorrente da negativa de oitiva de testemunha não arrolada, oportunamente, na resposta à acusação, mormente porque o pedido, no caso, restou formulado pela Defesa, tão somente, em alegações finais, o que evidencia a preclusão do direito alegado.

5. O cotejo das provas relevantes à elucidação da verdade real inclui-se na esfera de discricionariedade mitigada do juiz do processo, o qual, vislumbrando a existência de diligências lato sensu protelatórias, desnecessárias ou impertinentes aos autos, poderá indeferi-las mediante decisão fundamentada. Exegese do art.

411, § 2.º, do Código de Processo Penal.

6. Apesar de terem sido os crimes praticados em tempo e lugares próximos, o que implicou, inclusive, no reconhecimento da continuidade delitiva, revela-se insustentável a tese de duplicidade de condenações pela mesma conduta, pois as duas ações penais ajuizadas contra o Paciente decorreram de fatos diversos, conforme destacou a Corte de origem.

7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (pas de nullité sans grief), dano que não restou evidenciado na hipótese.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 282.322/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO.

(...)

ALEGADA NULIDADE DO INTERROGATÓRIO POLICIAL DO ACUSADO. MÁCULA QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. EXISTÊNCIA DE PROVAS PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO APTAS A FUNDAMENTAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA. EIVA NÃO CONFIGURADA.

1. Eventuais máculas no flagrante não contaminam a ação penal, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial.

2. Não há que se falar em desentranhamento do interrogatório policial do acusado, tampouco da reprodução simulada dos fatos, pois a confissão extrajudicial do paciente não constitui prova, mas mero elemento informativo.

3. Ademais, em momento algum o depoimento prestado pelo acusado no auto de prisão em flagrante foi utilizado pelo Juízo singular para justificar a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, o que reforça a inexistência de qualquer ilegalidade a contaminar a ação penal em apreço.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 231.884/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 27/03/2014)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VÍCIO NO INQUÉRITO POLICIAL. IRREGULARIDADE QUE NÃO VICIA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. As questões referentes à suspeição do Ministério Público, nulidade no parecer da psicóloga e no indeferimento de diligências não foram questionadas e tampouco debatidas na instância precedente, que limitou-se a examinar outros temas ali propostos pela defesa. Desse modo, fica esta Corte impedida de se manifestar sobre tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

2. No que se refere aos alegados vícios no inquérito policial, a jurisprudência desta Superior Corte de Justiça já se firmou no sentido de que eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não possuem o condão de macular todo o processo criminal.

3. Ademais, as mencionadas nulidades ocorridas no inquérito não passam de meras imperfeições, sequer comprovadas nos autos e, portanto, inaptas para anular as provas colhidas na fase inquisitorial, especialmente quando não demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo.

4. O pedido para que o réu aguarde o julgamento em liberdade, diante de alegado excesso de prazo na formação da culpa, fica prejudicado com a superveniência de sentença condenatória.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC 216.201/PR, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

Com efeito, eventuais irregularidades ocorridas em sede de investigação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal só têm o condão de inquinar a ação penal dela decorrente quando o único meio de prova para a condenação deriva, exclusivamente, dos elementos informativos colhidos de forma ilícita - teoria dos frutos da árvore envenenada -, o que não é possível apurar no caso em tela.

É que a deficiência na instrução, configurada, em especial, pela ausência da primeira decisão que deferiu a medida cautelar de interceptação telefônica, não permite verificar, no caso em testilha, o alegado vício nas escutas telefônicas.

Dessarte, tendo em vista a impossibilidade de aferição da nulidade das interceptações telefônicas, diante da deficiência na instrução, não se pode afirmar, categoricamente, que a busca e apreensão seja o único lastro probatório para a ação penal. Inviável, portanto, atender a pretensão de reconhecimento da nulidade da ação penal.

Tem-se, pois, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0024793-9

HC 264.088 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12009 20110000189779 27709 2772009 72398920098260309

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO
ADVOGADO	: GUILHERME PEREIRA GONZALEZ RUIZ MARTINS E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RENALDO SOARES (PRESO)
PACIENTE	: JANIO FERNANDES SANTIAGO (PRESO)
CORRÉU	: ANDERSON LUIS DA SILVA
CORRÉU	: GISELE MARIA COOK
CORRÉU	: APARECIDO MENDES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.