



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 816024 - SP (2023/0123964-5)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADRIANO LINO MENDONCA - MG120023
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALBERT KELVIN ROCHA (PRESO)
OUTRO NOME : VALBERT KELVIM ROCHA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO À MÍDIA DIGITAL REFERENTE AOS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM AUDIÊNCIA. ERRO DA SERVENTIA QUE CONDUZ AO CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE RECONHECIDA. Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Valbert Kelvin Rocha** (ou Valbert Kelvim Rocha) - condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes -, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação, vencido o Desembargador revisor, que, de ofício, anulava parcialmente o processo (Apelação n. 0003974-33.2015.8.26.0127 - fls. 30/40).

Sustenta a Defensoria Pública que, ao ajuizar Revisão Criminal, os *autos físicos foram remetidos à DPE/SP para exame, qual não foi a surpresa, ao se constatar que a prova oral produzida, que serviu de fundamento para a condenação do réu, não havia sido preservada* (fl. 4).

Afirma que tal fato já era do conhecimento do Tribunal *a quo* desde o processamento da apelação criminal, tanto que o revisor votou pela anulação do processo, de ofício, a partir da realização da audiência, com a consequente concessão

da liberdade provisória.

Defende que, *se já era impossível o julgamento do recurso de apelação, também agora é impossível o reexame dos autos para o fim de arrazoar eventual revisão criminal, considerando que o Estado-Juiz não tomou as providências necessárias para o fim de preservar a prova produzida* (fl. 6).

Acrescenta que *a preservação da prova é uma decorrência da garantia constitucional que veda a utilização de provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal), pois a preservação da prova e da cadeia de custódia da prova visa impedir a manipulação indevida e possibilitar a legitimação da prova mediante o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa e o direito ao duplo grau de jurisdição* (fl. 7).

Requer, assim, *a concessão da liminar para deferir ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste habeas corpus em liberdade e, no mérito, a concessão da ordem para declarar a nulidade do feito originário, por ausência de preservação da prova, determinando-se que nova instrução seja procedida, observado eventual prescrição da pretensão punitiva do Estado* (fl. 8).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 44/45).

Prestadas as informações (fls. 83/111), o Ministério Público Federal manifestou-se *pelo não conhecimento do habeas corpus, mas por sua concessão, de ofício, para reconhecer a nulidade da ação penal a partir da audiência de instrução e a determinação de soltura do paciente, caso não esteja preso por outra razão* (fl. 117)

É o relatório.

Ante os percucientes fundamentos, aos quais nada tenho a acrescentar, adoto como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal (fls. 116/117):

Em consonância com a orientação jurisprudencial do STF e do STJ, não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal. Contudo, é admissível a concessão da ordem, de ofício, caso exista flagrante ilegalidade. Passo, então, à análise da suposta ilegalidade apontada.

Conforme consta das informações prestadas pelo tribunal de origem, após o oferecimento do parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o relator da apelação verificou que a cópia da mídia digital referente aos depoimentos colhidos em audiência não havia sido juntada aos autos e determinou a remessa do feito à origem (fl. 65). Em 8/11/2017, os autos retornaram ao TJ/SP, com despacho do

magistrado sentenciante em que consignou que a serventia não havia conseguido localizar o backup do arquivo (fls. 67/68).

Apesar dessa informação, o TJ/SP julgou o recurso e negou-lhe provimento, afirmando quanto à não preservação da mídia o seguinte:

[...] Anoto, de proêmio, que, consoante informação de fls. 144/145, em atendimento à determinação deste Relator, foram esgotadas todas as possibilidades de localização da mídia contendo os depoimentos colhidos em audiência. Não obstante, é de se observar que o teor da prova produzida em audiência encontra-se, no essencial, presente nos autos, através das transcrições contidas na sentença e nas peças das partes, não apresentando divergência. Destarte, havendo nos autos os elementos mínimos necessários à formação do convencimento deste julgador, passo à análise do mérito recursal. [...] (fl. 71).

A perda da mídia com a gravação da prova produzida impede o pleno exercício do direito de defesa do paciente. Ainda que na sentença conste a transcrição de parte da audiência, não se pode ignorar que a prova é una e os elementos probatórios são considerados em seu conjunto. Assim, a defesa tem o direito de, a qualquer tempo, manuseá-la e revisá-la, para buscar novos elementos de demonstração de sua tese.

No caso, em face da noticiada perda do registro da audiência e dos depoimentos colhidos na oportunidade, o julgamento da apelação é nulo, pois o Tribunal não teve acesso ao conjunto probatório na sua integralidade e, ademais, a defesa viu-se impossibilitada de exercer seu poder de rever a prova como um todo para fins de novos recursos ou mesmo da revisão criminal.

Assim, ante a perda da prova, por culpa exclusiva do Estado, o processo deve ser anulado desde a audiência de instrução, realizada em 13/8/2015, como constou no voto vencido do desembargador revisor, no TJ/SP:

[...] Ainda que conste na r. sentença a descrição dos depoimentos e do interrogatório, entendo não ser possível a substituição pela prova oral produzida, sob pena de violação da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, porquanto na r. decisão constam os fundamentos da convicção do julgador, e não a prova produzida in si. Assim, necessária a repetição dos atos processuais. [...] (fl. 78).

Com a declaração da nulidade e tendo em vista que o paciente foi preso, por esse processo, desde o flagrante, em 23/3/2015, entendo que deve ser ele solto, caso não esteja preso por outro motivo.

Em face do exposto, **concedo** a ordem impetrada para, nos autos da Ação Penal n. 0003974-33.2015.8.26.0127, anular os atos processuais praticados a partir da audiência de instrução e julgamento.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 17 de maio de 2023.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator