

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006959-68.2011.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Valdivan Mendes de Jesus e outros Advogado (s): TONY DE OLIVEIRA MATOS, MARCOS CATELAN, ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA registrado (a) civilmente como ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): PROCESSUAL PENAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ACOLHIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROCESSO CAUTELAR NÃO LOCALIZADO. MÍDIAS, ÁUDIOS E DECISÕES JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. RECURSO PROVIDO. 1. Conforme devidamente atestado nos autos, o referido processo não foi localizado pelos servidores da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro. Consectariamente, tal circunstância impossibilitou o réu de exercer o seu direito da ampla defesa e do contraditório, bem como de este Signatário avaliar a licitude de todo procedimento cautelar, a exemplo da fundamentação da decisão que autorizou/renovou a quebra do sigilo telefônico. 2. Nota-se que nitidamente este Relator impetrou todos os esforços possíveis na tentativa frustrada de localizar o procedimento cautelar citado, no qual contêm o CD com os áudios da interceptação telefônica, elemento basilar da presente ação penal (Ids. 26647114; 27675810; 29236417; 38413259). 3. Nesse contexto, nos autos principais, sequer há cópia da decisão que deferiu as escutas telefônicas originárias, quiçá das suas prorrogações. Há apenas cópia da degravação parcial dos diálogos entre os investigados. 4. De fato, o prejuízo do acusado diante da não juntada das decisões autorizadoras da interceptação telefônica e da ausência da mídia da interceptação telefônica é patente, eis que ter acesso ao procedimento completo é direito intransponível do réu. 5. Diante do exposto, uma vez lastreada a condenação fortemente nas provas obtidas em razão da interceptação telefônica sequer juntada ao processo, deve ser reconhecida a nulidade. 6. Por outro vértice, inequívoca a contaminação do restante do acervo probatório, por derivação, pois somente foi possível em face de informação obtida através de interceptação telefônica, a qual foi declarada ilícita. 7. Cediço que, uma vez não comprovada a licitude do meio probatório originário, impositivo que as provas produzidas por derivação também tenham sua legitimidade prejudicada. É a consabida “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”. 8. Assim, não havendo nenhuma prova lícita acerca da autoria delitiva, impositivo que seja acolhida a prefacial defensiva, ao efeito de absolver o réu da imputação dos crimes lhe imputados, com fulcro no artigo 386, II e VII, do Código de Processo Penal. 9. Recurso provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO n.º 0006959-68.2011.8.05.0201, em que figura, como Apelantes, GERRY ADRIANI DE JESUS ROCHA E VALDIVAN MENDES DE JESUS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER do recurso, para DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do Desembargador Relator. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE/RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 16 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006959-68.2011.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Valdivan Mendes de Jesus e outros Advogado (s): TONY DE OLIVEIRA MATOS, MARCOS CATELAN, ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA registrado (a) civilmente como ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO GERRY ADRIANI DE JESUS ROCHA E VALDIVAN MENDES DE JESUS, por meio de advogado constituído, irresignados com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro, interpôs o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o respeitável decism. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 32090084, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da denúncia, o Julgador Primevo reconheceu a materialidade delitiva e a respectiva autoria, condenando os Apelantes às seguintes penas: Gerry Adriani de Jesus Rocha: Pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época da infração, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, caput, e 35 da Lei nº. 11.343/2006. Valdivan Mendes de Jesus: 21 (vinte e um) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época da infração, pela prática dos delitos tipificados nos arst. 33, caput, e 35 da Lei nº. 11.343/2006. O réu Gerry Adriani de Jesus Rocha, em sede de razões, pugna, preliminarmente, pela nulidade das interceptações telefônicas em razão: 1) do cerceamento de Defesa pela não disponibilização da degravação integral das interceptações telefônicas, bem como pela ausência de decisão de quebra e prorrogações das escutas telefônicas; 2) da nulidade do monitoramento telefônico sucessivamente renovado. Por outro lado, ainda em sede preliminar, requer a nulidade do feito, sob os argumentos de o “apelante ter sido ouvido sem a presença dos advogados dos outros corréus”. Sustenta, ainda, “a nulidade no tange a prova emprestada, juntada aos autos e citada pelo juiz a quo, como sendo prova da prática de tráfico efetuada pelo apelante”, argumentando, ainda, que “a prova emprestada desatende os requisitos constitucionais, visto que o apelante não figurou como parte naquele processo. Tampouco teve a ciência prévia, em obediência ao princípio do contraditório Tampouco teve a ciência prévia, em obediência ao princípio do contraditório” (sic). No mérito, pleiteia a absolvição, agasalhando-se na tese de negativa de autoria, com fulcro no art. 386, VI, do CPP e, subsidiariamente, requer a revisão da pena aplicada. Por sua vez, o Apelante Valdivan Mendes de Jesus, em suas razões, alega insuficiência de provas para condenação, requerendo, subsidiariamente, a revisão da pena aplicada, com aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. O Ministério Público, por outro lado, apresentou contrarrazões pela integral manutenção do decism. Em relação ao réu Valdivan Mendes de Jesus, o magistrado a quo declarou a extinção da punibilidade em razão de sua morte, nos termos do art. 107, I, do Código Penal (ID. 32090420). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo “Conhecimento e pelo Provimento Parcial dos Recursos de Apelação, apenas para reformar proporcionalmente a pena-base dos dois Apelantes, com repercussão nas fases seguintes. (ID 34035901) Retornando-me os autos à conclusão, neles

lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006959-68.2011.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Valdivan Mendes de Jesus e outros Advogado (s): TONY DE OLIVEIRA MATOS, MARCOS CATELAN, ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA registrado (a) civilmente como ANDRESA FERREIRA CRUZ GUERRA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu conhecimento. Exsurge-se da exordial acusatória que: “Narra o feito inquisitório que os denunciados acima qualificados foram investigados através da OPERAÇÃO VÉRTICE, com o objetivo de desvendar a organização criminosa de tráfico, associação ao tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, chefiada pelo detento GERRY ADRIANI DE JESUS ROCHA, primeiro denunciado, em que se constatou a função desempenhada por cada um dos envolvidos na referida organização, como se depreende das peças informativas que instruem a presente. Consta que foram interceptadas as comunicações telefônicas efetuadas pelo primeiro denunciado, vulgo “Gerry”, de dentro do Conjunto Penal de Teixeira de Freitas, onde se encontrava preso, com fornecedores de drogas e armas no Estado de São Paulo, detectando-se, inclusive, a ocultação da origem e movimentação financeira dos valores provenientes do tráfico ilícito de substâncias entorpecente, através de depósitos em contas de “laranjas”, que foram identificados como sendo as pessoas de MARIANE RIBEIRO SAMPAIO, TATIANE MARY TELES, ALINE RIBEIRO SAMPAIO e JOSIVANIA DA SILVA PORTUGAL, todas denunciadas, por terem recebido os respectivos montantes em suas contas bancárias. Restou comprovado que o denunciado Gerry Adriani de Jesus Rocha tinha pleno domínio dos fatos, e, utilizando-se de aparelhos celulares, mantinha contato com fornecedores e realizava a compra de substâncias entorpecentes para distribuição nesta cidade e região, com ficou demonstrada na prisão de Andrea Francisca de Oliveira, que, a seu mando, transportou 13 Kg (treze quilos) de cocaína do Estado de São Paulo à Eunápolis” (sic). Após a regular instrução do feito, o Apelante Gerry Adriani de Jesus Rocha foi condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época da infração, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, caput, e 35 da Lei nº. 11.343/2006, mediante sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro. Em relação ao réu Valdivan Mendes de Jesus, o magistrado a quo declarou a extinção da punibilidade em razão de sua morte, nos termos do art. 107, I, do Código Penal. Irresignado com o decisum, o réu Gerry Adriani de Jesus Rocha interpôs o presente recurso sustentando, preliminarmente, nulidade processual, sob o fundamento de que houve cerceamento de defesa, na medida em que ele não teve acesso integral aos autos do processo cautelar de nº 0011484-20.2010.805.0201. Sem maiores digressões, razão assiste à Defesa. Com efeito, compulsando-se os autos, infere-se que os acusados foram investigados através da Operação Vértice, com o objetivo de desvendar a organização criminosa de tráfico, associação

ao tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. Consta da denúncia que a suposta associação seria chefiada pelo Apelante Gerry Adriani de Jesus Rocha, o qual comandava a venda de droga na região Sul do Estado da Bahia, inclusive de dentro do Conjunto Penal de Teixeira de Freitas. Extrai-se do universo processual, ainda, que as investigações se iniciaram através de interceptação telefônica, devidamente autorizada pelo poder judiciário, no bojo do processo cautelar nº 0011484-20.2010.805.0201, sendo renovada pelo pelo magistrado a quo por cerca de três meses. Ademais, a partir do deferimento das medidas requeridas pela autoridade policial, os agentes de segurança pública, durante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão, confirmaram as suspeitas levantadas através das interceptações telefônicas, apreendidos inúmeros objetos ilícitos. Nesse contexto, gize-se, o processo cautelar, no qual houve a autorização judicial da quebra de sigilo telefônico do Apelante, foi o pilar de todo o acervo probatório coligido, convergente no sentido de que o mesmo comandada venda de drogas dentro do Conjunto Penal de Teixeira de Freitas. Ocorre que, conforme devidamente atestado nos autos, o referido processo não foi localizado pelos servidores da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro.

Consectariamente, tal circunstância impossibilitou o réu de exercer o seu direito da ampla defesa e do contraditório, bem como de este Signatário avaliar acerca da licitude de todo procedimento cautelar, a exemplo da fundamentação da decisão que autorizou/renovou a quebra do sigilo telefônico. Registre-se que o Diretor da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro, Dr. Gutemberg Domingos dos Santos, através de certidão de ID. 32090468, atestou que o procedimento cautelar nº 0011484-20.2010.805.0201 foi enviado para o município de Salvador, acompanhado de outros processos, com o fito que fosse digitalizado. Todavia, aduziu que os referidos autos não foram localizados e que não possui a guia de remessa para este Egrégio Tribunal de Justiça. Vejamos: “CERTIFICO para os devidos fins, em cumprimento ao DESPACHO10 27675810, exarado nos autos da Apelação Criminal 0006959-68,2011.8,05.0201, que procedi buscas nesta serventia e não localizei os Autos Físicos nº 0011484- 30.20 10.8.05.0201. CERTIFICO ainda, que no ano de 2017, houve determinação para que os processo físicos fossem encaminhados para o Tribunal de Justiça, tanto para digitalização quanto para o núcleo de arquivo, tendo sido remetidos milhares de processos. Entretanto, na época o recolhimento do acervo foi feito de forma muito corrida sendo possível que vários processos, inclusive Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefone em questão, tenham sido enviados, mas que não temos os comprovantes de remessa. CERTIFICO também que, com o objetivo de cumprir o quanto requisitado, solicitei do Núcleo de Arquivo do TJBA, que verificasse se os Autos da Quebra de Sigilo de Dados n. 0011484-30.2010.8.05.0201 encontra-se arquivado naquele Nucleo, tendo a servidora LUCILA VENTURA informado que pelos dados prestados não conseguiu localizar nenhum registro, ao tempo que me orientou a fazer nova solicitação através do Sistema GAD, o que não foi possível visto que aparece a mensagem que os Autos já é digital, conforme anexos. CERTIFICO por fim, que consta no espelho informativo do SAJ, remessa dos Autos ao Núcleo Unijud em 27/02/2021 e a migração para o PJE em 22/12/2021, conforme anexo. Em tempo, informo que a remessa ao Unijudi não se deu por esta Serventia. O referido é verdade”. Ciente das informações alhures, este Signatário converteu o feito novamente em diligência (ID 38413259), com o escopo de que o magistrado a quo, Dr. André Marcelo Strogenski, se manifestasse acerca do paradeiro do processo ora em análise, tendo o mesmo asseverado que: “Em atenção ao

quanto determinado no ID 338710111, venho prestar as seguintes informações: Inicialmente destaco que tomei posse como Juiz titular da Vara Crime da Comarca de Porto Seguro em 24 de março de 2011. À época, a Unidade Judiciária cumulava todas as ações criminais, de infância e juventude e de fazenda pública chegando a um acervo físico de 46.159 (quarenta e seis mil, cento e cinquenta e nove) processos sob gestão deste magistrado. Acrescente-se que desde a instalação da Vara até os dias de hoje, os processos aqui autuados já tramitaram de forma física e por meio de três sistemas judiciais distintos (SAIPRO, eSAJ e PJE), sendo necessário, no período de transição de processos físicos para digitais, e diante da carência de servidores e de aparato técnico, que esses autos fossem encaminhados à Centrais de Digitalização e de arquivo criadas pelo Tribunal de Justiça da Bahia a fim de otimizar a tarefa árdua de tornar todo o acervo eletrônico. Traçadas essas primeiras considerações, urge-se admitir, a teor do quanto certificado pelo atual diretor de secretaria em ID 216954761, que em razão da urgência da determinação de remessa desses processos à Salvador e da falta de servidores efetivos para controle minucioso de todo o acervo físico que estaria sendo encaminhado, em especial os incidentes apensados à Ações Penais, é possível que alguns processos possam ter sido remetidos sem o devido registro, tornando-se inviável a comprovação por este Juízo. Soma-se a isso à instalação de novas Varas e a mudança de endereço do Fórum local, havendo também, dessa forma, uma movimentação do acervo físico, realizado, diante da carência de servidores efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia, por servidores cedidos da Prefeitura Municipal e que não mais prestam serviços a esta Unidade. Informo, por derradeiro, que foram envidados todos os esforços no sentido de localização da cautelar requisitada (busca física onde a Vara está atualmente instalada e busca aos Sistemas Judiciais, inclusive com consulta a outros processos em que os acusados também figuram como parte) contudo, sem êxito. Sendo o que tinha a informar, coloco-me à disposição para outros esclarecimentos que entender pertinentes, determinando, ao cartório, que remetam os autos à Primeira Câmara Criminal – 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia. Ao ensejo, apresento a Vossa Excelência protestos de estima e consideração”. (sic) Imperioso esclarecer, por fim, que embora existente no sistema PJe o processo cautelar nº 0011484-20.2010.805.0201, no seu corpo não consta nenhuma documentação. Nota-se nitidamente, portanto, que este Relator impetrou todos os esforços possíveis na tentativa frustrada de localizar o procedimento cautelar citado, no qual contém o CD com os áudios da interceptação telefônica, elemento basilar da presente ação penal (Ids. 26647114; 27675810; 29236417; 38413259). Nesse contexto, nos autos principais, sequer há cópia da decisão que deferiu as escutas telefônicas originárias, quiçá das suas prorrogações. Há apenas cópia da degravação parcial dos diálogos entre os investigados. De fato, o prejuízo do acusado diante da não juntada das decisões autorizadoras da interceptação telefônica e da ausência da mídia da interceptação telefônica é patente, eis que ter acesso ao procedimento completo é direito intransponível do réu. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, “de acordo com o artigo 8º da Lei 9.296/1996, os autos da interceptação telefônica serão juntados aos principais antes do relatório final da autoridade policial, ou antes de prolatada sentença” (HC 261.170/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014). Diante do quanto esgrimido, é de insofismável contundência que configura violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LV, CR/1988), a

utilização de elemento de convicção que não foi submetido à apreciação da parte interessada, até mesmo em virtude do previsto na Súmula Vinculante n.º 14 do Augusto STF, assim disciplinada: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". Ora, "é certo que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível, por tal razão, a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova". (STJ – HC: 160662 RJ 2010/0015360–8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2014). Nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli: "A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ele, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser examinadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos do que a busca daquelas"(Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144). Ademais, colaciono os ensinamentos de José Baltazar Júnior, no que concerne à imprescindibilidade do acesso integral pelos defensores à prova produzida por meio de interceptação telefônica: "A degravação integral do registro da interceptação é, porém, desnecessária, inconveniente e até mesmo inexequível. Desnecessária porque muito do que é gravado não diz respeito ao objeto das investigações, sendo a degravação parcial suficiente para a compreensão dos fatos. Caso haja alegação da defesa de que o extrato dos diálogos degradados leva a uma falsa compreensão dos fatos, deverá apontar quais os pontos que demonstram a inconformidade com a versão da acusação, ou aqueles necessários para uma integral compreensão indicando-os ou transcrevendo-os. Para tanto, deverá ser facultada a oitiva do conteúdo integral da interceptação, disponibilizando-se, na Secretaria da Vara, o equipamento para que os defensores possam ter acesso integral à prova produzida ou entregando cópia das gravações" (Crimes Federais. 5.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 558). No mesmo direcionamento do quanto até aqui aduzido, cito os seguintes julgados: PROCESSUAL PENAL E PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MÍDIAS E ÁUDIOS PERDIDOS. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. Negar o acesso à decisão autorizadora da interceptação telefônica é negar a possibilidade de análise dos fundamentos ali expostos, negando a possibilidade de arguição de eventual nulidade vislumbrada e, portanto, negando o próprio exercício do contraditório e da ampla defesa. O acesso às mídias e áudios é imprescindível para a conferência da degravação feita pela autoridade policial, para verificação se tudo o que interessa aos autos foi efetivamente degradado e, mais, se foi degradado corretamente. Nítido o prejuízo da defesa dos réus pela falta de acesso ao procedimento integral que deu ensejo à interceptação telefônica. Ainda que a nulidade referente à juntada tardia da decisão autorizadora da interceptação telefônica pudesse ser sanável pelo retorno ao juízo de 1º grau com oportunização da defesa em se manifestar, nova

instrução processual e nova prolação de sentença, o mesmo não pode ser afirmado com relação às mídias dos áudios das interceptações telefônicas que até o presente momento encontram-se desaparecidas, sem qualquer providência possível de ser tomada para sua localização. Decretada, de ofício, a nulidade da ação penal e determinado o trancamento da presente ação, julgando prejudicados os demais pedidos. (TRF-3 – ACR: 00020814520064036125 SP, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 13/12/2016, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2017). PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incursos nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária. VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob

pena de indevida supressão de instância. Precedentes. VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público. VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012). IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa – cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático – encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96). X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no

art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. (STJ – HC: 160662 RJ 2010/0015360-8, Relator: Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2014). RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. FALTA DE JUNTADA AO PROCESSO DA MÍDIA E DAS DEGRAVAÇÕES. ELEMENTO DE PROVA DESCONSIDERADO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS QUE PARTICIPARAM DAS DILIGÊNCIAS. VALIDAÇÃO COMO PROVA TESTEMUNHAL. DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU. 1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, de acordo com o artigo 8º da Lei 9.296/1996, os autos da interceptação telefônica serão juntados aos principais antes do relatório final da autoridade policial, ou antes de prolatada sentença (HC 261.170/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014). 2. Na espécie, apesar de ter tramitado em outros autos, a prova emprestada sequer foi juntada ao processo, considerando-se válida, porém, a análise do quanto expendido pelos policiais que participaram das diligências, mas consideradas tais declarações como prova testemunhal e não como interceptação telefônica. 3. Ademais, consoante os depoimentos dos próprios policiais, foi através de interceptações telefônicas [que] tomaram conhecimento de crimes praticados pelos acusados e então passaram a realizar investigações, o que também implica impossibilidade da utilização de tais depoimentos e das provas derivadas para a condenação. 4. Recurso especial provido para anular as provas obtidas mediante interceptação telefônica e as dela decorrentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes e, de ofício, estendo os efeitos desta decisão ao corréu BENEDITO APARECIDO PEREIRA, nos termos do art. 580 do CPP. (STJ – REsp: 1869759 SP 2018/0074326-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 26/05/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2020). Diante do exposto, uma vez lastreada a condenação fortemente nas provas obtidas em razão da interceptação telefônica sequer juntada ao processo, deve ser reconhecida a nulidade. Por outro vértice, inequívoca a contaminação do restante do acervo probatório, por derivação, pois somente foi possível em face de informação obtida através de interceptação telefônica, a qual foi declarada ilícita. Cediço que, uma vez não comprovada a licitude do meio probatório originário, impositivo que as provas produzidas por derivação também tenham sua legitimidade prejudicada. É a consabida “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”.

Assim, não havendo nenhuma prova lícita acerca da autoria delitiva, impositivo que seja acolhida a prefacial defensiva, ao efeito de absolver o réu da imputação dos crimes lhe imputados, com fulcro no artigo 386, II e VII, do Código de Processo Penal. CONCLUSÃO Por todo o exposto, acolho a preliminar suscitada pela Defesa, a fim de declarar a ilicitude do acervo probatório dos presentes autos, com base no artigo 157, § 1º, primeira parte, do Código de Processo Penal, e absolver o acusado Gerry Adriani de Jesus Rocha das imputações formuladas denúncia, com fundamento no artigo 386, II e VII, do Código de Processo Penal. Ademais, considerando que Gerry Adriani de Jesus Rocha se encontra custodiado por força de outras determinações judiciais, deixo de expedir alvará de soltura. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator