

11/06/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.558 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **RAFAEL FERNANDES CAMPOS LIMA**
PACTE.(S) : **ALESSANDRO FERNANDES CAMPOS LIMA**
PACTE.(S) : **ALEXANDRE LEMOS FROSSARD**
IMPTE.(S) : **CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE E**
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO. DIREITO DE ENTREVISTAR-SE COM SEU CLIENTE RESERVADAMENTE. OBSERVÂNCIA. PRESÍDIO QUE POSSUI SALA COM DIVISÓRIA DE VIDRO E INTERFONE PARA A COMUNICAÇÃO ENTRE OS INTERLOCUTORES. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFIRMAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RÉU QUE SE UTILIZOU DO DIREITO AO SILÊNCIO DURANTE O INTERROGATÓRIO. ALEGAÇÃO DE QUE TAL CONDUTA FOI INTERPRETADA COMO ABUSO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I – A existência de divisória de vidro e de interfone para a comunicação entre o advogado e seu cliente, preso preventivamente, não ofende a garantia prevista no art. 7º, III, da Lei 8.906/1994.

II – Os impetrantes não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa decorrente da existência de “barreiras” à comunicação entre o advogado e seu cliente, o que impede o reconhecimento de nulidade, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte. Precedentes.

III – No que concerne ao alegado cerceamento de defesa, os impetrantes também não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa, o que impede o reconhecimento de nulidade. Aliás, eles nem mesmo instruíram este *writ* com a cópia da assentada em

HC 112558 / RJ

que foi reinterrogado o paciente RAFAEL FERNANDES, de modo a comprovar a alegada violação ao direito de defesa.

IV - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 11 de junho de 2013.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

11/06/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.558 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **RAFAEL FERNANDES CAMPOS LIMA**
PACTE.(S) : **ALESSANDRO FERNANDES CAMPOS LIMA**
PACTE.(S) : **ALEXANDRE LEMOS FROSSARD**
IMPTE.(S) : **CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE E**
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por Carlo Huberth Castro Cueva e Luchione e outros, em favor de **RAFAEL FERNANDES CAMPOS LIMA**, **ALESSANDRO FERNANDES CAMPOS LIMA** e **ALEXANDRE LEMOS FROSSARD**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem postulada no HC 166.532/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

Os impetrantes narram, de início, que os pacientes respondem presos pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

Afirmam, em seguida, que, durante a instrução processual, foram cometidas diversas ilegalidades, entre elas a violação à ampla defesa, por não ter sido assegurada de forma adequada a entrevista de um dos réus com seu advogado e, também, porque os réus não tiveram conhecimento das acusações que lhes foram imputadas antes da realização de seus interrogatórios.

Em virtude dessas ilegalidades, a defesa manejou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que concedeu parcialmente a

HC 112558 / RJ

ordem para assegurar aos pacientes o acesso a todo o áudio colhido durante a realização das interceptações telefônicas.

Ainda inconformada, a defesa impetrou novo *writ*, desta vez no Superior Tribunal de Justiça, mas a ordem foi denegada.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurgem os impetrantes.

Sustentam, em síntese, a violação do art. 7º, III, da Lei 8.906/1994, que confere ao advogado a prerrogativa de se entrevistar pessoal e reservadamente com seus clientes.

Aduzem, nesse contexto, que no Presídio Ary Franco, onde se encontravam custodiados os pacientes, o diálogo entre cliente e advogado era realizado precariamente, por meio de uma divisória de vidro e interfones. Entendem, assim, que essa estrutura dificulta a conversa reservada e impede, inclusive, o manuseio conjunto das cópias do processo. Acrescentam, ainda, que o referido parlatório não oferece privacidade à conversa travada entre cliente e advogado.

Salientam, também, que *“a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça reduz a eficácia da ampla defesa (o próprio relator admite que o meio de comunicação oferecido pelo presídio não é o mais adequado)”*, de modo que tal entendimento não pode prevalecer.

Mencionam, em reforço a seus argumentos, que essa matéria já foi enfrentada por este Tribunal, no pedido de extradição de Cesare Battisti, e que a Corte autorizou o patrono do então extraditando a se comunicar com seu cliente sem as limitações naturais impostas pela própria estrutura física do locutório da carceragem da Polícia Federal no DF.

Dizem, outrossim, que, para o exame do alegado cerceamento de

HC 112558 / RJ

defesa, não há necessidade de dilação probatória, uma vez que a prova carreada aos autos demonstra que a entrevista entre cliente e advogado realizou-se com a imposição de barreiras físicas.

De outra banda, postulam a declaração da nulidade do feito a partir do interrogatório dos réus, ao fundamento de que, embora autorizada, a defesa não teve acesso ao áudio das interceptações telefônicas antes da realização da audiência de instrução e julgamento. Por tal razão, foi deferido aos acusados o direito de permanecerem em silêncio durante a realização dos seus interrogatórios, porém, quando se procedeu ao segundo interrogatório do paciente Rafael Fernandes, essa conduta foi interpretada como abuso do direito de defesa.

Insistem no argumento de que o mencionado réu não pôde exercer a ampla defesa, pois não teve ciência do inteiro teor das interceptações telefônicas.

Embora tenham indicado, no início desta petição, tratar-se de *writ* com pedido de medida liminar, os impetrantes não formularam pedido nesse sentido, limitando-se a requerer a concessão da ordem “*com vistas a declarar a nulidade do feito, a partir da denúncia*”. Alternativamente, pedem a declaração de nulidade do processo a partir do interrogatório de Rafael Fernandes Campos Lima.

Em 8/3/2012, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

11/06/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.558 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão questionado possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. OPERAÇÃO TRILHA ALBIS. 1. ENTREVISTA REALIZADA POR MEIO DE PARLATÓRIO. CONVERSA MANTIDA VIA INTERFONE. OFENSA AO DIREITO DE ENTREVISTA PESSOAL E RESERVADA COM O DEFENSOR. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. POSSIBILIDADE DE CONFRONTAR AS CONCLUSÕES DO PERITO OFICIAL GARANTIDA PELO JUÍZO SINGULAR. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 3. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a entrevista realizada em sala designada à essa finalidade pelo Diretor do Presídio, por meio de interfones, não ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso em exame, há, nas informações prestadas pelo Diretor da Secretaria de Administração Penitenciária, esclarecimentos no sentido de que não foi restringida a conversa entre os pacientes e seus patronos ou negada a entrada no presídio de cópias relativas às peças do processo.

3. A previsão de assistente técnico pela Lei n.º 11.690/08 não criou meio de prova autônomo à prova pericial. O novo dispositivo

HC 112558 / RJ

permite às partes produzirem prova pericial por intermédio de assistente técnico; o qual atuará a partir de sua admissão pelo Juiz, findos os exames e concluído o respectivo laudo oficial. Portanto, não é possível o acompanhamento - em tempo real - da perícia oficial.

4. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa em razão dos limites impostos no segundo interrogatório do paciente Rafael Fernandes Campos Lima, pois, durante o primeiro interrogatório o réu teve a oportunidade de questionar a autoria, a materialidade, bem assim o teor das interceptações telefônicas. Por duas vezes foi assegurado ao acusado o ensejo de rebater as imputações feitas em seu desfavor, tendo em vista que na data do primeiro interrogatório ele já conhecia o teor dos diálogos interceptados durante a investigação policial e não apontou nenhum áudio apto a infirmar os fatos descritos na inicial acusatória.

5. Habeas Corpus denegado”.

Conforme relatado, os impetrantes buscam a anulação da ação penal, “a partir da denúncia”, em razão da suposta existência das seguintes nulidades: i) inobservância do direito de entrevista reservada entre o defensor e seu cliente; ii) cerceamento do direito de defesa do paciente Rafael Fernandes.

A pretensão, contudo, não merece acolhida.

Quanto à primeira nulidade suscitada, relativa à não observância do direito do advogado, previsto no art. 7º, III, da Lei 8.906/1994, de se entrevistar reservadamente com seu cliente, não vislumbro violação ao postulado da ampla defesa.

O referido dispositivo tem a seguinte redação:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou

HC 112558 / RJ

recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”.

Os impetrantes sustentam seu inconformismo na circunstância de que a sala designada para essa finalidade, no estabelecimento prisional onde estão custodiados os pacientes, possui uma divisória de vidro e interfones, por meio dos quais é feita a comunicação, o que não atenderia aos propósitos daquele preceito legal, cuja “*interpretação correta*” seria a de que a comunicação do advogado com o cliente preso fosse feita “*sem empecilhos*”, “*sem barreiras*”, “*sem intermediário*” e “*sem interfones*”.

Não lhes assiste razão, todavia.

Ao analisar a suposta violação ao postulado da ampla defesa, o Magistrado de primeiro grau esposou entendimento, do qual comungo por inteiro, no sentido de que o direito do advogado de se entrevistar reservadamente com seu cliente deve coexistir com o direito à segurança dos presos, dos próprios advogados, das pessoas que trabalham no presídio e, por fim, da sociedade. Desse modo a existência das “*barreiras*” ora questionadas não representa constrangimento ilegal aos detentos, tampouco ofensa ao direito constitucionalmente assegurado.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por seu turno, ao examinar a alegação de ofensa a tal garantia do advogado, anotou que a existência daqueles obstáculos à comunicação dos presos com seus patronos não implica em violação ao direito de entrevista, tampouco em cerceamento de defesa. Se não, vejamos:

“Um dos argumentos deduzido na inicial deste writ (fls. 04/08) diz respeito ao direito de entrevista pessoal e reservada dos réus com o patrono devidamente constituído, previamente à realização da audiência designada, entrevista que atualmente é feita por intermédio de interfones e de vidro, o que no entendimento do impetrante, e em resumo, impede o manuseio de cópias do processo, bastante extenso, e

HC 112558 / RJ

configura violação ao Estatuto da OAB.

Verifico que mesmo após a instrução destes autos, com a juntada das informações (fls. 425/430) e do parecer ministerial (fls. 747/753), não restou comprovado que a forma de comunicação autorizada pelo estabelecimento prisional onde se encontram os pacientes impede, absolutamente, a comunicação dos presos com o advogado. Tal conclusão não fica afastada nem mesmo diante da juntada dos documentos apresentados pelo impetrante (fls. 519/720), inclusive fotografias do presídio (fls. 722/727).

A uma, cabe destacar que na decisão impetrada, à fl. 202, constou que o Diretor da Secretaria de Administração Penitenciária informou ao Juízo de Primeiro Grau, que não foi negada pela Direção do estabelecimento prisional entrada no presídio de cópias relativas às peças do processo.(...).

A duas, observo que ainda na decisão impetrada, S. Exa. Asseverou que:

'(...) É notório que as penitenciárias brasileiras não oferecem condições ideais de encarceramento e atendimento aos direitos dos presos. Entretanto das alegações feitas pela defesa não se infere restrição ao direito de entrevista reservada entre advogado e cliente. Os presídios devem zelar pela segurança dos presos, dos advogados, das pessoas que lá trabalham e da sociedade, de modo que a existência de local com separação por vidro e a comunicação por interfone visam proteger outros bens jurídicos de igual envergadura constitucional. (...).'

Entendo que assiste razão ao Magistrado de Primeiro Grau, consignando desde já, que o entendimento esposado no trecho acima reproduzido não parece se distanciar do precedente citado na inicial, às fls. 5-6. Isso porque, da decisão de lavra do Min. Cezar Peluso, do e. STF, extrai-se que a comunicação do advogado com o acusado (preso) deve ser feita: 'de forma livre e privativa, sem a presença de qualquer funcionário do Estado'. O que não autoriza, todavia, a conclusão pretendida pelo impetrante de que a entrevista realizada em sala designada para essa finalidade, por intermédio de interfones e de vidro, consubstancia interferência intransponível e inadmissível.

HC 112558 / RJ

Não se olvide, como asseverei na decisão em que concedi parcialmente a liminar, que se está em sede de habeas corpus, onde a prova apta a embasar o direito alegado deve ser pré-constituída, e somente as nulidades absolutamente manifestas, dentre elas as que demonstrem cerceamento cabal de defesa, é que podem ser tidas como passíveis de abrangência pelo art. 648, inc. VI do CPP.

Ressalto que não se trata da hipótese em que se esteja a afirmar que as condições atuais em que se dá a comunicação dos advogados com os clientes presos sejam ideais ou quiçá satisfatórias. Ainda assim, não se pode olvidar que, não obstante a relevância da atuação do advogado (art. 133 da CR/88), as condições descritas na inicial e impugnadas no presente writ não são específicas em relação aos três pacientes e ao seu patrono. Nesse passo, concordo com as ponderações do Juízo a quo sobre a via adequada para discussão das prerrogativas dos advogados e destaco que resta comprovado que o impetrante formulou requerimento (fls. 256/257) à Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB/RJ, pugnano por tais providências.

Não obstante o precedente citado às fls. 06/073, insta lembrar que a comunicação pessoal e reservada do causídico com o cliente (preso) deve observar não somente o direito do advogado (art. 7º, inc. III da Lei nº 8906/94), mas também a ponderação de outros bens jurídicos, e sempre à luz razoabilidade

(...)

Destaco, outrossim, que no caso concreto também foi efetivamente assegurado aos pacientes o direito de entrevista reservada com o defensor antes do interrogatório, conforme fls. (...).” (grifos meus).

Ressalto, ainda, que a própria Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB/RJ, provocada pelo impetrante, também concluiu que a realização da conversa entre o profissional da advocacia e o custodiado por meio do interfone não constitui, por si só, ofensa a prerrogativa profissional. É o que se extrai do relatório de visita ao Presídio Ary Franco, realizada em 5/8/2010, que consta do Processo OAB

HC 112558 / RJ

11.772/2010 (Documentos comprobatórios 31). Se não, vejamos:

“(…)

Por fim, registro que o fato de a conversa entre o profissional e o detido ser realizada apenas mediante o uso de interfone, por si só, não constitui ofensa a prerrogativa profissional. O que configura flagrante agressão ao direito de comunicação pessoal e reservada é a gravação dessa conversa, mesmo se autorizada judicialmente, caso o próprio advogado não esteja sendo investigado.

Por outro lado, quando não há autorização judicial para interceptação telefônica ou ambiental, esse comportamento constitui crime, não havendo indícios ou relatos de que tal prática ocorra ou tenha ocorrido naquela unidade prisional, sendo certo ainda que, segundo informou a direção do presídio, não é realizada a gravação de qualquer diálogo mantido entre o advogado e seu assistido” (grifos meus).

Ademais, os impetrantes não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa, o que impede o reconhecimento de nulidade. Como se sabe, a orientação firmada por esta Corte é a de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal vem assentando que a demonstração de prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, pois “(…) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

No mesmo sentido, transcrevo a ementa do HC 82.899/SP, Rel. Min. Cezar Peluso:

“AÇÃO PENAL. Processo. (...). Ausência de prejuízo ao réu.

HC 112558 / RJ

nulidade inexistente. HC denegado. Precedentes. Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu” (grifos meus).

Relativamente à alegação de que o paciente Rafael Fernandes está submetido a constrangimento ilegal, ao argumento de que seu silêncio no segundo interrogatório foi interpretado como abuso do direito de defesa, também a tenho por improcedente.

A defesa alega que os pacientes fizeram uso do direito ao silêncio por ocasião do primeiro interrogatório ante a impossibilidade de se obter acesso ao áudio das interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Federal. Informa, ainda, que, por ocasião do segundo interrogatório do paciente Rafael Fernandes, o juízo limitou-se às questões relacionadas às referidas escutas telefônicas, o que, entendem os impetrantes, implicou cerceamento de defesa.

Cumpram-se destacar que a defesa impetrou *habeas corpus* no TRF da 2ª Região, que deferiu parcialmente medida liminar para determinar que, no presídio onde os pacientes se encontram custodiados, fossem adotadas providências necessárias para possibilitar a oitiva dos diálogos interceptados, ainda que se fizesse necessária a entrada de aparelho específico para esse fim. Nesse ponto, o pedido foi efetivamente atendido. Assegurou-se também aos pacientes a possibilidade de permanecerem em silêncio durante o interrogatório e de requererem novos interrogatórios para que pudessem produzir suas defesas - o que também ocorreu.

Por ocasião do julgamento do mérito do *writ*, a Corte regional concedeu parcialmente a ordem, confirmando a liminar deferida em parte. Afastou, contudo, a alegação de cerceamento de defesa que teria sofrido o paciente Rafael Fernandes, conforme se verifica no seguinte trecho do voto condutor do acórdão exarado:

HC 112558 / RJ

“Além disso, conforme cópia da assentada de fls. 766/768, juntada após estes autos terem sido relatados (fls. 758/760), consta que, em 27/10/2009, os pacientes ALESSANDRO LIMA e ALEXANDRE FROSSARD foram reinterrogados.

Quanto a RAFAEL LIMA, o reinterrogatório deste réu foi encerrado, como sobressai de fl. 767, uma vez que S. Exa. Reputou que restou configurado ‘abuso do direito de defesa’, em prejuízo de outros réus que se manifestaram sobre as provas no momento determinado pela lei. Isso porque, em resumo, RAFAEL LIMA, que fez uso do direito ao silêncio por ocasião do interrogatório anterior, quando ainda não havia sido possível ouvir, no presídio, os diálogos interceptados (providência assegurada pela liminar parcialmente concedida neste writ), não indicou nenhum áudio capaz de infirmar as imputações feitas em seu desfavor e passou a ‘questionar pontualmente todo o procedimento investigativo’, fatos que segundo destacado na assentada em questão, já eram conhecidos pelo interrogando desde o recebimento da denúncia (fl. 767).

Em síntese: os três pacientes deste writ fizeram uso do direito ao silêncio, com base na liminar concedida em parte neste habeas corpus, na ocasião do primeiro interrogatório. Todavia, o juízo impetrado oportunizou a realização dos seus reinterrogatórios, dois deles efetivamente ocorridos. E quanto ao reinterrogatório de RAFAEL LIMA, encerrado pelo Magistrado a quo, das razões que constam na assentada de fls. 766/768, acima resumidas, acolho, no que couber, os argumentos lançados na manifestação do MPF, às fls. 778/780, acerca de, em síntese, não restar demonstrado prejuízo à defesa do paciente; da procedência das razões lançadas pelo juízo de primeiro grau; bem como sobre a constatação de abuso do direito de defesa, o que fica evidente, também nesta instância, pelo número de petições juntadas no presente writ, o que, inclusive, implicou na retirada deste processo da pauta do dia 18/11/2009 (fl. 771).

Deste modo, entendo que não resta configurado manifesto

HC 112558 / RJ

cerceamento de defesa a ser sanado nesta via, de sorte que a ordem de habeas corpus deve ser concedida em parte, tão somente para confirmar a liminar deferida parcialmente” (grifos meus).

O STJ, de seu turno, também rejeitou a tese do cerceamento de defesa, por entender que os impetrantes não lograram demonstrar a existência de prejuízo concreto suportado pela parte. Se não, vejamos:

*“Que o acusado tem direito a ser ouvido é mais que certo, entretanto, o exercício desse direito ocorrerá segundo o devido procedimento legal, e não segundo a vontade exclusiva do réu. Se, de um lado, a garantia contra a autoincriminação – art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal - permite que o acusado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que seja compelido a produzir prova ou a contribuir com a formação da prova contrária a seu interesse, de outro, não menos correto é que a situação concreta há de ser considerada, pois a regra do **pas de nullité sans grief** exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício.*

No caso, o paciente exerceu o juízo de conveniência de prestar, ou não, o seu depoimento. A ele coube, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. A meu ver, as limitações feitas durante o segundo interrogatório não causaram danos concretos à defesa, pois, durante o primeiro interrogatório o réu teve a oportunidade de questionar a autoria, a materialidade, bem assim o teor das interceptações telefônicas. Há mais: por duas vezes foi assegurado ao acusado o ensejo de rebater as imputações feitas em seu desfavor, pois, na data do primeiro interrogatório ele já conhecia o teor dos diálogos interceptados durante a investigação policial e não apontou nenhum áudio apto a infirmar os fatos descritos na inicial acusatória. Dessa forma, me parece que, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, não sendo possível entrever o alegado cerceamento de defesa” (grifos no original).

Importa ressaltar, ainda, que esse tema foi objeto de preliminar de nulidade da ação penal, arguida pela defesa dos pacientes, a qual foi

HC 112558 / RJ

rejeitada pelo Juízo da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, por ocasião da prolação da sentença condenatória. Eis o que assentou o magistrado de primeiro grau:

“2.4 – NULIDADE DO REINTERROGATÓRIO LIMITADO DOS ACUSADOS

Diz a defesa que o reinterrogatório dos três acusados foi limitado, restrito, em desconformidade com as garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, o que acarretaria a nulidade do processo a partir daquele momento.

(...)

As alegações são inverídicas.

Não é verdade que os acusados não tiveram a oportunidade de ser questionados pelo Juízo. Este juízo, em momento algum, restringiu ou limitou o espectro do reinterrogatório de qualquer dos acusados. Basta ler a assentada correspondente para constatar esse fato.

Ao contrário, os réus foram extensivamente inquiridos pelo juízo, como se vê dos termos do reinterrogatório de fls. 5000/5004 (ALEXANDRE LEMOS FROSSARD), 5005/5010 (ALESSANDRO FERNANDES CAMPOS LIMA) E 5011/5017 (RAFAEL FERNANDES CAMPOS LIMA), tendo-lhes sido concedida, inclusive, a oportunidade prevista em lei de alegar algo mais que entendessem necessário em sua defesa após o encerramento das perguntas especificamente formuladas. As partes, por sua vez, se sucederam na formulação de perguntas após o Magistrado, tudo conforme registrado em assentada.

Não há qualquer menção na assentada a intercorrências havidas nos reinterrogatórios de ALESSANDRO LIMA e ALEXANDRE FROSSARD.

O que ocorreu, relativamente ao reinterrogatório de RAFAEL LIMA, foi que o mesmo, após responder a todas as perguntas que lhe foram formuladas, passou a questionar e criticar pontualmente todo o procedimento investigativo, sem fazer qualquer referência à prova dos autos, especialmente aos áudios que a defesa tanto insistiu em conhecer antes do referido ato. Estas circunstâncias levaram o juízo a

HC 112558 / RJ

concluir que estava ocorrendo abuso do direito de defesa por parte deste réu, o que foi, inclusive, chancelado pelo E. TRF da 2ª Região, que reconheceu, nos autos do habeas corpus 2009.02.01.010770-7, que esta defesa vem abusando no exercício do seu munus não apenas em primeira instância mas também no âmbito da aquela Corte” (grifos no original).

Nesse contexto, verifico que os pacientes ALESSANDRO FERNANDES e ALEXANDRE FROSSARD, que também fizeram uso da garantia contra a autoincriminação no primeiro interrogatório (assegurada pela liminar concedida no TRF da 2ª Região), foram reinterrogados e se manifestaram sobre as provas no momento oportuno.

Ademais, os impetrantes nem mesmo instruíram este *writ* com a cópia da assentada em que foi reinterrogado o paciente RAFAEL FERNANDES, de modo a comprovar a alegada violação ao direito de defesa. Como se sabe, o *habeas corpus* é instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, o qual requer prova pré-constituída.

De outra banda, as informações prestadas pelo juízo processante ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região noticiam que, no mesmo dia em que o paciente foi preso, franqueou-se às defesas dos acusados o acesso a **todo o material probatório produzido**. Transcrevo do voto do relator do *writ* manejado naquela Corte regional o seguinte excerto:

“As informações do MM. Juízo impetrado já integram os autos (fls. 425 e seguintes), e por ali se vê que o Juízo impetrado franqueou acesso ao material fonográfico, às defesas, em março de 2009, portanto há mais de quatro meses.

Sendo assim, o que se tem na questão é a natural tensão que deriva das novas modalidades de meios de produção de elementos probatórios, à luz das legislações que autorizam a utilização de interceptações telefônicas e de informática, e que produzem, por vezes, farto material probatório, e alguns direitos fundamentais do cidadão que foi objeto da colheita de dados. O que se busca, daí, é o equilíbrio

HC 112558 / RJ

entre uma coisa e outra.

A meu sentir, considerando que o juízo franqueou acesso ao material probatório há mais de quatro meses, desde logo não se compreende porque é que somente agora as dificuldades narradas pelos impetrantes tenham aparecido? Veja-se que, ao lado da autoridade judiciária, o direito de conhecer a prova reunida não foi apresentado de surpresa aos acusados e seus defensores, no dia da AIJ, e na hora da primeira pergunta aos pacientes em interrogatório. Pelo contrário, desde logo puderam ter acesso à prova e, claro, daí para frente trabalhá-la profissionalmente, de modo a encontrar um jeito de discuti-la com o constituinte (preso ou solto, longe ou perto, pobre ou com condições de conseguir ajudar nos recursos, etc). E note-se que isso não cabe a ninguém disciplinar, porque é situação que resta ao critério de cada profissional, de acordo com a estrutura com que se propõe a competir no mercado de trabalho, à vista do vulto das causas que contrata" (grifos meus).

Ora, se o juízo já havia permitido à defesa acessar todo o material probatório então produzido, não há falar em surpresa por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento. O silêncio do paciente por ocasião de seu interrogatório demonstra ser, diante dessas circunstâncias, decorrente da estratégia adotada pela defesa.

Assim, também quanto a esse ponto, considero que os impetrantes não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa, o que impede o reconhecimento de nulidade.

Por todo o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.558

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : RAFAEL FERNANDES CAMPOS LIMA

PACTE.(S) : ALESSANDRO FERNANDES CAMPOS LIMA

PACTE.(S) : ALEXANDRE LEMOS FROSSARD

IMPTE.(S) : CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **indeferiu** o pedido de *habeas corpus*, **nos termos** do voto do Relator. Falou, pelos pacientes, o Dr. Gustavo Nogueira Siqueira. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 11.06.2013.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta