

HABEAS CORPUS Nº 330.559 - SC (2015/0174133-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : JOSE LEO ESPINDOLA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSE LEO ESPINDOLA DA SILVA, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal diante de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação n. 2014.082977-1.

Nesta Corte, a defesa sustenta a nulidade da sentença condenatória, porquanto baseada em depoimento de adolescente **não advertido sobre o direito ao silêncio**. Subsidiariamente, asseve que deve ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, por consequência, estabelecido o regime de cumprimento da pena menos gravoso.

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, postula a absolvição do réu, "em virtude da ausência de prova válida para a condenação" (fl. 20, destaque do autor), ou a anulação do "processo desde a sentença, para que o Juízo de primeiro grau prolate nova decisão, vedada a utilização da prova ilícita e as dela decorrentes" (fl. 20). De modo subsidiário, pugna pela redução da pena e pelo abrandamento do regime.

Indeferida a liminar (fls. 413-415) e prestadas as informações (fls. 430-481), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 486-497).



HABEAS CORPUS Nº 330.559 - SC (2015/0174133-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. DIREITO AO SILÊNCIO. AMPLITUDE. ADVERTÊNCIA JUDICIAL. REFLEXOS NA VOLUNTARIEDADE DO DEPOIMENTO. PROVA ILÍCITA. PREJUÍZO AO ACUSADO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A busca da verdade no processo penal sujeita-se a limitações e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, cujo objetivo maior é a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

2. Uma dessas limitações, de feição ética, ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a impossibilidade de obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor. Daí por que a Constituição assegura ao preso o "direito de permanecer calado" (art. 5º, LXIII), cuja leitura meramente literal poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si.

3. Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

4. A moldura fática delineada no acórdão impugnado explicita que o Magistrado, antes de iniciar o depoimento do adolescente, advertiu-o, após externado seu desejo de permanecer em silêncio, de que poderia "ser novamente apreendido se não falasse a verdade".

5. A hipótese retrata situação em que o destinatário da advertência foi chamado a depor, como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o paciente quando este foi autuado em flagrante, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

6. Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se



Superior Tribunal de Justiça

à definição sobre a propriedade dessa droga, pois nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo.

7. Assim, e mais ainda por tal circunstância, a advertência da autoridade judiciária feita ao depoente viciou o ato de vontade e direcionou o teor das declarações.

8. É ilícita, portanto, a prova produzida e, por ter sido desfavorável ao réu e ter-lhe causado notório e inquestionável prejuízo, há de ser afastada, com a conseqüente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja refeito o ato decisório, sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento. Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que a sentença faz alusão a outras evidências e a provas produzidas em juízo, de sorte a não autorizar-se a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

9. Ordem concedida em parte, a fim de anular o processo a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.



2015/0174133-9



Documento

02/10/2018 6:16

Página 3 de 12

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Extrai-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Os autos dão conta da apreensão de **1.040 g de maconha**.

O Tribunal de origem, ao se manifestar sobre as provas dos autos que justificam a manutenção do decreto condenatório, **salientou o depoimento do adolescente M. S. da C.**, nos seguintes termos (fl. 398, grifei):

Nesse passo, o adolescente M. S. da C., sob o crivo do contraditório, disse que no dia dos fatos pegou uma carona com o apelante na loja Kiko Auto Som e que estava presente quando ocorreu a prisão em flagrante. Sustenta que viu a droga sendo apreendida, porém não sabe dizer aonde estava. Perguntado se a droga era realmente sua, tal como alega o apelante, **o adolescente perguntou se poderia ficar em silêncio, porém foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a verdade, pois não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha**. O adolescente disse que a droga não era sua e que não sabia em que parte do carro estava, e nem mesmo de quem era a droga apreendida (mídia de fl. 170).

O Código de Processo Penal, em seu art. 186, prevê que "o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas".

Pela leitura do trecho transcrito, observo que, de fato, a Corte estadual confirmou que o Magistrado, **ao ouvir o depoimento do adolescente, não só deixou de lhe informar o direito de permanecer calado como lhe advertiu de sua obrigação de falar a verdade**. Além disso, asseriu que o adolescente, depois de haver manifestado o desejo de ficar em silêncio, **foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a**

verdade" (fl. 398, destaquei).

Aparentemente, portanto, o Tribunal *a quo* entendeu que o adolescente "não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha" (fl. 398), e que, nesses termos, incidiria a regra do art. 203 do Código de Processo Penal, a qual dispõe que "**a testemunha** fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado".

A *vexata quaestio*, todavia, deve atrair outra solução jurídica, como a seguir explicitado.

II. Limites condicionantes à atividade persecutória

A partir do ideário iluminista inaugurou-se uma nova era do Direito Criminal, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do século XVIII. Nesse viés, a liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais e sujeita-se a sacrifício **apenas em casos expressamente previstos**, mediante obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

Gradualmente, portanto, a persecução penal passa a alinhar-se aos postulados inerentes a um Estado Democrático de Direito e se configura não mais como mero instrumento de realização do Direito Penal, mas, acima de tudo, um meio civilizado de limitação do poder punitivo do Estado frente ao indivíduo.

No que concerne à atividade cognitiva judicial, tem-se hoje como indiscutível que a busca da verdade no processo penal **submete-se a limites e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional**.

É inevitável, assim, que o conteúdo informativo de um processo criminal pautado pelo modelo garantista seja inferior ao reproduzido em um modelo autoritário. Logo, a atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva. Em outras palavras, o fim do processo "só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça", por meio de uma decisão obtida de modo

Superior Tribunal de Justiça

"processualmente admissível e válido" (DIAS, Jorge de Figueirado. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 43 e 49).

Tal é o preço que se paga por um modelo em que não apenas importam os fins da jurisdição penal mas também se confere atenção aos meios para atingi-los.

Uma dessas limitações cognitivas ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a **impossibilidade de se obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação**, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor.

Na observação de Maria Elizabeth QUEIJO,

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violações físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2.ed., 2012, p. 77).

Daí por que a Constituição assegura ao preso o "direito de permanecer calado" (art. 5º, LXIII), cuja **leitura meramente literal**, como a que empreendeu o Tribunal local, **poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si**.

Assim, todavia, não há de ser. Na verdade, **qualquer pessoa, ao confrontar-se ante o Estado em atividade persecutória deste, deve ter a proteção** jurídica contra a tentativa de forçar ou induzir a produção da prova favorável ao interesse punitivo estatal.

Na lição de João Claudio COUCEIRO, "as testemunhas podem invocar o direito ao silêncio, quer para não se auto-incriminar, quer para escapar da responsabilidade civil e administrativa. [...] Tal direito é amplo, e não depende da existência de procedimento investigativo para apurar os fatos em que a testemunha estava envolvida ..." (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 220).



2015/0174133-9



Documento

02/10/2018 6:16

Página 6 de 12

Superior Tribunal de Justiça

Mais especificamente sobre a oitiva de adolescentes, pontua COUCEIRO, que "o adolescente deverá ser lembrado, assim, de seu direito de permanecer em silêncio toda vez que for ouvido por qualquer autoridade (pouco importando seja ela policial, membro do Ministério Público ou judicial), ... (*idem*, p. 260).

Essa é a compreensão moderna, não encontrada, por óbvio, na regra antiga, já presente no Direito Romano, do *nemo tenetur se detegere*, e que vem sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, sobretudo a partir das ampliações conceituais que lhe vêm dando as Cortes Constitucionais de diversos países centrais.

Na Alemanha, por exemplo, relata Theodomiro DIAS NETO que:

A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2.º, I, CF/88 c/c arts.1.º, I, e 19 II, da CF/88. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seifert, 1991: 45). O art. 19 II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um *limite absoluto* (*absolute Eingriffsgrenze*) ao legislador, ao Judiciário e à administração. A referência ao art. 1 I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã; a *proteção da dignidade da pessoa humana* é o mais alto valor da Constituição e permeia todas as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o *núcleo absoluto* (*absoluter Kernbereich*) e intangível de todos os direitos fundamentais. Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador" (*O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/179)

Foi, porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos que deu maior amplitude ao tema em apreço, desde os anos 30 do Século XX, quando passou a tratar da legalidade do interrogatório policial a partir do *teste de voluntariedade* (*voluntariness test*), em razão do qual se entendeu que somente seria válido o interrogatório do preso se estivesse em conformidade com os requerimentos da



2015/0174133-9



Documento

02/10/2018 6:16

Página 7 de 12

*cláusula do devido processo (due process clause) da 14ª Emenda à Constituição, ante a proteção mais específica do *privilegio contra autoincriminação* de que cuida a 5ª Emenda à Constituição.*

No Direito brasileiro o tema tem sido fertilmente enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, mormente a partir da Constituição de 1988, que inaugurou uma nova compreensão acerca das liberdades públicas no processo penal.

Lapidares, nessa direção, foram algumas decisões da Suprema Corte nos casos que envolviam a convocação de testemunhas para depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, que amiúde se valiam de estratégia, repudiada pelo STF, de chamar pessoas na qualidade de testemunhas, as quais, todavia, **eram, na essência, suspeitas das práticas ilícitas que estavam sendo objeto de investigação.**

Eis, ilustrativamente, um desses importantes julgados:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO – **DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA** – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO.

– **O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.**

– O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. **O direito ao silêncio** – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – **impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.**

– Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída,



Superior Tribunal de Justiça

sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(HC n. 79.812/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/2/2001, grifei)

Também digna de registro a análise, em pedido de liminar requerida nos autos do HC n. 95.037/SP (DJe 25/6/2008), feita pelo Ministro Celso de Melo, que assim explicitou a matéria (destaquei):

[...] Tenho enfatizado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, a propósito da **prerrogativa constitucional contra a auto-incriminação** (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO), e com apoio na jurisprudência prevalecente no âmbito desta Corte, que **assiste, a qualquer pessoa**, regularmente convocada para depor perante Comissão Parlamentar de Inquérito, o direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano ('Nemo tenetur se detegere'). É que indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) [...] Cabe acentuar que o privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito (UADI LAMMÊGO BULOS, 'Comissão Parlamentar de Inquérito', p. 290/294, item n. 1, 2001, Saraiva; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, "Do Inquérito Parlamentar", p. 47/48 e 58/59, 1964, Fundação Getúlio Vargas; JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, "Comissões Parlamentares de Inquérito", p. 65 e 73, 1999, Ícone Editora; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 3, p. 126-127, 1992, Saraiva, v.g.) – traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Convém assinalar, neste ponto, que,



2015/0174133-9



Documento

02/10/2018 6:16

Página 9 de 12

"Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação" (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Direito à Prova no Processo Penal", p. 113, item n. 7, 1997, RT - grifei). É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que "Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la" (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei). [...]

III. Violação concreta do direito ao silêncio

Não pode restar nenhuma dúvida, portanto, de que **não apenas o preso, mas qualquer pessoa que seja chamada a depor perante agente estatal, não pode ser compelida, sob qualquer meio, a prestar declarações, máxime quando, como na hipótese sob análise, expressamente manifestou o desejo de permanecer em silêncio**, motivo por que o juiz lhe endereçou a advertência de que, "se não falasse a verdade" poderia "ser novamente apreendido" (fl. 398).

Para contextualizar esse comportamento judicial, registre-se que o destinatário dessa advertência foi chamado a depor, **como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o ora paciente quando este foi autuado em flagrante**, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois **nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo**.

Assim, e mais ainda por tal circunstância, não se revestiu de legalidade a "advertência" feita pela autoridade judiciária ao depoente, de que poderia "**ser novamente apreendido se não falasse a verdade**", após haver ele expressado a intenção de permanecer em silêncio.

O resultado foi o depoimento do adolescente, certamente



influenciado pela "advertência", em sentido favorável à acusação e, conseqüentemente, prejudicial ao ora paciente, que veio a ser condenado às penas do tipo penal em que foi incursionado pelo Ministério Público.

Não se está a afirmar, vale a observação, que o paciente não deveria ser condenado ou que, sem esse depoimento judicial ora hostilizado, seria ele absolvido das imputações, mas **tão somente que essa prova, por ser formalmente viciada em sua gênese, é manifestamente ilícita**, pois contraria os postulados éticos de um devido processo penal (em sua acepção substantiva) e, particularmente, porque viciada a vontade do declarante.

Enfatize-se que o adolescente, na gama de possibilidades que o caso apresenta, poderia ser de fato o proprietário da droga localizada no interior do veículo em que estava, na ocasião da abordagem policial, ou então poderia ser apenas alguém que acompanhava o condutor, sem nenhuma responsabilidade pela maconha apreendida no automóvel.

Se o adolescente permanecesse em silêncio, como aparentemente era sua intenção inicial – sempre, insista-se, em conformidade com o que ficou assentado no acórdão impugnado –, caberia ao titular da ação penal obter outras provas para amparar a versão acusatória; depondo e assumindo a autoria do crime e a responsabilidade pela droga, provavelmente tal comportamento processual traria dificuldade ao Ministério Público para sustentar a acusação; e, finalmente, depondo e negando qualquer participação no transporte ou na posse da droga – no sentido, aliás, do depoimento que acabou por prestar – a tarefa estatal de comprovar os fatos articulados na denúncia ficou bem facilitada, porque serviu de contraprova à versão sustentada pelo réu, de que a droga não lhe pertencia.

Em decorrência dessas considerações, **reputo ilícita referida prova, por ter sido produzida sob sugestão judicial à testemunha central do processo**, e, porque foi desfavorável ao réu e lhe causou notório e inquestionável prejuízo, há de ser ela afastada, com conseqüente **anulação da sentença condenatória**, de modo a que seja refeito o ato decisório sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento.

Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que **a sentença faz alusão a outras evidências e provas produzidas em juízo**, de sorte a não se autorizar a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem a fim de anular o processo, a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C.**, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor deste *decisum* às instâncias ordinárias.

