



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 131.030 - SP (2020/0180941-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS REBELLO
ADVOGADO : MARCELO FELLER - SP296848
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. CONFISSÃO DA AUTORIA DELITIVA DURANTE A INQUIRição, NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA, EM OUTRO PROCESSO CRIMINAL. EFETIVO PREJUÍZO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do *nemo tenetur se detegere*, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.

2. Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, caput, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma (Curso de processo penal/Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 386).

3. "A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo" (AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 549.109/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019).

4. Na hipótese, a defesa logrou demonstrar o efetivo prejuízo suportado pelo recorrente, uma vez que, em ofensa ao princípio da não autoincriminação, é réu em uma ação penal cuja denúncia se baseia, principalmente, em confissão por ele feita na condição de testemunha noutro processo criminal, oportunidade na qual, embora formalmente advertido da obrigação de dizer a verdade, a Magistrada que conduziu a oitiva, em vez de adverti-lo sobre o direito de permanecer em silêncio, iniciou verdadeiro interrogatório, pressionando-o a se autoincriminar.

5. "Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado" (STF. Segunda Turma. RHC n. 122.279/RJ, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 12/8/2014 - Informativo de Jurisprudência n. 754 do STF).

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, a fim de anular as provas obtidas mediante violação do direito ao silêncio, determinando o seu desentranhamento dos autos de n. 0025326-50.2016.8.26.0050, em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 131.030 - SP (2020/0180941-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS REBELLO
ADVOGADO : MARCELO FELLER - SP296848
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS REBELLO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem postulada no HC n 2061782-76.2020.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi ouvido, na qualidade de testemunha de defesa do réu Felipe Capano, em Processo Criminal de n. 0102833-58.2014.8.26.0050, contudo, não teria sido advertido sobre o seu direito à não autoincriminação.

Em razão de seu depoimento, afirmando que havia fornecido entorpecentes para Felipe Capano, o ora recorrente foi denunciado, juntamente com outras pessoas, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, e no art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 41/43).

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, nos autos da Ação Penal n. 0025326-50.2016.8.26.0050 (e-STJ fls. 69/70).

Devidamente notificado, o paciente apresentou sua defesa preliminar, oportunidade na qual alegou a invalidade da prova como uma de suas teses defensivas. No entanto, em 23 de janeiro de 2020, foram rejeitadas as teses trazidas em resposta à acusação, sendo designada data para a realização de audiência de instrução e julgamento.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte local, pois a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia que dá lastro para a ação penal foi oferecida com base nos depoimentos do paciente, prestado na condição de testemunha arrolada pela defesa de Felipe Capano em processo conexo, sem a devida advertência quanto ao direito à não autoincriminação, o que torna ilícita a prova fornecida pelo paciente contra si mesmo.

No entanto, em sessão de julgamento realizada no dia 18/5/2020, a Oitava Câmara Criminal do TJSP, à unanimidade, denegou a ordem, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 94):

Habeas corpus - Tráfico de drogas e associação para o tráfico - Declaração de ilicitude da prova colhida com violação do direito ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, determinando que seja desentranhada dos autos - Não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal, porquanto o MM Juiz deferiu sua apreciação quando da análise do mérito da ação penal - Ordem denegada.

Contra esse acórdão, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos pelo Tribunal de origem, apenas, para que passe a constar que Matheus Gonçalves dos Santos responde ao processo em liberdade, além da existência de *link* de acesso à mídia de oitiva do ora recorrente.

O acórdão restou assim ementado (e-STJ fl. 161):

Embargos de Declaração - Insurge-se o embargante aduzindo a existência de equívocos no v. Acórdão, consistentes no fato de o paciente não estar preso, e na existência de link de acesso para a mídia de sua oitiva - De fato, o ora embargante responde ao processo em liberdade, e o 'link' para acesso a sua oitiva se encontra inserido nos autos - Embargos de Declaração acolhidos, tão somente, para corrigir o erro material apontado.

No presente recurso ordinário, a defesa insiste na suposta ilicitude da prova colhida com violação ao direito ao silêncio, em virtude da não autoincriminação.

Segundo a inicial, *Na audiência que o Recorrente compareceu na condição de testemunha, após adverti-lo da obrigação de dizer a verdade, o d. Juízo de piso insistiu e propiciou que o Recorrente se incriminasse. Fez diversas perguntas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"pressionando" o Recorrente, mas em nenhum momento o comunicou sobre seu direito ao silêncio" (e-STJ fl. 112).

Ao final, inicialmente sem pedido liminar, requereu seja provido o presente recurso para declarar a ilicitude da prova colhida com violação do direito ao silêncio, em virtude da garantia à não autoincriminação, determinando-se que seja desentranhada dos autos.

Por meio da PET n. 00788253/2020 (e-STJ fls. 185/189), diante da designação de data pra realização de audiência de instrução e julgamento, a defesa pleiteou a concessão de pedido liminar para suspender a instrução processual, até o julgamento do mérito do presente recurso ordinário.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 193/195).

Contra essa decisão, a defesa ingressou com pedido de reconsideração (e-STJ fls. 198/201), insistindo na suspensão da instrução processual, até o julgamento do mérito do presente recurso ordinário.

Argumentou que "a concessão do pedido liminar não trará qualquer risco ou prejuízo para a instrução processual, considerando que o início da instrução está designado para 9 de novembro e não há qualquer risco de prescrição, pois a denúncia foi recebida em 23/1/2020" (e-STJ fl. 198).

Após um novo exame dos autos, esta relatoria reconsiderou a decisão anterior e deferiu a liminar para suspender a instrução criminal na Ação Penal n. 0025326-50.2016.8.26.0050, em relação ao ora recorrente, em especial a audiência de instrução e julgamento designada para o dia 9/11/2020, até o julgamento do mérito do presente recurso ordinário em *habeas corpus* (e-STJ fls. 204/207).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do presente recurso ordinário, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 214):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO POR OCASIÃO DO DEPOIMENTO DO ACUSADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*COMO TESTEMUNHA NOUTRO PROCESSO. NULIDADE
RELATIVA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PARECER PELO
DESPROVIMENTO DO RECURSO.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 131.030 - SP (2020/0180941-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Busca-se na presente oportunidade, conforme o relatado, o reconhecimento da ilicitude, e conseqüentemente o desentranhamento, da prova colhida durante o depoimento do recorrente em outra ação penal em que, na qualidade de testemunha, acabou prestando declarações que o autoincriminavam, sem que a Magistrada o advertisse sobre o seu direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo e, indo além, teria o pressionado para relatar sua participação nos fatos ali apurados.

Na hipótese, o acórdão afastou a nulidade ora arguida, destacando a ausência de demonstração de prejuízo, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 95/99):

A presente ordem deve ser denegada.

Conforme informações da d. autoridade coatora, o paciente se encontra preso por suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput, c.c. o art. 40, III, e 35, caput, todos da Lei nº 11.343/06.

Consta ainda que, em 23 de janeiro de 2020 foi recebida a denúncia, rejeitadas as preliminares, e designada audiência de instrução, debates e julgamento para 17/08/2020.

Nessa oportunidade, o MM Juiz consignou que "A arguição preliminar das defesas, que argumentam compossível autoincriminação por induzimento, remete-se à análise do mérito da ação penal, eis que, conforme o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, quaisquer indícios de autoria obtidos anteriormente ao recebimento da denúncia necessariamente serão reprisados sob o contraditório no curso da instrução para que sirvam como elemento de prova. Também não prosperam as preliminares de inépcia da inicial, pois, como já analisado no item 1, a denúncia preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Não foram arguidas preliminares ou teses defensivas que justifiquem a rejeição da denúncia, estando ausentes as hipóteses previstas no artigo 395 e seus incisos do Código de Processo Penal. As demais teses invocadas, por sua vez, tratam do mérito, e suas análises dependem da regular colheita probatória em juízo (fls. 566/567).

Com efeito, o MM Juiz deixou consignado que tal arguição da defesa remete ao mérito da ação penal e com ele seria analisada, conforme art. 155, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De se ver, como bem ponderou o d. Procurador de Justiça oficiante nos autos, que, diante dessa argumentação do Juízo, não há, por ora, eventual ato a ser sanado.

Ademais, verifico que o paciente foi ouvido como testemunha nos autos do processo nº 0102833-58.2014.8.26.0050, e nessa qualidade confessou voluntariamente que havia fornecido a droga para Felipe Fabiani Capano (conforme consulta ao SAJ), e em razão dessas informações posteriormente se tornou réu nos presentes autos.

(...)

Demais disso, cumpre observar que o E. Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que eventual irregularidade na informação sobre o direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende de comprovação do prejuízo.

(...)

De resto, descabe a discussão do mérito da causa nos estreitos limites do habeas corpus.

Assim, não se antevê o alegado constrangimento ilegal que possam estar a sofrer o paciente, sendo que a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem. - negritei.

Com efeito, não se desconhece que "A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo" (AgRg no HC 549.109/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019).

Todavia, no caso concreto, ao contrário do entendimento da Corte local, visualizo a demonstração do patente prejuízo sofrido pelo recorrente.

Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do *nemo tenetur se detegere*, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.

Ao ensejo, confira-se a lição doutrinária de Eugênio Pacelli:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 autoincriminação 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. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 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 autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.

Beccaria, nos idos de 1764, já se batia contra a exigência de juramento do réu, afirmando que

“uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir para a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens, quando fala o interesse” (BECCARIA, 1997, p. 78).

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

Não é porque se reconhece o direito à defesa que se permitiria que o acusado, por exemplo, atribuisse falsamente a prática do crime a terceiros, com o fim de se ver livre da acusação. Nessa hipótese, ao menos em tese, estaria configurado o delito do art. 339 do CP (denunciação caluniosa). Evidentemente, estamos nos referindo unicamente à questão relativa à tipicidade da conduta; a questão referente à eventual excludente de ilicitude (estado de necessidade) não se inclui no âmbito temático de nossas reflexões.

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, a nosso juízo, tem de mais relevante, atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais, sobretudo as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatórias.

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do quem cala consente, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reprodução de verdade alguma

[...]

Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, caput, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, Miranda vs. Arizona, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999.

Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a ratio essendi da norma.

A respeito do dever de informação, interessante debate surgiu na Alemanha após decisão prolatada pelo 4º Senado do Bundesgerichtshof (BGHSt, 53, p. 112 e ss), que concluiu que o interrogatório do acusado prestado em juízo não poderia ser valorado, não pela ausência da informação do direito ao silêncio ao interrogando em juízo, mas pela ausência da informação de que o depoimento prestado anteriormente em sede policial, sem que se prestasse igual informação (do direito ao silêncio), não poderia ser considerado para fins de prova.

(Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 386) - negritei.

Na hipótese dos autos, o recorrente foi convocado a depor, na qualidade de testemunha, nos autos da ação penal na qual figurava como réu Felipe Capano. Ocorre que, durante sua inquirição, o recorrente, que havia sido instruído a dizer a verdade, uma vez que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionava como testemunha, acabou por relatar seu possível envolvimento nos fatos criminosos ali apurados, prestando declarações que o incriminavam, sem que a Magistrada o advertisse sobre o seu direito de não se autoincriminar (princípio do *nemo tenetur se detegere*).

Prova disso está na ata da referida audiência, que foi anexada aos autos pela defesa, por meio da qual o próprio promotor de justiça oficiante consignou que (e-STJ fls. 81/82):

Dada a palavra ao Dr. Promotor de Justiça foi dito que: MM. Juíza, insisto no depoimento da testemunha Hélio, policial militar ausente, requerendo, para tanto, a expedição de Carta Precatória para a Comarca de Pindamonhangaba. No mais, quanto às testemunhas ausentes Pietro, Lucas e Priscila, requeiro vista dos autos. Por fim, que eventual responsabilidade criminal da testemunha Matheus Gonçalves será apreciada quando da apresentação das alegações finais, uma vez que nesta data, admitiu que comprou a droga apreendida.

E mais, sendo o recorrente ouvido na condição de testemunha de defesa de Felipe Capano (réu nos autos n. 0102833-58.2014.8.26.0050), foi formalmente advertido da obrigação de dizer a verdade, contudo a Magistrada que conduziu a oitiva, em vez de adverti-lo sobre o direito de não se autoincriminar diante do contexto exposto, iniciou verdadeiro interrogatório, pressionando o recorrente.

Veja-se (e-STJ fls. 112/117):

Juíza: Nome completo do senhor?

Matheus: Matheus Gonçalves dos Santos Rebello.

Juíza: Seu Matheus, o senhor está perante a Justiça e tem o dever de falar a verdade sob a pena de falso testemunho, está certo?

Matheus: Certo.

Juíza: O senhor está sendo submetido a esse compromisso, de forma que o senhor fica ciente que se o senhor mentir aqui, o senhor fica sujeito a este crime. E o que implica este crime? Uma pena de até 2 anos de cadeia. Eventualmente, o seu colega pode pegar uma pena de 1 ano e 8 meses, se condenado. E o senhor pega uma pena de 2. Quer dizer, vale mais a pena falar a verdade ou você pega uma pena maior mentindo do que... Nossa lei é assim. Tá bom? Então, não minta. Omitir a verdade - deixar de dizer aquilo que o senhor sabe - também implica nesse delito. Tá bom?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Juíza: Então, vamos lá. O senhor estava junto com o Felipe quando a polícia chegou? O que aconteceu? Vocês estavam fazendo o que?

Matheus: A gente estava sentado no bar, tomando uma cerveja, fumando...

Juíza: Fumando o que?

Matheus: Cigarro e maconha.

Juíza: Essa maconha que vocês estavam fumando veio de onde?

Matheus: Veio do Mackenzie.

Juíza: Ela veio andando assim, pulando do Mackenzie?

Matheus: Foi a que eu peguei.

Juíza: Que quantia o senhor pegou?

Matheus: Nossa, não lembro, mas era pouca quantia.

Juíza: Uns cigarrinhos?

Matheus: Não, era florzinhas, tipo não era igual de biqueira, era umas flores... Não sei explicar...

Juíza: Então vamos começar do início. O sr. estava em aula?

Matheus: Estava em aula.

Juíza: Aí o senhor resolveu pegar uma maconha?

Matheus: É, a gente ia ter uma festa no sábado, uma rave...

Juíza: Isso foi que dia?

Matheus: O que, a festa ou a...

Juíza: O dia da prisão.

Matheus: Eu não lembro, faz muito tempo. Mesmo. Eu não lembro mesmo.

Juíza: Mas foi quantos dias antes da festa?

Matheus: Ah, foi, acho que uns 3 dias. Acho que foi na quarta ou na quinta e a festa era sábado.

Juíza: Aí o senhor foi comprar a droga?

Matheus: É, aí eu encontrei um moleque no Mackenzie, que era... Que a gente ia pegar para todo mundo, umas 15 pessoas iam fazer uso na festa e a gente... Aí eu desci para o bar, que na época...

Juíza: Está faltando um pedaço. Três dias antes da festa, você foi comprar desse moleque a droga para todo mundo usar, talvez 15 pessoas na tal festa. Ok. Daí vocês reuniram o dinheiro ou você comprou e depois dividiam e as pessoas iam te pagar, como é que ia ser?

Matheus: Não, tinha dado... Essas 10 pessoas - é que eu não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lembro quantas pessoas na época tinham dado dinheiro, eu tinha dado, o Felipe tinha dado. Daí eu...

Juíza: Quanto você juntou de dinheiro?

Matheus: Nossa, isso eu não lembro.

Juíza: Tá vendo como a maconha faz mal?

Matheus: Isso faz muito tempo. Mas, sim, eu concordo que faz mal...

Juíza: A maconha faz mal porque a gente acaba esquecendo as coisas.

Matheus: Concordo, concordo.

Juíza: E aí? Você não lembra quanto você deu, você não lembra quanto você comprou, você não lembra quantas pessoas compraram. O que você lembra?

Matheus: Não, eram umas 15 pessoas, 20 pessoas que se juntaram e deram dinheiro, porque a gente ia para a festa todo mundo junto. Juíza: E qual a quantidade?

Matheus: Mais ou menos umas 15 gramas, 20 gramas.

Juíza: 20 gramas até onde eu entendo dá para quantos cigarros - 15?

Matheus: É. Cada florzinha, tipo cada uma grama - que é uma florzinha - seria um cigarro.

Juíza: E aí você recolheu essa droga com o tal moleque e foi para o bar. E aí?

Matheus: Aí a gente sentou, pediu uma cerveja. Era dia do jogo do Brasil e a gente ia esperar o Cauê chegar para ir ver o jogo.

Juíza: E a droga quem ia guardar, dividir?

Matheus: O Cauê ia ficar com a droga guardada porque ele era o único de carro na época e ia levar sábado na festa.

Juíza: E por que estava na mochila do Felipe?

Matheus: Então, isso eu não ouvi falarem para ele. Eu sei que falaram que estava na mochila, mas eu estava pegando cerveja.

Juíza: Quem falou?

Matheus: Não, é que a gente estava sentado numa mesa com umas 6 pessoas - era eu, o Felipe e uns 4 ou 5 amigos. Uma galera.

Juíza: Você chegou com a droga numa sacolinha ali na mesa... E aí?

Matheus: Não, eu cheguei com a sacola, sentei na mesa, fui pegar uma cerveja e nisso voltei. Aí a sacola não estava lá.

Juíza: Você deixou a droga em cima da mesa?

Matheus: Não, deixei no pé assim.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juíza: E alguém resolveu guardar na mochila do Felipe?

Matheus: É, então, isso eu não sei... Se alguém resolveu, essa parte eu não estava, eu fui pegar cerveja.

Juíza: E aí?

Matheus: A gente continuou lá...

Juíza: Aí vocês fumaram?

Matheus: Fumamos.

Juíza: Quem pegou a droga, quem fez o cigarro?

Matheus: Foi um colega nosso.

Juíza: E passou para todo mundo que estava na mesa?

Matheus: É, acho que todo mundo fumou. Mas foi um cigarro.

Juíza: Esses seis que estavam ali na mesa contribuíram para esta compra?

Matheus: Não, eles só estavam lá no bar.

Juíza: Quem contribuiu para a compra que estava lá na mesa?

Matheus: Eu, o Capano e o Cauê - que até então não tinha chego.

Juíza: Você não falou nada disso na delegacia, né?

Matheus: Porque não me perguntaram isso.

Juíza: Perguntam o que aconteceu. Diga a verdade...

Matheus: É que eles não falaram assim. Tipo, não foi tão detalhista. Eu contei a verdade, como foi o enquadro, que a gente sentou na mesa...

Juíza: Você só esqueceu de falar que foi o senhor que trouxe a droga?

Matheus: É...

Juíza: Pois é. Aí vocês fumaram, aí a polícia chegou?

Matheus: Sim.

Juíza: E aí?

Matheus: Aí eles fecharam a rua, aqui na Borba e fecharam o outro lado e mandaram todo mundo que estava em torno dos bares... Porque é uma diagonal assim, faz um "V". Aí mandaram todo mundo levantar e os homens encostarem na parede da direita da rua e as mulheres irem para a parede da esquerda.

Juíza: E aí?

Matheus: Aí a gente ficou tudo organizado. A gente que era da mesma mesa ficou perto. Normal. Revistaram, perguntaram se tinha alguma coisa. Eu falei que não. Colocaram a minha mochila em cima do braço, revistaram tudo. Aí falaram 'coloca a mochila no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio das pernas, você já foi abordado e já, já você vai ser liberado'.

Juíza: Aí que você observou a abordagem feita no Felipe?

Matheus: Eu vi que abriram a mochila dele, acharam um pacote. Aí nisso levaram ele para o meio da rua, aí dois policiais seguraram ele e colocaram ele dentro do camburão e já saiu.

*Juíza: Como o senhor falou na delegacia... O sr. disse que combinou de tomar uma cerveja com o Felipe, que você já conhecia há quatro anos. Que ao sair da faculdade se encontrou com o Felipe, foram até o bar nas proximidades da faculdade e quando em uma mesa do bar foram abordados por policiais... Aí o senhor contou como foi a revista, que em um saco plástico encontraram a droga conhecida como maconha na bolsa do Felipe. E o senhor permaneceu próximo a Felipe, portanto pôde observar que durante este momento ele nada falou aos policiais. Que em seguida ele foi colocado em uma viatura... Aí o senhor disse: 'que tem conhecimento que seu amigo Felipe já fez consumo de maconha esporadicamente, quando vai para festas. Que o depoente sabe que no próximo dia 15 irá acontecer uma festa rave no município de Itu e que Felipe combinou com um grupo de amigos que iriam até esta festa e que alguém levaria maconha para ser consumida dentro do grupo. Que pelo que sabe Felipe nunca [inaudível] e que tem conhecimento que é costume de participantes de festas raves levarem maconha para ser consumida dentro de um grupo de amigos'. Aí o senhor disse que o senhor esqueceu - ou que ninguém lhe perguntou - sobre a droga, que o senhor disse que o senhor participou da compra, que o senhor efetivamente comprou, que o senhor efetivamente conduziu a este local... não falou nada porque ninguém lhe perguntou. **Ou por que não é verdade o que o senhor está me dizendo hoje?***

Matheus: É verdade. Ninguém me perguntou mesmo, senão eu teria falado lá.

Juíza: Mas perguntaram para o senhor...

Matheus: Sim...

Juíza: Perguntaram e o senhor falou que era o Felipe que tinha falado que teria droga na festa.

Matheus: Não, é que eu sabia que a gente levaria droga para a festa

Juíza: O senhor sabia que a gente levaria não, o senhor comprou a droga! O senhor, na verdade, até o senhor me dizer quem é o garoto que lhe entregou a droga, o senhor é o fornecedor. O senhor está me assumindo, em juízo, que o senhor é o fornecedor de drogas, o senhor é o traficante que fornece aos outros estudantes.

É isso?

Matheus: Não.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juíza: É! Foi o que o senhor acabou de me dizer. Na delegacia, o Felipe falou que foi comprar de outro lá na outra faculdade, na ESPM, que ele não quis dizer quem é. - negritei.

Como visto, ao longo de seu depoimento, houve uma mudança na relação do depoente com a investigação, passando da condição de testemunha à condição de suspeito. Nesse caso, para validade das declarações subsequentes, a Magistrada deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio, contudo isso não aconteceu.

Assim, em razão de suas declarações, o recorrente foi posteriormente denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo a denúncia sido recebida pelo Juízo de primeiro grau, estando os autos no aguardo da realização de audiência de instrução e julgamento.

Nesse contexto, entendo que restou devidamente demonstrado o prejuízo suportado pelo recorrente, uma vez que, em ofensa ao princípio da não autoincriminação, este é réu em uma ação penal cuja denúncia se baseia, principalmente, em confissão por ele feita na condição de testemunha, quando não lhe tenha sido feita a advertência sobre o direito de permanecer em silêncio.

Em situação semelhante à dos autos, *Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado* (STF. Segunda Turma. RHC n. 122.279/RJ, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 12/8/2014 - Informativo de Jurisprudência n. 754 do STF).

Por fim, no mesmo sentido, destaco o seguinte precedente desta Corte Superior:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 consequente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja feito 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 330.559/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/9/2018, DJe de 10/10/2018) - negritei.

Ante o exposto, **dou provimento** ao presente recurso ordinário em *habeas corpus* para declarar a ilicitude da prova colhida com violação do direito à não autoincriminação, determinando que seja desentranhada dos autos de n. 0025326-50.2016.8.26.0050, em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0180941-3

RHC 131.030 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0025326-50.2016.8.26.0050 00253265020168260050 010283358 20617827620208260000
253265020168260050 974/2018 9742018

EM MESA

JULGADO: 03/11/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS REBELLO
ADVOGADO	: MARCELO FELLER - SP296848
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: CAUÊ ARBEX FERRARI
CORRÉU	: MATHEUS ZILLIG VALLILO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.