



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.730 - PE (2016/0030706-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : A C DE O
ADVOGADOS : MÁRCIO SILVESTRE JATOBA
JÓRIO VALENÇA CAVALCANTI FILHO
RAFAEL JUREMA DE ASSIS CORREA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUADRILHA. DIREITO AO SILÊNCIO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE O RECORRENTE ESTARIA ENVOLVIDO NOS CRIMES INVESTIGADOS. ACUSADO OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O DEPOIMENTO DO ACUSADO TENHA SIDO UTILIZADO PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RÉU QUE É BACHAREL EM DIREITO E FOI INQUIRIDO NA PRESENÇA DE SEU ADVOGADO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA OMISSÃO NA ADVERTÊNCIA DE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. EIVA INEXISTENTE.

1. Esta colenda Quinta Turma, acompanhando entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo.

2. O presente recurso ordinário não foi instruído com a íntegra do inquérito policial, bem como com cópia da denúncia ofertada contra o recorrente, peças processuais indispensáveis para que se pudesse aferir se as suas declarações teriam sido efetivamente utilizadas para embasar a deflagração da persecução criminal.

3. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

4. Além de existirem elementos de prova em desfavor do acusado produzidos anteriormente ao depoimento questionado, a exemplo das decorrentes da interceptação de suas comunicações telefônicas, verifica-se que o réu é bacharel em Direito, tendo prestado suas declarações na companhia do seu advogado, o que torna ainda mais difícil que se constate a existência de prejuízo.

5. Recurso desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.730 - PE (2016/0030706-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : A C DE O
ADVOGADOS : MÁRCIO SILVESTRE JATOBA
JÓRIO VALENÇA CAVALCANTI FILHO
RAFAEL JUREMA DE ASSIS CORREA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por A C DE O contra acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento do HC n. 6502-PE.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso nos artigos 288 e 317, parágrafo único, do Código Penal.

Sob o argumento de que o depoimento prestado pelo acusado na fase policial seria nulo, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos do réu que, embora já ostentasse a condição de investigado, teria sido inquirido na fase policial sem que fosse advertido do direito de permanecer em silêncio e de não se incriminar.

Alegam que a autoridade policial não poderia ter colhido o depoimento do recorrente sem a observância das garantias previstas no artigo 5º, incisos LVII e LXIII, da Constituição Federal.

Afirmam que, por não saber da sua condição de investigado, o acusado não tinha consciência de seus direitos constitucionais, independentemente de ser bacharel em Direito, ou de estar acompanhado por advogado.

Entendem que o prejuízo suportado pelo réu seria evidente, pois a sua oitiva na fase inquisitorial teria embasado o oferecimento de denúncia em seu desfavor, bem como a instauração de procedimentos administrativos perante a Receita Federal.

Requerem o provimento do reclamo para que seja anulado o depoimento prestado pelo recorrente na fase policial, determinando-se o seu desentranhamento dos autos da ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 202/203), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 232/236, manifestado-se pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.730 - PE (2016/0030706-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, a anulação das declarações prestadas pelo recorrente no curso do inquérito policial.

Como se sabe, o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal prevê o direito ao silêncio, conferindo ao acusado a prerrogativa de não se autoincriminar.

Confira-se, a propósito, a letra da referida norma constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Na mesma esteira é o artigo 186 do Código de Processo Penal:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, 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.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Do teor das aludidas normas, constata-se que o acusado tem direito ao silêncio ou à não autoincriminação, sendo que, por ocasião de seu interrogatório, seja ele extrajudicial ou realizado durante a instrução processual, pode se calar acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negar a autoria delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o assunto, confira-se a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira:

"O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença (HADDAD, 2000, p. 141), é a versão nacional do privilege against self-incrimination do Direito anglo-americano.

O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não auto-incriminação e do nemo tenetur se detegere (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo.

No Brasil, com a Constituição de 1988, (art. 5º, LXIII) e com o art. 8ª, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito a permanecer calado. Embora não haja previsão expressa do direito à não auto-incriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.

(...)

O direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se nota em algumas doutrinas, mas a proteção contra hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado. Primeiro, nas jurisdições eclesiásticas; depois, no Estado Absolutista, e, mesmo na modernidade, pelas autoridades responsáveis pelas investigações criminais.

O princípio atua ainda na tutela da integridade física do réu, na medida em que autoriza expressamente a não participação dele na formação da culpa.

E no que tem, a nosso juízo, de mais relevante, atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais, sobretudo as condenatórias. (Curso de Processo Penal, 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341 e 342.)

No entanto, conquanto o réu possua o direito de não produzir prova contra si mesmo, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, devendo ser advertido, quando inquirido, da prerrogativa de se quedar silente, esta colenda Quinta Turma possui o entendimento de que eventual irregularidade na informação de tal garantia é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação de prejuízo.

Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. (...) TORTURA NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADA. NULIDADES FORMAIS. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IX - Por fim, conforme tem entendido esta Corte (HC n. 189.364/PI, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/8/2013) a existência de eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio, por ocasião do interrogatório realizado no âmbito do inquérito policial, é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de oportuna alegação e de demonstração do prejuízo. No caso em tela, a matéria não foi suscitada oportunamente e não foi demonstrado o prejuízo, mormente por estar, segundo consta do Acórdão guerreado, o correu acompanhado de advogado constituído.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.602/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014)

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - FURTO - AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA AO ACUSADO ACERCA DO DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - NULIDADE RELATIVA QUE DEVE SER ARGÜIDA EM MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRADO O EFETIVO PREJUÍZO - BUSCA E APREENSÃO - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INGRESSO NA RESIDÊNCIA NÃO OBSTADO PELO PACIENTE - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS VÁLIDAS - PEDIDO PREJUDICADO - ORDEM DENEGADA.

- A nulidade pela ausência de advertência ao acusado acerca do direito de permanecer em silêncio, por ser de caráter relativo, deve ser argüida nos termos do artigo 571 do CPP, sob pena de preclusão, demonstrando-se o efetivo prejuízo.

- Não constitui nulidade a busca e apreensão que, conquanto desprovida de autorização judicial, teve o ingresso permitido pelo próprio morador.

- Não restando configurada a alegada nulidade das provas, resta prejudicado o pedido de absolvição por ausência de provas válidas.

- Ordem denegada.

(HC 27.339/MS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 300)

Na mesma esteira, colhem-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal

Federal:

Ementa: 1) Penal. Constitucional. (...) 8) O direito do réu ao silêncio é regra jurídica que goza de presunção de conhecimento por todos, por isso que a ausência de advertência quanto a esta faculdade do réu não gera, por si só, uma nulidade processual a justificar a anulação de um processo penal, especialmente na hipótese destes autos em que há dez volumes e os depoimentos impugnados foram acompanhados por advogados. (...) 13) Agravos regimentais prejudicados. Pedido de condenação julgado improcedente, nos termos do que previsto no art. 386, V, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Processo Penal (V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal).

(AP 611, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 09-12-2014 PUBLIC 10-12-2014)

Ementa: DIREITO PENAL. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E DE USO DE DOCUMENTO FALSO(...) 2. Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado (...) 7. Extinção da punibilidade dos acusados, em face da prescrição da pretensão punitiva, baseada nas penas em concreto, restando prejudicada a condenação.

(AP 530, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 14-11-2014 PUBLIC 17-11-2014 REPUBLICAÇÃO: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

No caso dos autos, em 22.3.2011, ao representar pela quebra do sigilo telefônico de várias pessoas, o Delegado de Polícia Federal em Caruaru/PE, consignou que o recorrente teria travado diversos diálogos com o investigado Saulo de Tarso, salientando que *"nesta fase da investigação, já não é temerosa a suspeita de que ADILSON e SAULO ajam em conluio, em proveito deles e em desfavor da União"* (e-STJ fls. 48/50).

E, aos 5.4.2011, ao requerer a interceptação das comunicações telefônicas do acusado, o responsável pelo inquérito policial asseverou que, *"considerando o contexto da investigação, fica o indício de que ADILSON esteja falando de valores que recebeu de propina, tal como SAULO fatalmente já recebeu desta mesma fonte pagadora"* (e-STJ fls. 87/88).

Acrescentou que *"já foi descoberto que ADILSON CARDOSO DE OLIVEIRA é Titular do Cartório Único de Sirinhaém/PE"*, fato que seria *"bastante relevante para a investigação, pois pode ser uma via utilizada por SAULO DE TARSO para ocultar parte dos seus imóveis conseguidos ilicitamente"* (e-STJ fl. 89).

Por fim, aos 23.5.2011, o recorrente foi inquirido pela autoridade policial na qualidade de testemunha (e-STJ fls. 18/24).

Pois bem. Embora o réu não constasse formalmente como um dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

investigados no inquérito policial, a autoridade policial possuía suspeitas de que estava envolvido nos ilícitos apurados, motivo pelo qual não poderia ter sido inquirido como uma simples testemunha, impondo-se a advertência de que poderia se manter calado e não se auto-incriminar.

Contudo, apesar de a formalidade prevista no inciso LXIII do artigo 5º da Lei Fundamental não haver sido observada pelo Delegado de Polícia, tal fato, por si só, não é suficiente para anular o depoimento prestado pelo acusado na fase extrajudicial, muito menos a própria ação penal.

Isso porque, consoante destacado pelo Ministério Público Federal, o presente recurso ordinário não foi instruído com a íntegra do inquérito policial, bem como com cópia da denúncia ofertada contra o recorrente, peças processuais indispensáveis para que se pudesse aferir se as suas declarações teriam sido efetivamente utilizadas para embasar a deflagração da persecução criminal. Ou seja, com base unicamente nos documentos que instruíram o remédio heróico não é possível que se verifique, com a certeza que o caso requer, a existência do prejuízo, condição indispensável nos termos da jurisprudência supramencionada a fim de ser reconhecida a nulidade aventada.

Como é cediço, o procedimento do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentação que evidencie a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu o impetrante, profissional da advocacia.

Nessa direção, orienta-se a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. ÔNUS QUE CABE AO IMPETRANTE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o rito do habeas corpus demanda prova documental pré-constituída do direito alegado pelo impetrante, ressalvados os casos em que o paciente não seja assistido por defesa técnica, o que não é o caso dos autos.

2. Evidenciada a instrução deficiente da inicial, deve ser mantida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por seus próprios fundamentos, a decisão que indeferiu liminarmente o habeas corpus. Cumpria aos impetrantes, no momento do ajuizamento do prévio writ, munir os autos com toda a documentação necessária para a imediata compreensão do caso.

3 . Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 304.147/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. 1. TORTURA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. MANDAMUS INSTRUÍDO DE MODO INSUFICIENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS MÍNIMOS. 2. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Constatado que o mandamus não foi instruído com as peças imprescindíveis ao reconhecimento da prescrição, impossível a aferição do constrangimento ilegal apontado pelo embargante, haja vista o rito do habeas corpus exigir prova pré-constituída do direito alegado.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 270.662/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014)

Ainda que assim não fosse, dos documentos anexados ao reclamo, constata-se que as declarações prestadas pelo recorrente na fase policial não constituem a única prova produzida em seu desfavor, já que antes mesmo de ser inquirido pela autoridade policial suas comunicações telefônicas já haviam sido interceptadas após autorização judicial, o que reforça a conclusão de que a ação penal em tela encontra-se lastreada em elementos de convicção distintos do reputado ilícito pela defesa.

Em arremate, é necessário salientar que, embora o recorrente tenha sido ouvido na condição de testemunha, sem que fosse advertido de suas garantias constitucionais, o certo é que, além de ser bacharel em Direito, prestou suas declarações na companhia do seu advogado (e-STJ fls. 18/24), circunstâncias que revelam que tinha plena ciência do direito de permanecer calado e de não se auto-incriminar, confirmando, assim, a inexistência de prejuízos decorrentes da aludida omissão.

Irretocável, portanto, o aresto impugnado, no qual se concluiu pela impossibilidade de anulação do depoimento do réu, pois "*ausente qualquer*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstração de efetiva violação ou impedimento ao exercício das garantias constitucionais suscitadas, bem como do efetivo prejuízo suportado pelo paciente" (e-STJ fl. 173).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0030706-4

RHC 67.730 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004313220104058302 00028979720154050000 28979720154050000 4313220104058302

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C DE O
ADVOGADOS : MÁRCIO SILVESTRE JATOBA
JÓRIO VALENÇA CAVALCANTI FILHO
RAFAEL JUREMA DE ASSIS CORREA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva

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, negou provimento ao recurso."

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