



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.220 - SP (2010/0170881-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS OLYMPIO NOGUEIRA
PACIENTE : LEONARDO FERRAZ RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVESTIGAÇÃO INICIADA A PARTIR DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ULTERIOR DILIGÊNCIA PELAS AUTORIDADES PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS ASSINATURA TENHA OCORRIDO. PRETENSÃO DE SE APLICAR IRRESTRITAMENTE A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS É DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DAS MEDIDAS JUSTIFICADA PELO JUÍZO SINGULAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "*no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.*"

3. Não se descarta que a investigação não pode ser baseada, unicamente, em denúncia anônima. Entretanto, se a instauração foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na peça, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requeridas válidas.

4. Se não há na documentação trazida aos autos pela Defesa – a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do *habeas corpus* –, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades, não ocorre o alegado constrangimento ilegal.

5. Considerações sobre a teoria do fruto das árvores envenenadas (*fruits of the poisonous tree*) – cuja indistinta incidência não se admite –, e a contaminação das provas derivadas: “[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido” (STF, HC 80.949/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

6. Quanto à alegação de ausência de fundamentação da decisão que autorizou as interceptações telefônicas ora questionadas, verifica-se, de seu teor, que resta adequadamente justificada a necessidade das medidas, que se mostraram imprescindíveis às investigações.

7. No mais, lembre-se ser entendimento pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Pátrios o de que o trancamento da ação penal, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa – o que não é o caso. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.220 - SP (2010/0170881-0)

IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS OLYMPIO NOGUEIRA
PACIENTE : LEONARDO FERRAZ RIBEIRO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS OLYMPIO NOGUEIRA e LEONARDO FERRAZ RIBEIRO— denunciados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, da Lei n.º 11.343/06 –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 149):

"Habeas Corpus. Tráfico. Processo penal. Interceptação telefônica. Prova ilegal. Incompetência do Juízo que deferiu a medida cautelar preparatória. Inocorrência. Prova deferida por autoridade com jurisdição na área do prefixo da linha interceptada. Irrelevância de o fato imputado ter sido praticado em comarca diversa daquela que deferiu a interceptação. Inteligência do art. 1.º da Lei nº 9.296/96. Ordem denegada.

Habeas Corpus. Processo. Interceptação telefônica. Alegação de falta de fundamentação válida a justificar a cautelar. Não ocorrência. Pedido bem instruído, manifestação favorável do MP e delimitação do acesso às informações. Ordem denegada.

Habeas Corpus. Tráfico. Processo penal. Não acolhimento de preliminar de nulidade. Denúncia fundada em provas ilícitas. Não ocorrência. Ilegalidade na interceptação telefônica. Falta de fundamentação do despacho que a deferiu e ilegalidade no fornecimento de senhas. Medidas constitucionalmente admissíveis e cabíveis à espécie. Decisão regular. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada."

Alega-se, na presente impetração, em suma, que ação penal a que respondem os Pacientes (a) foi deflagrada com base em interceptações telefônicas realizadas ilegalmente, requeridas pela Autoridade Policial um dia após denúncia anônima, e (b) deferidas sem fundamentação baseada em dados concretos que as justificassem, tendo ainda (c) as diligências ultrapassado os limites do decreto judiciário autorizador.

Requer-se, liminarmente e no mérito, o trancamento da ação penal, bem assim o desentranhamento das provas ilegais dos autos.

Indeferi a liminar à fl. 163, ocasião em que dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 169/175, pela concessão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.220 - SP (2010/0170881-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVESTIGAÇÃO INICIADA A PARTIR DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ULTERIOR DILIGÊNCIA PELAS AUTORIDADES PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS ASSINATURA TENHA OCORRIDO. PRETENSÃO DE SE APLICAR IRRESTRITAMENTE A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS É DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DAS MEDIDAS JUSTIFICADA PELO JUÍZO SINGULAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. Não se descarta que a investigação não pode ser baseada, unicamente, em denúncia anônima. Entretanto, se a instauração foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na peça, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares requeridas válidas.

4. Se não há na documentação trazida aos autos pela Defesa – a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do *habeas corpus* –, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deu-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades, não ocorre o alegado constrangimento ilegal.

5. Considerações sobre a teoria do fruto das árvores envenenadas (*fruits of the poisonous tree*) – cuja indistinta incidência não se admite –, e a contaminação das provas derivadas: "[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido" (STF, HC 80.949/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

6. Quanto à alegação de ausência de fundamentação da decisão que autorizou as interceptações telefônicas ora questionadas, verifica-se, de seu teor, que resta adequadamente justificada a necessidade das medidas, que se mostraram imprescindíveis às investigações.

7. No mais, relembre-se ser entendimento pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Pátrios o de que o trancamento da ação penal, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa – o que não é o caso. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Na hipótese dos autos, o *habeas corpus* originário foi denegado com base nas seguintes razões, conforme voto condutor do acórdão ora impugnado (fls. 150/156):

"[...]. A ordem é denegada.

Preliminarmente, observo que é perfeitamente válida a prova colhida em interceptação telefônica deferida por juízo que, inicialmente, aparenta ser o competente para a ação principal (art. 1.º da Lei nº 9.296/96), mas que, ao depois, dada as circunstâncias e a dinamicidade dos fatos, dá lugar ao juízo do foro do local da infração penal, caso em que se aplica a norma do artigo 70 do CPP, que adotou a teoria do resultado, in verbis: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

Aliás, segundo já decidiu esta Colenda Corte: "A regra prevista no art. 1º da Lei 9.296/96, que trata da fixação de competência para decretar a quebra do sigilo telefônico, não estabelece critério de natureza absoluta, razão pela qual não é considerada prova ilícita a interceptação telefônica determinada por juízo diferente da ação principal se a medida se deu no bojo do inquérito policial, quando ainda não era possível prever com absoluta certeza o futuro juízo competente" (HC nº 949.089-3/6, 12.^a Câmara Criminal, Rei. Breno Guimarães, j. 10.05.2006, VU).

Irrelevante, pois, para o reconhecimento da legalidade da interceptação telefônica, que o fato que se imputa ao paciente tenha sido praticado em comarca diversa daquela onde foi deferida a medida cautelar.

3. Ademais, os pacientes foram denunciados porque, entre 27 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julho e 27 de agosto de 2009, na Comarca de Piracicaba, associaram-se para o fim de praticar delitos de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que no último dia do citado período foram flagrados tendo em depósito para o comércio ilícito, 11 g de cocaína em pó, distribuída em 32 invólucros.

Consta ainda que os pacientes só foram identificados após interceptação telefônica, judicialmente autorizada, de linha telefônica utilizada pelo líder do grupo, "Danilinho", de dentro do Centro de Detenção Provisória de Piracicaba e de outras utilizadas por seus interlocutores.

Presos em flagrante, foram beneficiados com a liberdade provisória.

Soltos, buscam, sem razão, o trancamento da ação penal, com desentranhamento das provas que defendem ser ilícitas. Inexiste nulidade, argüida em defesa preliminar, que deva ser acolhida para fins de afastar o recebimento da denúncia. Sem embargo do parecer ministerial que sugeria tratar-se de matéria só passível de conhecimento no bojo do processo criminal, penso que a natureza dos fundamentos, aliadas aos documentos que instruem a impetração, permitem a cognição do pleito sem desnaturar a via especial do writ.

Com efeito, o habeas corpus é meio processual tutelatório da liberdade de locomoção e por isso não pode haver obstáculos que impeçam o exercício dessa garantia constitucional. Para se concluir sobre a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade contra quem se impetra, não raro, em certa medida, é indispensável examinar a prova em que se funda, por exemplo, a acusação dita carente de justa causa ou a prisão cautelar desprovida de seus pressupostos processuais. Prevalece o entendimento de que apenas o extenso, minucioso e aprofundado exame probatório é que não tem cabimento face o estreito âmbito do remédio heróico.

[...].

Na espécie, cuida-se de analisar a legalidade da medida cautelar que autorizou a interceptação telefônica em alguns de seus aspectos, sendo o primeiro, a ausência de devida fundamentação para o deferimento da representação policial.

Alega o impetrante que a autoridade coatora limitou-se a deferir a medida extrema sob a simples menção "presentes os requisitos legais previstos na Lei 9296/96", repetindo posteriormente suas razões para as demais interceptações deferidas.

Contudo não encontram respaldo fático suas alegações, visto que ao deferir a medida cautelar, a autoridade judiciária da Comarca de Limeira expôs, ainda que sucintamente, a presença dos requisitos que autorizadores da medida, pois "O pedido veio devidamente instruído e houve concordância do Ministério Público".

Ademais, bem delimitou os limites da quebra do sigilo, determinando que ficava "expressamente vedada a interceptação de outros números não discriminados nesta decisão", bem como discriminou as pessoas que teriam acesso aos autos e à manifestação.

4. De outro lado, sem amparo a também alegada falta de preenchimento das hipóteses legais que autorizam a medida, em especial, do contido no inciso I, do artigo 2.º, da Lei 9.296/96.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispõe referido dispositivo de lei que é vedada a interceptação quando: "I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;"

Por sua vez, os indícios da prática de crimes, a despeito de terem partido de delação anônima, em razão dos detalhes contidos no quanto declarado, com especificação de pessoas, número das linhas utilizadas para a prática do delito, bem como os caracteres básicos de automóvel utilizado em sua consumação emprestaram substância à suspeita inicial da prática criminosa.

Tanto existiam suficientes indícios que após as investigações fomentadas pela quebra do sigilo telefônico dos denunciados, restaram confirmados e então flagrada a ação criminosa.

A esse respeito, as Cortes superiores vêm decidindo de forma semelhante: "Habeas corpus. Narcotraficância e associação para o tráfico de drogas. Sentença condenatória já proferida. Alegação de nulidade da ação penal, por ilicitude da prova colhida por meio de interceptação telefônica, que teria sido deferida a partir de denúncia anônima. Ausência de comprovação da tese sustentada. Inviabilidade de dilação probatória em HC. Investigação devidamente instaurada pela autoridade policial, que, justificadamente, requereu a quebra de sigilo telefônico para identificação de outros membros da organização criminosa. Decisão devidamente fundamentada pelo juízo. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada." (STJ, HC 1508201 SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data da Publicação/Fonte: DJE 03/05/2010).

5. Ainda articula o impetrante existência de nulidade da ação penal, uma vez que o Juízo da primeira instância concedeu autorização para o fornecimento de senhas à autoridade policial, a qual teria obtido acesso a um número irrestrito de linhas.

Nesse particular, muito embora reconheça a legitimidade do entendimento consensual de que a quebra do sigilo, em razão de seu caráter excepcional, deve ser individualizada e, portanto, não permitir o acesso a dados de quaisquer indivíduos, tenho que no presente caso, as peculiaridades do caso conferem legalidade à medida.

Vale destacar que consoante resposta direcionada pela empresa de telefonia que executou a interceptação: "De acordo com a conveniência da autoridade judicial esta operadora está apta a enviar relatório pormenorizado de todas as consultas realizadas por cada autoridade autorizada, bastando para tanto requisição do juiz competente." (fls. 36)

Logo, diferentemente do alegado pelo impetrante, o juízo tem sim como efetuar o controle do conhecimento dos dados sigilosos quebrados, bem como da atuação dos agentes públicos que intervieram na interceptação telefônica.

Friso, entretanto, que apesar de ser recomendável o acesso a dados cadastrais, histórico de chamadas e localização de ERB's somente quanto a pessoas determinadas, a arguição de nulidade da prova somente poderia ser sustentada pela coletividade isenta de participação na ação delituosa em questão.

Isto porque a própria lei admite a quebra quanto a pessoas indeterminadas na situação de impossibilidade manifesta, devidamente justificada: "Art. 2.º... Parágrafo único: Em qualquer hipótese deve ser descrita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada."

Deste modo, inexistente notícia de que a investigação tenha ultrapassado os limites fixados, quais sejam a investigação de delitos de tráfico a partir do celular nº (19) 97430881, não há motivo para a decretação da nulidade da prova produzida cautelarmente, prejudicado, assim, o reconhecimento de nulidade da ação penal por ilicitude derivada.

Em suma, adotada a interceptação telefônica como medida excepcional, necessária ao êxito da investigação policial, outra solução não resta senão o reconhecimento de sua legalidade.

6. Esses os fundamentos pelos quais denego a ordem impetrada. "

Proferido o acórdão em 17/08/2010, e impetrado o presente writ somente em 11/10/2010, este não pode ser conhecido.

Conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do writ tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, a Suprema Corte, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao não admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Confira-se, a propósito, o informativo n.º 674/STF, sobre o julgamento do HC 109.956/PR, realizado em 07/08/2012:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012."

Colhe-se do voto do Relator, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, o seguinte excerto:

"O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

É a ementa do Julgado:

"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." (DJe de 10/09/2012.)

No mesmo sentido, foi o julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28/08/2012, também perante a Primeira Turma. A Relatora, a eminente Ministra ROSA WEBER, ao não admitir o habeas corpus "*como substitutivo de recurso no processo penal*", ressaltou:

"A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal."

Fez também a mesma ponderação acerca dos feitos já ajuizados:

"Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O respectivo acórdão restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado." (DJe de 05/09/2012 – sem grifos no original.)

Ainda nesse sentido:

"Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Atentado violento ao pudor praticado com violência presumida – art. 214, c/c art. 223, 'a', do Código Penal. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Inviabilidade da concessão ex officio do writ. Absolvição. reexame de fatos e provas: Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. Superveniência de trânsito em julgado da sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória. Impossibilidade de convalidação do writ em revisão criminal. Aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, com o fito de diminuir a pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Tema não examinado no Tribunal a quo. Supressão de instância. Inocorrência, in casu, de concurso de crimes.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

2. Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal.

3. A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, que objetivam viabilizar o exercício pleno da nobre função de guardião da Constituição Federal.

4. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, urgente e imperativa reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

5. Ad argumentandum tantum, sequer é o caso de concessão ex officio da ordem, porquanto a impetrante pretende, através do revolvimento de fatos e provas, infirmar a palavra da vítima de atentado violento ao pudor, com violência presumida, bem como o testemunho da mãe dela para alcançar, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a absolvição, atribuindo aos pais da criança, então com 6 (seis) anos de idade, falta de cuidados e imputando à mãe falsa comunicação de crime para acobertar suposto adultério praticado com o paciente; argumentos lastimáveis, data venia.

6. É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; E RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.

7. Outrossim, o superveniente trânsito em julgado da sentença traduz impossibilidade de convalidação do writ, ou mesmo do recurso, em revisão criminal.

8. O tema atinente à aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

9. Ainda que essa questão tivesse sido examinada pelo Tribunal a quo, o caso concreto não comportaria a aplicação da *lex in melius posterior*, porquanto a redução da pena somente seria possível se o paciente tivesse sido condenado em concurso material e pretendesse o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo certo que a condenação foi por apenas um delito.

10. Destarte, a jurisprudência desta Corte, anteriormente ao advento da referida Lei n. 12.015, de 7-8-2009, refutava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o fundamento de configurarem delitos de espécies distintas, entendimento que há de ser revisto ante a inserção dos núcleos definidores do crime de atentado violento ao pudor na descrição típica do crime de estupro, passando a configurar delitos da mesma espécie.

11. A afirmação, pela Defensoria Pública, no sentido da ocorrência de concurso de crimes é, reitera-se, dissociada da realidade dos autos, não cabendo argumentar com a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009.

12. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual, afastada a possibilidade de concessão *ex officio* da ordem." (STF, HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 06/09/2012.)

Tal entendimento foi reiterado em decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012), os quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações.

Nesse cenário, exsurge a necessidade premente da reformulação da admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação do Pretório Excelso. Isso em absoluta consonância com os princípios constitucionais – mormente os do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo –, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, entretanto, não se verifica, da leitura dos documentos acostados aos autos, a ocorrência de patente constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão *ex officio* do *writ*, conforma análise dos fundamentos da impetração, a seguir.

a) alegação de que a ação penal a que respondem os Pacientes foi deflagrada com base em interceptações telefônicas realizadas ilegalmente, requeridas pela Autoridade Policial um dia após denúncia anônima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se descarta que os argumentos da Defesa no ponto são relevantes, e, inclusive, se pudessem ser demonstradas, poderiam levar à invalidação da investigação.

Porém, nos autos, na verdade, não resta cabalmente comprovado que a Autoridade Policial não procedeu a qualquer outra diligência antes de solicitar a diligência.

E se não há na documentação trazida aos autos pelo Impetrante – a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do *habeas corpus* –, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades, não ocorre o alegado constrangimento ilegal.

Outrossim, entender-se que não houve uma diligência mínima no caso mostrar-se-ia extremamente irrazoável, especialmente por não restar cabalmente comprovado nos autos que a autoridade não procedeu a nenhuma constatação antes de requerer inteceptação judicial.

Cite-se, nessa esteira, *mutatis mutandis*, recente precedente do Supremo Tribunal Federal, que considerou válido procedimento criminal em que, antes da instauração do inquérito, diligenciou-se sobre fatos relatados em peça apócrifa:

"Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciantes". Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propriamente dito.

3. Habeas corpus *denegado*." (HC 95.244/PE, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/04/2010.)

Ainda da Suprema Corte:

"HABEAS CORPUS. "DENÚNCIA ANÔNIMA" SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada "denúncia anônima", desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada "notícia anônima", mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial.[...].

Ordem denegada." (HC 99.490/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 31/01/2011.)

E, desta Corte Superior de Justiça:

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. [...].

I. O trancamento da ação penal, através do presente remédio, é medida excepcional, somente admissível quando patente nos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não evidenciadas no caso em comento.

II. Esta Corte Superior de justiça possui entendimento no sentido da possibilidade de instauração de procedimento investigatório com base em denúncia anônima, desde que acompanhada de outros elementos. Precedentes.

III. [...]" (RHC 29.658/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 08/02/2012.)

"HABEAS CORPUS. E-MAIL ANÔNIMO IMPUTANDO A PRÁTICA DE CRIMES. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE REALIZA DILIGÊNCIAS PRÉVIAS PARA A APURAÇÃO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. COLHEITA DE INDÍCIOS QUE PERMITEM INSTAURAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do Inquérito n. 1957/PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações da fonte anônima, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal.

2. Infere-se dos autos que o membro do Parquet que recebeu a denúncia anônima, tendo em vista a gravidade dos fatos nela contidos, teve a necessária cautela de efetuar diligências preliminares, consistentes na averiguação da veracidade das informações, oficiando aos órgãos competentes com a finalidade de confirmar os dados fornecidos no e-mail enviado à Ouvidoria, razão pela qual não se constata nenhuma ilegalidade sanável pela via do habeas corpus.

[...]. (HC 104.005/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 05/12/2011.)

Mais. Ao requerer o trancamento do procedimento penal, o que o Impetrante pretende, em verdade, é a aplicação irrestrita da "teoria dos frutos da árvore envenenada", sustentando que toda a investigação, desde o seu início, é nula. Porém, como se sabe, a incidência da referida doutrina não pode ser irrestrita, se a acusação utilizou-se de outros meios de provas que não o alegadamente viciado para embasar o procedimento Criminal. Exemplificativamente:

"ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

- [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.**

A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.." (STF, HC 93.050/RJ, 2.^a Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 31/07/2008 – grifos diversos dos originais.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não demonstrado que os demais elementos probatórios originaram-se de prova alegadamente ilícita, não há que se declara-los inválidos.

Ademais, na via estreita do *habeas corpus* sequer mostrar-se-ia possível a análise de que não foram colhidos outros elementos, posteriores e independentes, que ensejaram o legítimo indiciamento e posterior acusação.

E, ainda que assim não fosse, de qualquer forma não há, na documentação trazida aos autos pelos Impetrantes, qualquer comprovação de que investigação e as medidas cautelares judicialmente deferidas deram-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e que, no decorrer da investigações, não foi produzida qualquer outra prova que pudesse legitimamente justificar seu indiciamento e acusação.

Nesse sentido, as seguintes ementas:

"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.)

b) alegação de que a decisão que autorizou os monitoramentos telefônicos é desprovida de fundamentação

Na decisão judicial resta esclarecido, com adequada fundamentação, que a medida era imprescindível para a investigação do esquema, e que havia substanciais elementos de autoria e materialidade no caso.

Por isso, as corretas conclusões do Tribunal *a quo*, que novamente reproduzo:

"[...] ao deferir a medida cautelar, a autoridade judiciária da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comarca de Limeira expôs, ainda que sucintamente, a presença dos requisitos que autorizadores da medida, pois "O pedido veio devidamente instruído e houve concordância do Ministério Público".

Ademais, bem delimitou os limites da quebra do sigilo, determinando que ficava "expressamente vedada a interceptação de outros números não discriminados nesta decisão", bem como discriminou as pessoas que teriam acesso aos autos e à manifestação."

Conclui-se que ocorre, no caso, suficiente e adequada fundamentação das interceptações havidas nos autos.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. QUADRILHA E CORRUPÇÃO PASSIVA. INVESTIGAÇÃO INICIADA A PARTIR DE ESCRITO ANÔNIMO OU APÓCRIFO (CARTA). POSSIBILIDADE, DESDE QUE ULTERIOR DILIGÊNCIA PELAS AUTORIDADES PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS ALEGADOS NA PEÇA SEM ASSINATURA TENHAM OCORRIDO. PRETENSÃO DE SE APLICAR IRRESTRITAMENTE A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO CONTRA O ORA PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE QUE AS DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, E SUAS RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES, SÃO DESTITUÍDAS DE FUNDAMENTAÇÃO E SE PROLONGARAM DEMASIADAMENTE NO TEMPO. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DAS MEDIDAS. TRANSCRIÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS INTERCEPTADAS. DESNECESSIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE PERÍCIA NAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. PRETENSÃO QUE SE MOSTRA, NA VERDADE, PRECLUSA, POR NÃO TER SIDO FORMULADA NO MOMENTO OPORTUNO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não se descarta que o inquérito policial não pode ser baseado, unicamente, em escrito redigido de forma anônima ou apócrifa. Entretanto, se a instauração foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na peça, tal providência torna a persecução válida.

2. É o que ocorreu no caso, em que o Ministério Público Federal - órgão a quem foi dirigido o minucioso e detalhado registro sem assinatura - avaliou, concretamente, fato narrado na referida declaração, antes de requerer a abertura de inquérito à Polícia Federal.

3. Considerações sobre a teoria do fruto das árvores envenenadas (fruits of the poisonous tree) - cuja indistinta incidência não se admite -, e a contaminação das provas derivadas: "[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido." (STF, HC 80.949/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEPÚLVEDA PERTENCE).

4. *Em caso que também se aplica à presente controvérsia, mutatis mutandis, definiu a Suprema Corte o que se segue: "[p]retensão 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." (HC 81.993/MT, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 02/08/2002).*

5. *Ainda que assim não fosse, de qualquer forma não há na documentação trazida aos autos pelos Impetrantes - a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do habeas corpus -, qualquer comprovação de que o procedimento penal instaurado pelo ora Paciente deu-se única e exclusivamente com base na carta anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades.*

6. *Até porque isso não se mostra crível. O ora Paciente não foi mencionado na carta anônima encaminhada à Procuradoria da República. No escrito, do ano de 2006, havia descrição detalhada e identificação de policiais que participavam de esquema em postos como o da 1.ª Delegacia da Região Metropolitana, o de Carpina, de Igarassu, de Moreno e de Gravatá, todas no Estado de Pernambuco. E a denúncia oferecida pelo Parquet no dia 19 de julho de 2010 sequer refere-se diretamente tais fatos, mas sim a condutas específicas de policiais rodoviários lotados na Delegacia de Ribeirão/PE e Posto do Cabo de Santo Agostinho/PE - dentre os quais o ora Paciente -, como expressamente restou esclarecido na exordial acusatória. Portanto, o que é possível se inferir, mormente na via estreita do habeas corpus, é que, posteriormente, foram realizadas diversas outras diligências que concluíram pela sua participação no esquema, mas que advieram de provas autônomas em relação ao escrito anônimo.*

7. *Quanto à alegação de ausência de fundamentação das decisões que autorizaram as interceptações telefônicas ora questionadas, verifica-se, de seu teor, que resta adequadamente justificada a necessidade das medidas, que se mostraram imprescindíveis às investigações.*

8. *De qualquer forma, cumpre esclarecer que, nas diversas decisões colacionadas aos autos, o Juízo Federal deferiu interceptações telefônicas em terminais utilizados por indiciados no IPL n.º 1.059/2006, dentre os quais não consta o do ora Paciente.*

9. *Dessa feita, mostra-se até mesmo questionável a possibilidade, na presente via estreita, de se analisar fundamentação de decisões que não se referem ao Paciente, onde os Impetrantes sequer demonstraram qualquer nexos entre ele e as interceptações ora questionadas. No caso, sequer há narrativa da Defesa ou documentos que demonstrem ter sido o Paciente interlocutor em ligação originada ou recebida em um dos números interceptados. E se mostra relevante ainda mencionar que, na denúncia oferecida contra o ora Paciente e demais agentes, esclareceu o Parquet que as condutas ali descritas eram "autônomas em relação aos demais crimes apurados no IPL 1.059/06".*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. "Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento." (STF, RHC 85.575/SP, 2.^a Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007).

11. "O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa *sub iudice*." (STF, Inq 2.424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 25/03/2010). Ou seja: *é completamente despicienda a degravação de todas as conversas interceptadas, especialmente as que nada se referem aos fatos.*

12. *Resta fulminado pelo instituto da preclusão o pedido de realização de perícia nas conversas interceptadas, pois, por se tratar de nulidade relativa, deve ser requerido na primeira oportunidade da Defesa de se manifestar no processo-crime, após a produção do ato. Dessa forma, não há como ser reconhecida qualquer nulidade no ponto.*

13. *Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível em tais casos a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief.*

14. Habeas corpus *denegado*." (HC 221.739/PE, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 27/04/2012.)

c) alegação de que as diligências ultrapassaram os limites do decreto judiciário autorizador

No ponto, a impetração originária foi denegada em razão do entendimento de que *"inexistente notícia de que a investigação tenha ultrapassado os limites fixados, quais sejam a investigação de delitos de tráfico a partir do celular nº (19) 97430881, não há motivo para a decretação da nulidade da prova produzida"*, o que se mostra consonante com a Jurisprudência dos tribunais pátrios.

Ora, sem a demonstração inequívoca da ilegalidade apontada, sequer cabe ser conhecida a alegação, conforme diversos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

No mais, relembre-se ser entendimento pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Pátrios o de que o trancamento da ação penal, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mencione-se, da Suprema Corte:

"'HABEAS CORPUS' - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA - SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO 'HABEAS CORPUS' - PEDIDO INDEFERIDO.

- A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de 'habeas corpus', embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie - com base em situações revestidas de liquidez - a ausência de justa causa. O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de 'habeas corpus', reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal.

- Havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração da 'persecutio criminis', eis que se impõe, ao Poder Público, a adoção de providências necessárias ao integral esclarecimento da verdade real, notadamente nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes.

- A liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o remédio processual do 'habeas corpus' não admite dilação probatória, nem permite o exame aprofundado de matéria fática, nem comporta a análise valorativa de elementos de prova. Precedentes." (STF, HC 94.592/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009).

"[...]. 3. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de habeas corpus com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria." (STF, HC 97.419/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 26/03/2010.)

Assim, não resta configurada ilegalidade flagrante que permita concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do habeas corpus.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0170881-0

HC 185.220 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16262009 7352009 8792009 990102760286

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS OLYMPIO NOGUEIRA
PACIENTE : LEONARDO FERRAZ RIBEIRO

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.