

VOTO-VISTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* .
DESRESPEITO À INVIOABILIDADE
DOMICILIAR: INOCORRÊNCIA.
CONSENTIMENTO DO MORADOR. FLAGRANTE:
FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSO DOS
POLICIAIS. DIREITO AO SILÊNCIO. ABORDAGEM
POLICIAL. CONFISSÃO INFORMAL. PREJUÍZO
NÃO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO
BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA.
NULIDADE DE ALGIBEIRA. VIOLAÇÃO AOS
PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E LEALDADE
PROCESSUAIS. RENÚNCIA AO DIREITO DE
PERMANECER EM SILÊNCIO.

1. Não há que se falar em ilegalidade no ingresso dos policiais no domicílio, uma vez assentadas pelas instâncias antecedentes fundadas razões e o consentimento para a entrada. A conclusão adotada está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exigindo incabível revolvimento fático-probatório para alcançar conclusão diversa.

2. O crime de tráfico de drogas, na modalidade ter em depósito, possui natureza permanente, prolongando-se no tempo o estado flagrantial.

3. O ponto relativo ao direito ao silêncio, relativo ao princípio do *nemo tenetur se detegere* , não foi apreciado pelas instâncias antecedentes. A atuação originária desta Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB.

4. Uma coisa é o alerta a pessoa presa acerca do direito de permanecer em silêncio; outra situação, de todo diversa, ocorre quando há abordagem de pessoa suspeita e, ato-contínuo, de imediato, o abordado confessa a prática de crime.

5. Consoante decidiu esta Suprema Corte “a falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, **se demonstrado prejuízo** .” (RHC nº 79.973/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 23/05/2000, p. 13/10/2000).

6. Ante os princípios da boa-fé e da lealdade processuais, não se admite prevalecer a denominada nulidade de algibeira.

7. O exercício do direito de prestar sua versão pessoal dos fatos nas fases investigatória e judicial, bem como a busca pelo reconhecimento do direito à atenuante da confissão espontânea, evidenciam a renúncia à faculdade de permanecer em silêncio.

8. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* protocolado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que implicou o não provimento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 646.546.

2. Colhe-se dos autos que a recorrente foi condenada a 12 anos de reclusão, ante a prática dos crimes dos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas e associação para este fim).

3. O Tribunal de Justiça deu provimento, em parte, à apelação da defesa para aplicar a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena em 10 anos e 9 meses de reclusão e 1.675 dias-multa. Contra o acórdão, foi formalizado o *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O Relator denegou a ordem, ao que se seguiu o citado agravo regimental.

4. Neste recurso ordinário em *habeas corpus*, a defesa aponta o desrespeito à inviolabilidade domiciliar, dizendo terem os agentes policiais ingressado na residência da recorrente sem mandado judicial, a partir somente de denúncia anônima indicativa da prática do crime de tráfico. Ressalta não autorizada pelos moradores a entrada. Destaca ausentes

fundadas razões para a diligência. Diz que a recorrente não confessou informalmente por ocasião da abordagem policial e, ainda que o tivesse, isso não justificaria a entrada em domicílio. Argumenta não ter sido alertada, por ocasião da abordagem policial, quanto ao direito de permanecer calada.

5. Buscou, em âmbito liminar, fosse expedido alvará de soltura em favor da recorrente. No mérito, postula o reconhecimento das nulidades apontadas e, por conseguinte, a absolvição da recorrente.

6. A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo não provimento do recurso.

7. No julgamento virtual iniciado em 17/12/2021, o eminente Relator, no voto disponível no ambiente virtual, reconhece nulidade do ingresso de agentes públicos no domicílio. Destaca haverem acessado o local, sem mandado judicial, com base apenas em denúncia anônima. Assenta a necessidade de diligências investigativas complementares a revelarem a situação de flagrante delito. Entende não informado o direito ao silêncio, a resultar em ilegalidade. Dá provimento ao recurso para declarar a nulidade da prova oriunda da abordagem policial, bem como dos elementos que dela derivaram, absolvendo a recorrente.

Passo ao voto.

I. Quanto à inviolabilidade domiciliar

8. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 603.616-RG/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015, p. 10/05/2016 — Tema nº 280 do rol da Repercussão Geral —, definiu a seguinte tese: *“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”*.

9. O Juízo sentenciante assentou não demonstrado o desrespeito à inviolabilidade domiciliar:

“De fato, conforme confirmado pelos policiais militares, **a acusada confessou, assim que abordada, que estava guardando entorpecentes em sua residência, tendo autorizado o ingresso dos policiais militares na casa** . A versão da acusada de que não autorizou o ingresso dos policiais resta isolada nos autos e visa nitidamente a anular o feito e, conseqüentemente, obter a absolvição almejada.” (e-doc.2 p. 84 e 85; grifos nossos).

10. O Tribunal de Justiça confirmou a ótica:

“No caso em tela, os policiais foram informados sobre o armazenamento de drogas feito por uma mulher que estava em um bar em companhia de um indivíduo que tinha um carro específico. **De modo que, em diligência, a ré foi abordada e, após confessar que guardava entorpecentes para outrem, os milicianos foram até a casa dela, encontrando os ilícitos.**

Tal conduta é plenamente aceitável, tendo em vista as fundadas suspeitas e o estado de flagrância que se encontrava a apelante, já que o crime de tráfico de drogas tem natureza permanente.” (e-doc. 2, p. 156; grifos nossos).

11. O STJ, ao manter o entendimento, ressaltou inexistir ilegalidade a ser afastada:

“No caso sub examine, compreendo, tal como as instâncias de origem, que havia fundadas razões acerca da prática de crimes, a autorizar o ingresso no domicílio da acusada, reveladas pela confissão da apenada.

Com efeito, os policiais que receberam a denúncia do transeunte – **diante de informações da possível prática de tráfico de entorpecentes na residência – abordaram a paciente, que confessou a existência de entorpecente em sua residência,** o que foi confirmado após o ingresso.

Veja-se, portanto, **que os policiais puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em atos concretos, que fizeram surgir a desconfiança de que, naquele lugar, estaria havendo a possível prática dos delitos de tráfico de drogas, tudo a demonstrar que estava presente o elemento "fundadas razões"** , a autorizar o ingresso no domicílio da acusada.

Assim, ao se considerar que havia fundadas razões que sinalizavam a ocorrência de crimes e porque evidenciada, já de antemão, hipótese de flagrante delito, considero haver sido regular o ingresso da polícia no domicílio da ré, sem autorização judicial e sem o consentimento da moradora, mormente diante da confissão feita pela acusada. Havia, frise-se, elementos objetivos e racionais que justificaram a invasão de domicílio - onde foram encontrados 5 tijolos de cocaína -, motivo pelo qual são lícitos todos os elementos de informação obtidos por meio do ingresso na casa, bem como todos os que deles decorreram, porquanto a referida medida foi adotada em estrita consonância com a norma constitucional.” (e-doc. 22, p. 7; grifos nossos).

12. Consoante delineado no presente caso, recebida notícia-crime de transeunte não identificado, indicativa da prática de tráfico de drogas, policiais dirigiram-se ao local indicado. Na sequência, abordaram a recorrente, ocasião na qual ela relatou, espontaneamente, guardar droga na própria residência, franqueando, conforme os autos, a entrada. Adentrando no recinto, os agentes públicos encontraram quantidade expressiva de droga, vindo a efetuar a prisão em flagrante.

13. Desse modo, o fato de ter assumido que mantinha em depósito entorpecente — por ser permanente o crime de tráfico de drogas nesta modalidade, na qual a situação de flagrância se prolonga no tempo — caracteriza fundada razão para o ingresso.

14. Assim, ante os contornos fáticos delineados nas instâncias antecedentes, tem-se caracterizada a justa causa para a ação policial. A conclusão adotada está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **inexistindo ilegalidade a ser reparada** nesta via, conforme ilustram os seguintes precedentes:

“Processual penal. Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse irregular de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito. Inadequação da via eleita. Violação de domicílio. Fundadas razões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fatos e provas. 1. A orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o ‘*habeas corpus* não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado’ (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). Precedentes. 2. **A orientação jurisprudencial desta**

Corte é no sentido de que a ‘Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo’ (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes). 3. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça não divergiu desse entendimento, especialmente ao considerar que ‘a narrativa contida nos autos permite que se conclua pela presença de traços indicativos de prática criminosa antes mesmo do ingresso dos policiais no endereço do paciente, de modo a justificar a mitigação da garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio’ . Ainda nessa linha: HC 168.038-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ARE 1.131.533-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Para chegar a conclusão diversa das instâncias antecedentes, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência impossível na via restrita do *habeas corpus* . 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RHC nº 205.584-AgR/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 16/11/2021, p. 1º/12/2021; grifos nossos).

“Agravo regimental no *habeas corpus* . 2. Penal e Processo Penal. 3. **Tráfico de drogas** (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). 4. *Habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática do STJ. Impossibilidade. Ausência de agravo regimental. Esgotamento das vias recursais. 5. **Flagrante delito. Inviolabilidade de domicílio não configurada. Crime permanente. Repercussão geral reconhecida no RE 603.616/RO** . 6. Agravo regimental desprovido.”

(HC nº 211.694-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 02/07/2022, p. 06/07/2022; grifos nossos).

“Agravo regimental em *habeas corpus* . Crimes de tráfico de drogas, receptação, uso de documento falso e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Condenação transitada em julgado. Alegada nulidade da ação penal quanto ao crime de tráfico de drogas. Persecução baseada em suposta prova ilícita obtida mediante invasão de domicílio do agravante, à míngua de autorização judicial ou justa causa. **Flagrante de crime permanente. Dispensabilidade de mandado de busca e apreensão. Fundadas razões para a realização de procedimento policial.** Precedentes. Ausente constrangimento ilegal flagrante. Reexame de fatos e provas para afastar a regularidade do ingresso dos policiais no domicílio do paciente firmada pelas instâncias antecedentes. Inviabilidade na via eleita. Regimental não provido.”

(HC nº 210.511-AgR/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 04/04/2022, p. 29/04/2022; grifos nossos).

15. A despeito disso, mesmo que não houvesse fundadas razões para o ingresso, **não se vislumbraria a ilegalidade arguida, tendo em vista a licitude do ingresso consentido em residência.** O posicionamento está de

acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, a versar a inviolabilidade domiciliar, pressupõe o ingresso indevido ou forçado de terceiros em domicílio alheio, razão pela qual o prévio consentimento do morador, por descaracterizar a situação de ilicitude da entrada, inviabiliza o reconhecimento de ilegalidade da diligência”. (HC nº 148.965/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 17/03/2020, p. 22/04/2020).

16. Com efeito, verificado que o **ingresso dos policiais na residência se deu mediante autorização**, alcançar conclusão em sentido contrário demandaria o **reexame do acervo fático-probatório**, incabível na via estreita do *habeas corpus*. A esse respeito:

“Agravos regimentais em *habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Alegada violação de domicílio. Busca domiciliar autorizada pelo acusado. Legalidade. Precedentes. **Vício de consentimento da autorização de ingresso. Reexame de fatos e provas**. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência da Corte está consolidada no sentido de que “o prévio consentimento do morador, por descaracterizar a situação de ilicitude da entrada, inviabiliza o reconhecimento de ilegalidade da diligência” (HC nº 148.965/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 22/4/20). 2. **Para se infirmar entendimento contrário ao adotado pelas instâncias ordinárias quanto ao alegado vício de consentimento na autorização para ingresso pelos policiais na residência, seria necessário o reexame do suporte fático probatório, providência incabível em *habeas corpus*, o qual não admite dilação probatória.** Precedente: HC nº 191.508, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 25/11/20. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”

(HC nº 199.227-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 12/05/2021, p. 22/06/2021; grifos nossos).

“Processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Importação e exposição à venda de produto sem registro na Anvisa e de procedência desconhecida. **Busca domiciliar autorizada pelo acusado.** Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. A jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, a versar a inviolabilidade domiciliar, pressupõe o ingresso indevido ou forçado de terceiros em domicílio alheio, razão pela qual o prévio consentimento do morador, por descaracterizar a situação de ilicitude da entrada, inviabiliza o reconhecimento de ilegalidade da diligência.

Precedentes. 2. O acolhimento da pretensão defensiva – vício no consentimento para ingresso dos policiais – exigiria o reexame do conjunto fático-probatório da causa, medida incabível na via processualmente restrita do HC. 3. Inexiste situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC nº 191.508-AgR/ES, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 11/11/2020, p. 25/11/2020; grifos nossos).

II. Quanto ao direito de permanecer em silêncio

17. De início, impõe-se ressaltar que o ponto relativo ao direito ao silêncio (de permanecer em silêncio), decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere*, deixou de ser apreciado pelas instâncias antecedentes. Não houve qualquer debate prévio, nem mesmo tangenciando a matéria, na sentença, no acórdão da apelação, tampouco nos atos formalizados pelo STJ. **Eventual atuação originária desta Suprema Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB. Assim já decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p.20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.**

18. Além disso, relevante mencionar que a confissão teria ocorrido no momento da abordagem da recorrente, antes, portanto, da prisão em flagrante. De acordo com a sentença condenatória, “(...) *conforme confirmado pelos policiais militares a acusada confessou, assim que abordada, que estava guardando entorpecentes em sua residência*” (e-doc. 2, p. 84). A prisão em flagrante ocorreu em momento posterior, no interior da residência, quando verificada situação de flagrante delito pelo depósito de drogas.

19. Vale ressaltar que o eminente Relator, ao reconhecer a nulidade da confissão informal, parte de premissa segundo a qual **o preso** deve ser advertido, **pelos responsáveis pela prisão**, sobre seu direito ao silêncio e, assim, não produzir prova contra si mesmo por meio de confissão informal. Entretanto, o caso concreto não se amolda a essa premissa, pois a recorrente

confessou a prática de crime logo após ter sido abordada pelos policiais, isto é, **não havia pessoa presa, o que veio a ocorrer apenas após confirmação do que narrado por ela** .

20. A ampliação do direito à não autoincriminação de modo a alcançar o momento de prisão, em flagrante ou cautelar, parece, a meu sentir, mais do que razoável. No entanto, reitero, **não é o caso descrito nos autos** .

21. Com efeito, não é em toda e qualquer abordagem policial de suspeito que se discute a efetividade da faculdade de permanecer calado. Uma coisa é o alerta à pessoa presa, no momento da prisão, de que pode optar por se manter em silêncio; outra situação, completamente diversa, ocorre quando se aborda pessoa suspeita e, imediatamente após a abordagem, esta confessa a prática de crime. Nesta última hipótese, que equivale ao presente caso, não se mostra sequer possível aos agentes policiais, antevendo eventual confissão, se anteciparem ao suspeito e lhe informarem o direito de permanecer em silêncio.

22. Sendo assim, este caso se distancia do debate ainda pendente de definição no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, no RE nº 1.177.984-RG/SP (Tema RG nº 1.185). A própria delimitação do tema a ser julgado revela que a discussão **envolve obrigatoriamente pessoa presa** , pressupondo ter havido prisão antes de interrogatório informal. Confira-se a síntese do acórdão do julgamento pelo qual reconhecida a relevância do tema sob o ponto de vista social e jurídico:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ART. 5º, INCISOS LXIII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESO. DIREITO AO SILÊNCIO. INTERROGATÓRIO INFORMAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A controvérsia acerca da obrigatoriedade de o Estado informar **ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial** l, e não somente no interrogatório formal, é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.”

(RE nº 1.177.984-RG, Rel. Min Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 02/12/2021, p. 03/02/2022; grifos nossos).

23. Trazendo o debate para o mundo dos fatos, notem a evidente impropriedade de se exigir dos agentes policiais a advertência, a toda e

qualquer pessoa suspeita de crime por eles abordada, do direito de permanecer em silêncio, **antes mesmo de se confirmarem os elementos que respaldaram a suspeita** .

24. Caso superada a fundamentação exposta, **existem ainda mais três razões que levam ao desacolhimento do pedido da defesa** .

II.1. Nulidade: necessidade de demonstração do prejuízo

25. A primeira delas diz respeito à necessidade de comprovação do prejuízo para que se declare nulidade. A disciplina normativa das nulidades no sistema jurídico brasileiro é regida pelo postulado básico *pas de nullité sans grief* , disposto no art. 563 do CPP, que, nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello, “ *tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes* ” (HC nº 133.864-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/04/2018, p. 19/04/2018).

25-A. O princípio do prejuízo, pedra angular do sistema de nulidades, remete à ideia de que a forma processual não é um fim em si mesmo, é instrumento (meio) que permite se alcançarem determinadas finalidades. A doutrina pátria sobre o sistema de nulidades no processo penal, em especial a regência dos princípios do prejuízo e da causalidade como critérios para decretação da nulidade, assim registra:

“ (...) a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício ”.

(GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27).

26. Nesse sentido, consoante decidiu esta Suprema Corte “*a falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo* ”. (RHC nº 79.973/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 23/05/2000, p. 13/10/2000).

27. Na espécie, não se vislumbra prejuízo, já que a sentença condenatória foi fundamentada em diversos elementos probatórios independentemente da existência da confissão informal, a saber: **autos de apreensão e de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, laudo toxicológico, interrogatórios colhidos na fase investigativa e processual, nos quais a recorrente admite, novamente, o armazenamento de droga, depoimentos de testemunhas, dados e conversas telefônicas.**

II.2. Da Nulidade de algibeira

28. Ademais (segundo ponto), cumpre salientar que a defesa não suscitou a citada nulidade em momento processual anterior, **quando deveria** . Deixou de fazê-lo na defesa preliminar (e-doc. 1, p. 76-81), alegações finais (e-doc. 2, p. 51-75), razões de apelação (e-doc. 2, p. 93-119) e na inicial do *habeas corpus* formalizado no STJ (e-doc. 1, p. 3-19).

29. É assente nesta Corte que, *“no sistema das invalidades processuais [,] deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do venire contra factum proprium , em abono aos princípios da boa-fé e lealdade processuais”* (HC nº 104.185/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 02/08/2011, p. 05/09/2011). Do contrário, ter-se-ia como validada e incentivada a perpetração da chamada **“nulidade de algibeira”** ou **“nulidade de bolso”**, que ocorre quando a parte queda-se inerte no momento processual oportuno para se manifestar, deixando para suscitar a nulidade em ocasião posterior, buscando obter situação processual favorável. Nesse sentido:

“Agravos regimentais em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Paciente condenado à pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos de estelionato e falsificação de papéis públicos. 3. Nulidade não alegada na origem. Condenação transitada em julgado. Processo de conhecimento exaurido. Renúncia tácita ao direito de arguir a nulidade. Princípio da boa-fé objetiva processual. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RHC nº 178.258-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24/08/2020, p. 1º/09/2020; grifos nossos).

30. A caracterização da má-fé neste caso **é tão nítida** que a defesa, **ora alega não ter havido confissão informal** a fim de ver reconhecido desrespeito à inviolabilidade domiciliar, **ora alega ter havido**, visando dar respaldo à violação ao direito de produzir prova contra si mesmo. Para confirmar essa constatação, colaciono trechos dos pronunciamentos proferidos nas instâncias antecedentes:

“ Negou que tenha confessado aos policiais a propriedade das drogas, alegando que eles ingressaram na residência sem autorização . Por fim, negou que tivesse conhecimento das interceptações telefônicas realizadas, inclusive da conversa de sua namorada, Jéssica, com Moisés a respeito de sua prisão.” (sentença, e-doc. 2, p. 85).

“ Ainda, insiste que a agravante ‘não confessou quando da abordagem policial em via pública que possuía drogas em sua residência , assim longe de existir fundadas razões’ (fl. 355, grifei).” (Acórdão do *habeas* do STJ, e-doc. 22, p. 1; grifos nossos).

II.3. Renúncia ao direito de permanecer em silêncio

31. Por último (terceiro ponto), mesmo não se desconhecendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da obrigatoriedade em alertar o investigado ou acusado acerca do direito de permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação, entendo que **a falta dessa advertência não conduz à anulação automática do interrogatório**, sendo imprescindível que sejam observadas as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve, ou não, constrangimento ilegal. A esse respeito:

“INQUÉRITO - DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - ADVERTÊNCIA. A necessidade de a autoridade policial advertir o envolvido sobre o direito de permanecer em silêncio há de ser considerada no contexto do caso concreto . Sobressaindo o envolvimento de cidadão com razoável escolaridade - 2º Tenente da Aeronáutica -, que, alertado quanto ao direito à presença de advogado, manifesta, no inquérito, o desejo de seguir com o interrogatório, buscando apenas gravá-lo, sendo o pleito observado, e, na ação penal, oportunidade na qual ressaltada a franquia constitucional do silêncio, confirma o que respondera, inclusive

relativamente à negativa de autoria, não cabe concluir por vício, no que a ação penal fora ajuizada a partir do que contido nos autos do inquérito . (...).”

(HC nº 88.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 25 /09/2007, p. 1º/02/2008; grifos nossos).

32. No caso em tela, ficou evidenciado que **a acusada abdicou do direito de permanecer em silêncio** , já que, conforme o termo de interrogatório realizado na fase investigativa (e-doc. 1, p. 39), bem como os depoimentos prestados na fase judicial, quando foi interrogada por duas vezes, sendo a segunda oitiva realizada a pedido da defesa, apresentou versões dos fatos, espontaneamente , **não obstante ter sido lembrada, em todas aquelas ocasiões, de que poderia manter-se silente, optando, portanto, por não exercer o respectivo direito.**

33. Como dito, a recorrente teve oportunidade de se calar durante o processo-crime, porém assim não deliberou. Confira-se o veiculado na sentença:

“Em juízo, a acusada confirmou a prática do crime de tráfico de entorpecentes, alegando que passava por problemas financeiros. Disse que recebeu uma única ligação de Moisés, no dia 13, sexta-feira, por indicação de sua amiga Jéssica (vulgo “Jessiquinha”), que tinha conhecimento de sua situação financeira . Disse que foi oferecida a quantia de R\$500,00 para guardar os entorpecentes. Contou que a pessoa de nome “H” entregou as drogas em sua casa na sexta-feira, dia de sua prisão. Negou uso de drogas, afirmando que foi a primeira vez que guardou a cocaína. Confirmou que seu celular foi apreendido. Lida parte das mensagens existentes no celular, disse não se recordar de algumas, não sabendo informar como apareceram em seu aparelho. **Também negou conhecimento de vários contatos, como a pessoa de nome Matheus. Questionada sobre a versão apresentada em audiência de custódia, negou-a.** Negou que tenha confessado aos policiais a propriedade das drogas, alegando que eles ingressaram na residência sem autorização. Por fim, negou que tivesse conhecimento das interceptações telefônicas realizadas, inclusive da conversa de sua namorada, Jéssica, com Moisés a respeito de sua prisão. “

“ Quando reinterrogada, a pedido da Defesa , a acusada informou que a pessoa de Matheus, relacionada em seu celular, é, na verdade, Moisés e “H” era incumbido de levar e buscar a droga. Disse que, em certa oportunidade, no início de março, Moisés ofereceu para que guardasse entorpecentes em troca da quantia de R\$700,00. Confirmou

que guardou drogas em sua residência por duas vezes. Por fim, informou que foi ameaçada de morte por Moisés. (e-doc. 2, p. 85-86; grifos nossos).

34. Somado a isso, nas razões da apelação, a defesa postulou o reconhecimento do direito à atenuante da confissão, pedido acolhido pelo Tribunal de Justiça. Portanto, a defesa não só abriu mão do direito de permanecer em silêncio, como também buscou o benefício, na individualização da pena, decorrente da confissão prestada.

35. Parece-me um contrassenso vislumbrar inobservância ao direito em questão quando o respectivo titular não escolheu exercê-lo. A esse respeito, cabe retomar o que a Primeira Turma fez ver, de maneira elucidativa, no HC nº 78.708/SP, em caso semelhante:

“Em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, estou em que a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo”

O direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio — que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade — e a intervenção ativa (Theodoro Dias Neto, op. loc. cit., p. 189) quando oferece versão dos fatos se propõe a prová-la; ou seja, na expressão de Bertolino (apud Rogério L. Tucci, Direitos e Garantias Individuais no Proc. Penal Brasileiro, Saraiva, 1993, p. 392), a liberdade de “decidir y resolver lo que considera más conveniente, si callar o hablar, en orden al concreto proceso penal al que está sometido”.

O mesmo nexos de instrumentalidade entre o direito ao silêncio e suas salvaguardas e a livre opção entre duas modalidades contrapostas de defesa pode encontrar-se em valioso trabalho doutrinário de David Teixeira de Azevedo (O Interrogatório ao Réu e o Direito ao Silêncio, RT, 1982, 682/285, 290)

“O réu no interrogatório” — observa o autor — “poderá operar diretamente no convencimento judicial, produzindo elemento de convicção a seu favor, ou silenciar, evitando o nascer de elemento em seu desfavor”.

É que “o princípio da ampla defesa, conseqüente ao contraditório, desdobra-se em um aspecto positivo e outro negativo”: “sob o aspecto negativo” — que não se confunde com a ausência de defesa, explica — “a ampla defesa compreende a não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa”, abstenção que “deve inserir-se numa estratégia de defesa”.

No caso, é certo, preso em flagrante e após as diligências questionadas, na lavratura do auto, o paciente optou pelo silêncio (f. 49).

Até aí era-lhe dado, em tese, reclamar a desconsideração de informações auto-incriminatórias antes obtidas dele por agentes policiais, sem informá-lo do direito a silenciar.

A falta da informação eiva de nulidade a confissão e a nulidade da confissão — como é também da melhor jurisprudência da Suprema Corte — *Ashcraft vs Tennessee*, 322 US 143 (1944) —, se estende à prova testemunhal dela (in *Rev. Br. de Criminologia*, 1948, n. 3/142).

Sucedo que, em juízo, o paciente se retrata da opção inicial pelo silêncio, não só para contestar a veracidade da confissão informal que lhe atribuíam os policiais, mas também para contrapor-lhe versão diversa dos fatos em que ela se teria materializado. Lê-se no interrogatório judicial — f. 169:

(...)

Desde aí, até a sentença, é pela prevalência dessa versão exculpatória que se bate a defesa.

Convenci-me, o que me pareceu resultar da melhor literatura, de que, a partir do interrogatório e da conseqüente orientação da defesa técnica, o paciente abdicou do direito a manter-se calado.

Na linha das citações antecedentes, anotou também o lúcido Magalhães Gomes Filho (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Saraiva, 1991, p. 39), que só ao acusado “ cabe a opção de fornecer ou não a sua versão pessoal sobre os fatos que são objeto de prova ”. Se o fez, é inelutável concluir, escolheu o caminho da “ intervenção ativa ”, a que alude a doutrina germânica, resenhada por Theodoro Dias Neto (ob.loc.cit., p. 189).

Pode fazê-lo: mas a intervenção ativa não admite volta à escolha do silêncio nem às prerrogativas iniciais dela.

A contraposição de sua própria versão dos fatos à dos policiais subtraiu desta a pretensão de valer como relato de confissões informais do acusado.

Mas, de outro lado, tanto quanto a versão dos policiais reiterada em juízo — mas já despida de qualquer força de confissão indireta do réu —, também a dele passa a submeter-se à livre apreciação do juiz da causa, à luz da prova colhida na instrução (cf., sobre a doutrina germânica no ponto, Theodoro dias Neto, ob.loc.cit., p. 194).

(HC nº 78.708/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 09/03/1999, p. 16/04/1999; grifos nossos).

36. Diante do exposto, divergindo do eminente Relator, com as devidas vênias, **nego provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus***.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/04/2023