

TEMA:

PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

Supremo Tribunal Federal

EMENTA: ADOGADO. **Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado.** Intervenção nos autos. **Elementos documentados. Acesso amplo.** Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. **É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.**

(HC 88190, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 29/08/2006, DJ 06-10-2006 PP-00067 EMENT VOL-02250-03 PP-00643 RTJ VOL-00201-03 PP-01078 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 444-455) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6324**).

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - CRIMES DE ROUBO, EXTORSÃO E USURA PECUNIÁRIA - ENVOLVIMENTO, EM REFERIDAS PRÁTICAS DELITUOSAS, AO LADO DE OUTROS AUTORES, DE EX-POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, EM TAL HIPÓTESE, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - (...).

(...)

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal.

(...)

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.

Trecho do voto-condutor: "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 da prova (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."

(HC 85419, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00252) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6325**).

Nosso comentário: Ao menos desde o julgamento do precedente paradigma (HC 88190/RJ) da Súmula Vinculante n.º 14, o STF tem firmado o entendimento de que os elementos informativos, uma vez documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, não podem ter seu acesso sonogado ao advogado, quando digam respeito ao constituinte. Como ilustra outro precedente (HC 85419/RJ) da Segunda Turma transcrito acima, mencionou-se expressamente o princípio da comunhão da prova, segundo o qual a prova, desde que regularmente introduzida, passa a

pertencer ao procedimento persecutório, pouco importando quem a produziu.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO APAGÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **DILIGÊNCIAS DE BUSCA E APREENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE ACESSO À TOTALIDADE DOS MATERIAIS LOCALIZADOS. NULIDADE CONFIGURADA.** RECURSO PROVIDO.

1. Nos casos em que é autorizada a realização de busca e apreensão, apesar de o relatório confeccionado sobre o resultado da diligência ficar adstrito aos elementos relacionados com os fatos sob apuração, deve ser assegurado à defesa acesso à íntegra dos dados obtidos no cumprimento do mandado judicial. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

2. Na espécie, vê-se que, **embora a diligência de busca e apreensão haja sido autorizada e cumprida antes do recebimento da denúncia, com apresentação de relatório pela autoridade policial, foi confeccionado outro relatório pelo Ministério Público, juntado aos autos depois do início da colheita da prova, com conteúdo diverso daquele formalizado pela polícia.**

3. Boa parte do conteúdo que foi analisado em razão da busca e apreensão autorizada antes do recebimento da denúncia só foi levado a conhecimento do Juízo natural da causa e da defesa dos acusados muito depois de iniciada a instrução processual, visto que a primeira audiência ocorreu quase nove meses antes da juntada aos autos do laudo pericial confeccionado pela área técnica do Ministério Público estadual.

4. Conquanto as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias tenham considerado que a totalidade dos elementos constantes das mídias eletrônicas apreendidas, que interessavam à persecução criminal, fora inserida nos relatórios confeccionados pela autoridade policial e pelo Ministério Público e juntadas aos autos da ação penal objeto deste recurso, **a própria manifestação ministerial indubitavelmente denota que não se concedeu aos advogados do recorrente a possibilidade de analisarem a totalidade (e integridade) dos conteúdos obtidos nos materiais apreendidos para verificar a existência de outros eventuais dados que fossem relevantes à tese de defesa do acusado.**

5. Iniciada a ação penal, com o oferecimento da denúncia, cumpria ao Ministério Público "abrir" para a defesa todo o material objeto dos diversos mandados de busca e apreensão judicialmente autorizados (computadores, tablets, cartões de memória, pen-drives, telefones celulares, mídias diversas, documentos, etc.), aos quais a defesa não tivera acesso até então.

6. **O comportamento do titular da ação penal, com o respaldo judicial, de privar a defesa do acesso à integralidade dos elementos probatórios relativos à imputação, compromete a idoneidade do processo** - como espaço civilizado, ético e paritário de solução de uma controvérsia penal - **e afeta, significativamente, a capacidade defensiva de, no momento oportuno, refutar a**

acusação e produzir contraprova.

7. **Não se pode deferir ao órgão que acusa a escolha do material a ser disponibilizado ao réu e a dar lastro à imputação, como se a ele pertencesse a prova. Na verdade, as fontes e o resultado da prova são de interesse comum de ambas as partes e do juiz (princípio da comunhão da prova). A prova não se forma para a satisfação dos interesses de uma das partes, sobretudo daquela que acusa.** Se esta obtém, via mandado judicial, uma diversidade de documentos e materiais supostamente contrários ao interesse do acusado, não lhe é lícito o comportamento de privar este último do acesso a todo esse material, até para que se certifique de que nada há nele que possa auxiliar sua defesa.

8. Pode o Ministério Público, por certo, escolher o que irá supedanear a acusação, mas o material restante, supostamente não utilizado, deve permanecer à livre consulta do acusado, para o exercício de suas faculdades defensivas. Essa é a ratio essendi da Súmula Vinculante n. 14 do STF.

9. A fim de resguardar a intimidade dos demais investigados em relação aos quais foi cumprida diligência de busca e apreensão, basta que se colha dos advogados o compromisso de não dar publicidade ao material examinado e que não interesse, direta ou indiretamente, à defesa de seu cliente.

10. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, em homenagem ao art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade do ato processual se a irregularidade: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.

11. No que toca ao primeiro requisito, o recorrente demonstrou haver, desde o início da ação penal, postulado o acesso a todo o material apreendido em razão do cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão.

12. **O prejuízo suportado pelo ora recorrente é ínsito ao próprio vício constatado, ao não lhe ter sido franqueado o exame, antes do início da instrução criminal, dos dados colhidos em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, diante da possibilidade de existência de elementos que pudessem interessar à sua defesa.**

13. Recurso provido para anular o processo desde o ato de recebimento da denúncia, de sorte a permitir à defesa a prévia consulta à totalidade dos documentos e objetos apreendidos em decorrência do cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos na ação penal objeto deste recurso, abrindo-se, a seguir, prazo para apresentação de resposta à acusação.

(RHC 114.683/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 27/04/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6326**).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO PARAÍSO FISCAL. MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO. ELEMENTOS DE PROVA PERDIDOS EM PARTE. PLEITO NULIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. 2. **PROVA PERDIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO. PROVAS QUE PERMANECEM. AUSÊNCIA**

DE "CONTAMINAÇÃO": 3. PERDA QUE DEVE SER JUSTIFICADA PELO APARATO ESTATAL. CONTEXTO A SER ANALISADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. PRECEDENTE DA QUINTA TURMA. RHC 74.655/DF. 4. ELEMENTOS QUE SUBSIDIAM A ACUSAÇÃO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO ACUSATÓRIO. SITUAÇÃO BENÉFICA À DEFESA. 5. PARIDADE DE ARMAS OBSERVADA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EXTRAVIADA POR AMBAS AS PARTES. 6. ESVAZIAMENTO DA JUSTA CAUSA DE PARCELA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE EXAME PELO JUÍZO A QUO. PLEITO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. 7. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A medida cautelar de busca e apreensão é meio de obtenção dos elementos de prova, não se confundindo com estes. Nesse contexto, embora a ilegalidade da medida possa contaminar os elementos de prova obtidos, tem-se que o contrário não se revela possível. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade da busca e apreensão, em virtude do sumiço superveniente de parcela dos elementos de prova obtidos na diligência.

2. A perda da prova em si não a torna nula em virtude desta circunstância. Com efeito, a consequência jurídica do extravio de uma prova é a impossibilidade, por ambas as partes, de sua utilização. Nessa linha de intelecção, se a perda da prova não a torna nula, não há se falar em contaminação da prova que permanece nos autos.

3. Eventual impossibilidade de utilização das demais provas dos autos, em virtude de sua incompletude, deve ser aferida pelo Magistrado de origem por ocasião do julgamento de mérito, analisando-se a justificativa do aparato estatal para a perda das provas, bem como as alegações de ambas as partes a respeito do conjunto probatório. Precedente da Quinta Turma - RHC 74.655/DF, DJe 15/12/2016.

4. Conforme bem elucidado pela Corte local, "a rigor, se os elementos em questão eram importantes na argumentação acusatória, o prejuízo se dá quanto ao exercício da acusação, e não da defesa. Sem as provas, não poderá a acusação sustentar teses que porventura estejam nelas lastreadas. Nessa medida, a argumentação do impetrante acerca de lesão à paridade de armas não se sustenta, porquanto tem-se justamente o oposto, isto é, estrita paridade, que se manifesta na impossibilidade de qualquer das partes utilizar a prova ante seu extravio".

5. O que não se admite é a utilização da prova pela acusação sem que se franqueie seu acesso à defesa, em virtude do seu sumiço ou mesmo por quebra da cadeia de custódia. No entanto, na hipótese, a prova deixará servir tanto à defesa quanto à acusação, em estrita observância ao princípio da paridade de armas e da comunhão da prova.

6. No que diz respeito ao eventual esvaziamento da justa causa de parcela da denúncia, em virtude das provas perdidas, registro que a matéria deve ser analisada pelo Magistrado de origem, uma vez que se trata de providência que demanda revolvimento dos fatos e das provas, o que se mostra incompatível com a via eleita.

7. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.

Trecho do relatório: "No presente recurso, a defesa reitera que,

'se a prova usada como matéria-prima da imputação se perde misteriosamente e sem explicação nas mãos da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, como ocorreu *in casu*, daí só pode resultar a nulidade da íntegra da medida cautelar em que foi produzida, e não apenas de uma parcela do seu conteúdo.'

Destaca que "a Polícia Federal admitiu que perdeu, simplesmente perdeu, cerca de 30% do produto probatório da respectiva medida cautelar, correspondente a 4 períodos de quebra de sigilo telemático", sendo que a denúncia faz expressa referência a e-mail datado de 18/7/2011, o qual não consta dos autos."

(RHC 145.418/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6327**).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ART. 400, § 1º, DO CPP. DESTINATÁRIO DA PROVA. 2. PROVA QUE NÃO SE MOSTRA IRRELEVANTE, IMPERTINENTE OU PROTELATÓRIA. PERÍCIA EM EQUIPAMENTO DE GRAVAÇÃO. 3. DÚVIDAS SOBRE A EXISTÊNCIA E A LOCALIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO. ÔNUS QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À DEFESA. ACAUTELAMENTO POR ÓRGÃOS ESTATAIS. 4. AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER PRIVILEGIADOS NO PROCESSO PENAL. PERÍCIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. 5. INDÍCIOS DE MANIPULAÇÃO. NECESSIDADE DE FRANQUEAR PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Não se desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que cabe ao Magistrado, como destinatário da prova, indeferir as diligências que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme dispõe o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. No sistema acusatório, cada parte do processo penal tem seu papel delineado de modo a fortalecer a dialética, possibilitando à acusação a produção da prova necessária a demonstrar a efetiva prática da conduta imputada ao réu e, da mesma forma, autorizando-se a defesa a produção da contraprova, apta a desconstituir a diligência incriminadora. Nesse contexto, não pode ser considerado impertinente o pedido de perícia no equipamento de gravação utilizado pelo colaborador Durval Barbosa.

3. Não cabe à defesa informar onde está nem como ocorreu a apreensão do equipamento de gravação, mas sim aos órgãos investigativos estatais, responsáveis pela apreensão e custódia do equipamento. Portanto, eventual inviabilidade relativa à apreensão e perícia do aparelho utilizado pelo colaborador deve ser justificada pelo aparato estatal, cabendo ao juiz valorar referida circunstância bem como a prova que se deixou de produzir por desídia estatal em custodiar elementos de prova utilizados pela acusação e suprimidos do crivo da defesa.

4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente na possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação.

Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.

5. Existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, “viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão” (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5º, e 400, § 1º, ambos da Lei Adjetiva Penal, e dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88.

6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal que encaminhe ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília “o hardware e software utilizado para a realização da gravação do vídeo em que aparece a pessoa do peticionante, apreendidos no gabinete do delator DURVAL BARBOSA na Secretaria de Relações Institucionais”.

Trecho do voto-condutor: “Não se pode, ademais, afirmar se tratar de busca aleatória, por não se saber o destino e as circunstâncias da apreensão dos equipamentos, uma vez que não cabe à defesa informar onde está nem como ocorreu a apreensão, mas sim aos órgãos investigativos estatais, responsáveis pela apreensão e custódia do equipamento. Portanto, eventual inviabilidade relativa à apreensão e perícia do aparelho utilizado pelo colaborador deve ser justificada pelo aparato estatal, cabendo ao juiz valorar referida circunstância bem como a prova que se deixou de produzir por desídia estatal em custodiar elementos de prova utilizados pela acusação e suprimidos do crivo da defesa.

(...)

Não se pode descurar que a prova produzida nos autos não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, viabilizando-se, assim, o exercício da ampla defesa, por meio da efetiva possibilidade de a defesa refutar a tese acusatória. Assim, deve se franquear à defesa seu legítimo direito de produção probatória, em observância à garantia da paridade de armas, corolário da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos.”

(RHC 74.655/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6328**).

Nosso comentário: Como ilustra um recentíssimo precedente selecionado (RHC 114.683/RJ), a Sexta Turma do Tribunal, inspirada no princípio da comunhão da prova, manifestou o entendimento de que não cabe ao órgão de acusação selecionar qual parcela do material probatório será disponibilizado ao réu. Interessa destacar que, de acordo com o Colegiado, tal postura afeta não apenas a capacidade defensiva de ter ciência de todo acervo probatório e, oportunamente, refutar a imputação e produzir contraprova, mas também a própria idoneidade do processo. Por fim, mencionou-se que, diante da possibilidade

de existência de elementos relevantes à defesa dentre aqueles que não foram disponibilizados, o prejuízo é ínsito ao vício.

No âmbito da Quinta Turma, colhe-se precedente (RHC 74.655/DF) no qual o Ministério Público se valeu de gravações ambientais para formular acusações, sendo que a defesa buscava ver assegurada a realização de perícia técnica no equipamento utilizado para realizar tais gravações, sob o argumento de que, havendo indícios de manipulação dos diálogos, nada mais coerente do que ter-se a oportunidade de questioná-los. Ao julgar o caso, o Colegiado acolheu a argumentação defensiva sob o fundamento de que a prova produzida nos autos não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade. Por outro lado, em situação na qual houve comprovada perda de parcela relevante do resultado de medida cautelar – ou seja, não foi preservada a integralidade da prova –, a mesma Quinta Turma manifestou (RHC 145.418/SP) entendimento em sentido oposto, fundamentando que essa circunstância não compromete a higidez do material remanescente.

Compilação e curadoria científica de:
Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.