

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 55.457 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**

AGTE.(S) : _____

ADV.(A/S) : **EDUARDO SAMOEL FONSECA E OUTRO(A/S)**

AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PROC.(A/S)(ES) : _____

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental (eDOC.27) interposto em face de decisão em que neguei seguimento à reclamação por não verificar hipótese de violação à Súmula Vinculante 14 (eDOC.23).

Nas razões recursais, reiteram-se os argumentos da inicial, aduzindo a existência de afronta à SV 14 e também a existência de nulidade no trâmite da ação penal originária, pois *"evidente o prejuízo sofrido pelo Agravante após negação ao acesso imediato de laudo pericial fundamental para o prosseguimento da audiência e, notadamente, ao exercício da ampla defesa, e, ainda, a resguardar a cadeia de custódia do conjunto probatório"*.

Requer o provimento do agravo regimental a fim de que reformar a decisão agravada *"no sentido de que o Reclamado conceda o amplo acesso ao laudo pericial, restabelecendo-se a autoridade do verbete sumular vinculante 14 desta Suprema Corte, bem como operando-se a cassação da r. decisão proferida pelo Reclamado."*

É o relatório. **Decido.**

1. Considerando a permissão contida no art. 317, § 2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada e passo à reanálise do feito.

É o relatório. **Decido.**

O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como

contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF).

Portanto, a função precípua da reclamação constitucional reside na proteção da autoridade das decisões de efeito vinculante proferidas pela Corte Constitucional e no impedimento de usurpação da competência que lhe foi atribuída constitucionalmente. **A reclamação não se destina, destarte, a funcionar como sucedâneo recursal ou incidente dirigido à observância de entendimento jurisprudencial sem força vinculante.**

2. No caso dos autos, à vista do quadro probatório, o apontado desrespeito ao comando da Súmula Vinculante 14 pode ser aferido de pronto.

No caso dos autos, consoante depreende-se da inicial e do vídeo constante em eDOC.09 o reclamante, durante a realização de audiência de instrução, requereu *“acesso amplo ao laudo pericial que teria embasado a denúncia, uma vez que o que havia nos autos de origem era “apenas um relatório policial com as mensagens fracionadas do suposto celular apreendido do Reclamante”*, mas tal providência foi oralmente negada pela juíza de 1º grau sob o seguinte fundamento:

“não verifiquei se existem as degravações, mas se não estão nos autos, e se houver necessidade de complementação, nós podemos até redesignar a audiência, mas por ora vou estar continuando com os depoimentos” (eDOC.09).

Na sequência, em resposta ao pedido de informações formulado por esta Suprema Corte, a autoridade reclamada justificou, quanto ao ponto ora sob controvérsia, que *“achou por bem dar normal prosseguimento à audiência supra mencionada, em razão do claro prejuízo em face dos acusados que se encontram presos”*.

Eis o trecho pertinente do mencionado ofício (eDOC 18):

“O Reclamante _____ e o corréu _____ foram denunciados como incurso no artigo 35, “caput”, da Lei nº 11.343/06 porque, entre os meses de fevereiro a abril de 2020, em local incerto, nesta cidade e Comarca, o associaram-se para o cometimento do crime de tráfico de drogas, negociando, via mensagens pelo aplicativo WhatsApp, a compra e venda de entorpecentes, com a finalidade, evidente, de distribuição para terceiros. Segundo a denúncia, no dia 14 de janeiro de 2021, a Polícia Civil apreendeu o celular pertencente ao Reclamante, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado em sua residência, situada na _____, no contexto de investigação versando sobre tráfico de drogas e associação para o tráfico. Com o acesso autorizado ao conteúdo de referido aparelho celular, apurou-se que o Reclamante mantinha, através de troca de mensagens, contato regular com o perfil registrado em sua agenda como “_____”, referente ao nº _____, em conversas que versavam sobre compra, venda e distribuição de entorpecentes. Aprofundando-se as investigações, constatou-se que o nº de celular supramencionado é cadastrado em nome de _____, genitora do corréu _____, concluindo-se este era quem, de fato, fazia uso da linha para fins ilícitos. Relatório de investigação resultante da degravação de trocas de mensagens contidas no aludido aparelho telefônico, demonstraram que o Reclamante e _____, mantinham constantes tratativas para a aquisição de entorpecentes para a distribuição de drogas para terceiros. A denúncia menciona ainda que, de referido relatório elaborado pelos investigadores da Polícia Civil, extrai-se que “as conversas degradadas demonstram, (..), que _____ adquire entorpecente não somente para uso, mas para comercialização e não se trata apenas de fornecimento eventual para amigos, mas de comércio de entorpecentes considerados de alto padrão, a exemplo dos haxixes do tipo “dry” e “ice” e do extrato de THC do tipo Shatter, cujos valores podem variar entre 50 a 200 reais o grama”. Por fim a denúncia menciona que as capturas de tela (print screen) das conversas entre o Reclamante e o corréu _____ demonstram

diálogos, acompanhados de fotos, registrando negociação de drogas, valores e prazos para entrega dos entorpecentes, bem como, a revenda para outros indivíduos, evidenciando-se a associação de ambos para o cometimento do crime de tráfico de drogas.

Por ocasião do oferecimento da denúncia, o Ministério Público pleiteou a prisão preventiva do Reclamante, bem como do corréu

A denúncia foi recebida aos 04 de fevereiro de 2022 (fls. 93/94) e, naquela oportunidade foi deferido o pedido o pedido de prisão preventiva dos acusados:

(...)

Realizada audiência de instrução, debates e julgamento aos 24/08/2022, antes do inicio dos trabalhos, e de maneira informal, pela Defesa do Reclamante foi manifestado pelo adiamento do ato em virtude da ausência do laudo de degravação das conversas por Whatsapp.

Ocorre que esta Magistrada achou por bem dar normal prosseguimento à audiência supra mencionada, em razão do claro prejuízo em face dos acusados que se encontram presos. Ademais, conforme mencionado pela própria Defesa, foi dito por esta MM. Juíza que, se necessário, poderá ser realizada nova audiência, em complementação caso sejam necessários posteriores esclarecimentos pela Defesa.

Dado inicio à audiência, com a oitiva das testemunhas e interrogatórios dos réus, instadas as partes nos termos do artigo 402 do Código de Processo Penal, apenas o Ministério Público formulou, dentre outros requerimentos, para que viessem aos autos cópias da medida cautelar nº 1532845-60.2020, no bojo do qual houve a apreensão do celular pertencente ao Reclamante, pedido este que fora deferido.

Na mesma oportunidade, a Defesa do Reclamante pleiteou a revogação da prisão preventiva, sendo posteriormente decidido: "Em que pese o entendimento da I. Defesa e, diante da ausência de modificação fática, verifico que ainda persistem os motivos que

ensejaram a decretação da custódia cautelar, os quais restam ainda mais reforçados, diante da ausência do réu ao ato, o que se conclui que vem se furtando à aplicação da lei penal, pois que foragido. Por tais motivos, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva. ”.

Por fim, importante informar, que as cópias da aludida cautelar já se encontram carreadas aos autos, à disposição das partes envolvidas.”

Tais fundamentos, como se pode observar, divergem da compreensão desta Corte a respeito do alcance do enunciado 14 da Súmula Vinculante.

Primeiramente, a meu ver, não cabe à autoridade judicial ou ao Ministério Público selecionar quais das provas colhidas, incorporadas aos autos referentes aos fatos objeto de investigação são ou não úteis ao desenvolvimento da estratégia defensiva no trâmite da ação penal.

Como os órgãos incumbidos da investigação e da acusação tiveram amplo acesso aos elementos apreendidos e selecionaram aqueles que, relacionados ao caso, seriam úteis para o oferecimento da denúncia, entendo, em razão da paridade de armas e do princípio da comunhão da prova que deve ser concedida à defesa idêntica oportunidade a fim de que ela própria possa verificar os eventuais dados probatórios que possam ser utilizados em seu benefício.

Nesse sentido, destacam-se as valiosas lições do eminente Ministro Celso de Mello em primoroso voto proferido na Segunda Turma desta Suprema Corte:

“Cabe assinalar, neste ponto, um outro aspecto relevante do tema ora em análise, considerados os diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes já formalmente incorporados. Refiro-me ao **postulado da comunhão da prova, cuja eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à**

'informatio delicti', compõem o acervo probatório coligido pelas autoridades e agentes estatais.

Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias de ordem jurídica reconhecidas ao investigado e ao réu pois, como se sabe, o princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova assegura, ao que sofre persecução penal – ainda que submetida esta ao regime de sigilo -, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica. É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado.

Essa compreensão do tema – cabe ressaltar - é revelada por autorizado magistério doutrinário (ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, 'Da Prova no Processo Penal', p. 31, item n. 3, 3ª ed., 1994, Saraiva; DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, 'O Princípio da Comunhão da Prova', "in" Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/1933, 2005; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 259, item n. 17.7, 7ª ed., 2001, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "A Prova Penal", p. 31, item n. 2, 2ª ed., 2003, Lumen Juris, v.g.), **valendo referir, por extremamente relevante, a lição expendida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Juiz e a Prova", "in" Revista de Processo, nº 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184):**

'E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. (...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o 'princípio da comunhão da prova': a prova, depois de feita, é comum,

não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.(...).'

[...]

É por tal razão que se impõe assegurar, à pessoa investigada, por intermédio dos patronos que constituir, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal em causa, mesmo porque o conhecimento do acervo probatório pode revestir-se de particular relevo para a sua própria defesa.

É fundamental, no entanto, como salientado, que os elementos probatórios já tenham sido formalmente produzidos no autos da persecução penal.

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o indiciado (ou aquele sujeito a investigação penal) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados), veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo. (HC 90.099/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27.10.2009, grifei)

Do mesmo modo, destoa também da compreensão construída por este Tribunal em torno do paradigma apontado como violado a ideia de que o mero contraditório diferido, tal como sugerido pela Juíza *a quo*, supriria eventual negativa de acesso aos elementos de prova antes da realização da audiência de instrução.

Efetivamente, estando presentes os requisitos enumerados por esta Corte, **tem a defesa o direito de acessar os autos correspondentes aos procedimentos investigativos em fase processualmente adequada**, a fim

de produzir novas provas - se necessário - bem como para fazer frente à acusação que contra o réu foi dirigida.

Além disso, de mais a mais, o fundamento atinente à necessidade de imprimir celeridade ao feito, vez que estariam sendo processados réus presos, não pode ser utilizado em prejuízo do próprio acusado, a quem deve ser garantida a plena observância de pressupostos que são essenciais a um julgamento equânime e justo.

Isso porque, hodiernamente, o acusado é sujeito de direito e não mero objeto, figurando o amplo acesso aos elementos apreendidos como importante garantia ao exercício da ampla defesa. Nesse viés, é factível a possibilidade noticiada pelo reclamante de que a ampla defesa e o contraditório fiquem prejudicados sem que seus defensores tenham acesso aos elementos de prova colhidos e relacionados aos fatos objeto da denúncia, bem assim possam exercer o controle da cadeia de custódia da prova colhida.

Nessa linha, destacam os seguintes julgados desta Corte:

“Reclamação. Penal e Processual Penal. 2. Interceptação telefônica e telemática. 3. Súmula Vinculante 14, do STF. Direito de defesa e contraditório. 4. Situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados interceptados juntados aos autos, embasada em elementos concretos. 5. Necessidade de preservação da cadeia de custódia. 6. Possibilidade de obtenção dos arquivos originais, enviados pela empresa Blackberry, sem prejuízo à persecução penal. 7. Procedência para assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações, nos termos do acórdão.”

(Rcl 32.722/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/05/2019 – grifei)

“(…)

IV - Deve ser viabilizado ao acusado o exercício do contraditório para repelir, se for o caso, tudo aquilo que venha a ser usado contra ele pela acusação, evitando abusos e a ocultação de elementos de prova, de modo a fazer valer o direito constitucional ao devido processo legal e à ampla defesa.”

(Rcl 33.543-AgR-AgR-ED-AgR/PR, Red. p/ acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2020 – grifei)

“INQUÉRITO POLICIAL. REGIME DE SIGILO. INOPONIBILIDADE AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO. DIREITO DE DEFESA. COMPREENSÃO GLOBAL DA FUNÇÃO DEFENSIVA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DO ADVOGADO (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º, INCISOS XIII E XIV). OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM PRIVILEGIAR O MISTÉRIO NEM COMPROMETER, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO, O EXERCÍCIO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR PARTE DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL. CONSEQÜENTE ACESSO AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO PENAL. POSTULADO DA COMUNHÃO OU DA AQUISIÇÃO DA PROVA. PRECEDENTES (STF). DOCTRINA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado (RTJ 168/896-897). A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo na fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de persecução criminal.

- O sistema normativo brasileiro assegura, ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal), o direito de pleno acesso aos autos de investigação penal, mesmo que sujeita a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito. Precedentes. Doutrina.”

(HC 87725-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/12/2006)

É certo, de outro lado, assim como ressaltou a autoridade reclamada, que a Constituição da República estabelece como invioláveis “a intimidade e a vida privada (...) o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, ressalvados, contudo, “no último caso por ordem judicial” e “fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, X e XII).

Nesse contexto, é necessário estabelecer um equilíbrio que possa equacionar de maneira adequada e razoável a garantia à inviolabilidade da intimidade e da vida privada com o direito à ampla defesa e ao contraditório para aqueles sujeitos à investigações e processos criminais.

Reputo, como solução adequada ao caso concreto, o acesso integral e imediato a todas as mídias e laudos constantes nos autos de investigação, com a consectária renovação do prazo para resposta à acusação, realização de nova audiência de instrução e julgamento, bem como sentença (acaso já prolatada).

3. Diante do exposto, com fulcro no art. 317, § 2º, do

RISTF, reconsidero a decisão agravada e **julgo procedente a presente reclamação**, nos termos do art. 161, parágrafo único, do RISTF, para determinar que a autoridade reclamada franqueie à defesa do reclamante **acesso integral a todas as mídias e laudos constantes da investigação criminal**, renovando, ademais, todos os atos processuais havidos desde a fase de resposta à acusação (inclusive devolvendo o prazo respectivo para a apresentação, pela defesa, da respectiva peça processual).

Comunique-se, **com urgência**, à autoridade reclamada, a quem caberá a implementação desta decisão.

Intimem-se.

Brasília, 28 de março de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente