



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.091 - SP (2017/0004320-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO : FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE DIEGO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NÃO APENSADA À AÇÃO PENAL. AUTOS JUNTADOS AO FEITO PRINCIPAL NA DATA EM QUE O ADVOGADO DO RÉU NELE INGRESSOU. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE SENHA PARA ACESSO AO PROCESSO ELETRÔNICO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO PARA TER VISTA DOS AUTOS FÍSICOS DA MEDIDA CAUTELAR QUE PERMANECERAM EM CARTÓRIO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENSA AO ENUNCIADO 14 DA SÚMULA VINCULANTE NÃO CONFIGURADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "*nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*".

2. No caso dos autos, a defesa não teve acesso aos autos da cautelar referente à quebra do sigilo telefônico em decorrência de sua própria inércia, uma vez que, em momento algum no curso do feito pleiteou a senha para visualizar o respectivo processo eletrônico, tampouco pediu vista do processo físico, que permanece em cartório à disposição das partes.

3. Se o advogado responsável pelo patrocínio do acusado não analisou a íntegra das interceptações telefônicas porque não diligenciou em Juízo, não pode a defesa pretender que o feito seja anulado sob o argumento de que não lhe teria sido permitida vista das aludidas provas, inexistindo, portanto, qualquer ofensa ao enunciado 14 da Súmula Vinculante. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.091 - SP (2017/0004320-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO : FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE DIEGO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JORGE DIEGO FERREIRA DA SILVA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2235219-03.2016.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado e preso preventivamente como incurso no artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Sob o argumento de que a custódia cautelar teria sido decretada com base em medida cautelar de interceptação telefônica não anexada ao processo, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o impetrante que a defesa não teria tido acesso à prova obtida com a quebra do sigilo telefônico, documentação indispensável para que possa fazer suas arguições e questionamentos, tanto na fase do artigo 55 da Lei 11.343/2006 quanto em audiência.

Alega que, mesmo habilitado no sistema, não conseguiu visualizar o conteúdo dos autos das interceptações, pois a ação penal tramita em sigilo absoluto, o que ofenderia o enunciado 14 da Súmula Vinculante.

Requer a concessão da ordem para que a medida cautelar de interceptação telefônica seja apensada ao processo, permitindo-se à defesa o acesso à íntegra das provas nelas constantes, anulando-se todos os atos praticados desde o recebimento da denúncia.

A liminar foi indeferida pela eminente Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência desta Corte Superior de Justiça.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 43/44), o Ministério Público Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em parecer de fls. 109/118, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela não concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.091 - SP (2017/0004320-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, o apensamento à ação penal dos autos da cautelar de interceptação telefônica, anulando-se todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Como é cediço, o verbete 14 da Súmula Vinculante preconiza constituir *"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"*.

No caso dos autos, conquanto a defesa afirme que não teria tido acesso aos autos da cautelar de interceptação telefônica, extrai-se do acórdão impugnado que o advogado responsável pelo patrocínio do paciente ingressou no processo aos 12.7.2016, mesma data em que a mencionada medida foi anexada à ação penal, *"de modo que aparentemente ele teve acesso total e irrestrito à medida"*, cuja degravação também se encontra acostada ao feito (e-STJ fl. 20).

Por sua vez, o magistrado singular esclareceu que, *"diante da ausência de solicitação de senha pelo i. Defensor junto a este Juízo, a Defesa do paciente possivelmente não acessou referida medida cautelar sigilosa, uma vez que ela se encontrava em segredo de Justiça"*, advertindo que *"os autos físicos sempre estiveram arquivados em cartório a disposição da defesa"*, não tendo o Juízo *"ofertado qualquer espécie de embaraço ao exercício da ampla defesa"* (e-STJ fl. 104).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acrescentou que, *"em momento algum, durante todo o trâmite do processo, o Defensor informou a este juízo ou respectivo Ofício criminal a existência de óbice à consulta do processo em sua integralidade"*, consignando que já *"foi retirada a tarja de segredo de justiça da referida medida"* (e-STJ fls. 104/105).

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que o artigo 565 do Código de Processo Penal preceitua que *"nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse"*.

Ao comentar o referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci assevera que, *"do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento"*, motivo pelo qual *"não pode ser ela geradora do defeito, plantado unicamente para servir objetivos escusos"* (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 922/923).

O mencionado autor prossegue, consignando a correção da previsão legal, *"uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo seu reconhecimento, ou pedir que o juiz considere nulo determinado ato, quando não há interesse algum, seria a utilização de mecanismos legais para conturbar o processo e não para garantir o devido processo legal"* (Op. cit., p. 923).

No caso dos autos, como visto, a defesa não teve acesso aos autos da cautelar referente à quebra do sigilo telefônico em decorrência de sua própria inércia, uma vez que, em momento algum no curso do feito pleiteou a senha para visualizar o respectivo processo eletrônico, tampouco pediu vista do processo físico, que permanece em cartório à disposição das partes.

Assim, se o advogado responsável pelo patrocínio do acusado não analisou a íntegra das interceptações telefônicas porque não diligenciou em Juízo, não pode a defesa pretender que o feito seja anulado sob o argumento de que não lhe teria sido permitida vista das aludidas provas.

Em casos semelhantes, assim tem decidido esta Corte Superior de Justiça, a exemplo dos seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VILIPÊNDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, TENDO EM VISTA A NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA ACERCA DA INTEGRIDADE MENTAL DO ACUSADO. MEDIDA NÃO REQUERIDA PELA DEFESA DURANTE A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

3. Nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, a submissão a exame médico-legal poderá ser deferida pelo juiz ou de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.

4. A implementação da perícia médica não é medida automática nem obrigatória. Inexistindo por parte do magistrado, ou por qualquer dos outros legitimados, a mínima demonstração de dúvida acerca da condição psíquica do réu, cabe à Defesa pleitear, fundamentadamente, a realização do referido exame, o que, todavia, não ocorreu em nenhum momento da instrução processual, não podendo a parte, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, requerer, em razão de sua inércia, a anulação do processo.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 252.026/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. (...) ACESSO AO ÁUDIO DAS GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS POSSIBILITADO. DEFESA REJEITOU A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA A OITIVA DAS MÍDIAS. POSTERIOR ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO PELA FALTA DE ACESSO AO SEU CONTEÚDO. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 565 DO CPP (...).

(...)

11. Segundo consta dos autos, desde o início da ação penal, todos os CD's com o áudio das gravações telefônicas esteve à disposição da defesa, tendo, ainda, o magistrado de primeiro grau possibilitado a realização de audiência conjunta para a oitiva das mídias, oportunidade em que o paciente teria acesso ao seu conteúdo, contudo a defesa rejeitou a proposta.

12. Ao rejeitar a realização da audiência para a oitiva das mídias, a defesa concorreu para a suposta nulidade que é por ela mesma agora suscitada, razão pela qual tem aplicação a regra do art. 565 do Código de Processo Penal.

(...)

21. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.

(HC 218.200/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/08/2012)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0004320-6

HC 385.091 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052554620158260637 20170000005488 2133142132016 21331421320168260000
22352190320168260000 52554620158260637

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO	: FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JORGE DIEGO FERREIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: SIDNEI FERREIRA DA SILVA
CORRÉU	: VINICIUS HENRIQUE DA SILVA
CORRÉU	: ELTON LUIZETI DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.