

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 119.040 - ES (2019/0303984-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : **MARCOS VENÍCIO MOREIRA ANDRADE**
ADVOGADO : **HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO(S) - ES003175**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por **Marcos Venício Moreira Andrade** – preso preventivamente e pronunciado como incurso nos crimes de homicídio qualificado e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Ação Penal n. 0000053-46.2019.8.08.0024) –, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (*Habeas Corpus* n. 0008785-88.2019.8.08.0000), assim ementado (fl. 228):

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ILICITUDE DE GRAVAÇÃO INFORMAL. PEDIDO DE RETIRADA DOS AUTOS. NÃO COMPROVAÇÃO. ILICITUDE E PRECLUSÃO DO ARROLAMENTO DE TESTEMUNHA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O assistente de acusação tem o direito de produzir provas, inclusive arrolando testemunhas.

2. Não há que se falar em preclusão da oportunidade de arrolamento de testemunhas pelo assistente de acusação, se a testemunha em questão foi arrolada na inicial acusatória, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Não é possível saber as circunstâncias em que foi feita a gravação informal, quem fez a mesma, se o paciente foi cientificado da gravação e do direito de permanecer em silêncio, ou mesmo se a gravação foi editada. Portanto, considerando os elementos de convicção existentes nos autos, é impossível reconhecer a ilicitude da gravação.

4. Em sede de *Habeas Corpus*, é inviável o exame aprofundado de fatos, de provas e de elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias para decidir.

Precedentes. STJ.

5. Ordem denegada.

Alega o recorrente que *na fase inquisitorial, logo após a prisão do ora recorrente, a autoridade policial fez uma gravação de uma "conversa informal" com o recorrente, mesmo tendo o recorrente afirmado que só prestaria depoimento na presença de seus advogados* (fl. 240).

Sustenta que como não foi informado do direito de permanecer calado, conforme faz prova depoimento de testemunha em juízo, tal elemento de informação deve ser desentranhado dos autos.

Informa que *mesmo tendo, tão logo preso em flagrante, afirmado "que por orientação de seus advogados, prefere se manter calado e apenas se manifestar em juízo sobre os fatos ocorridos." ainda assim o Delegado que presidia o Inquérito Policial fez a gravação de uma "conversa" entre o recorrente e aqueles que se encontravam em sua sala, contrariando a orientação do Supremo Tribunal Federal (fl. 243).*

Aduz que *embora sustentada quando da resposta à acusação a nulidade da gravação e a imprestabilidade dela, entendeu o Magistrado apontado coator de indeferir o pedido então realizado, tendo o Egrégio TJES, na mesma senda, denegado a ordem (fl. 243).*

Postula, então, o conhecimento e provimento liminar do recurso, a fim de que seja *reconhecida a ilegalidade da gravação informal, seja tal gravação - bem como as matérias jornalísticas que a tal gravação façam mensagem, seja retirada dos autos, bem como para impedir que sobre tal gravação sejam feitas menções - através de perguntas ou referências - quando das audiências e julgamento que vierem a ser realizadas nos autos da ação penal a que responde o paciente em razão da morte do ex Governador Gerson Camata e em tramitação pela la Vara Criminal de Vitória, ES (fl. 247).*

É o relatório.

A liminar deve ser deferida.

De fato, como tem entendido este Superior Tribunal, é ilícita a gravação de conversa informal entre os policiais e o conduzido ocorrida quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, se não houver prévia comunicação do direito de permanecer em silêncio.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. EXERCÍCIO DO DIREITO DE PERMANECER CALADO MANIFESTADO EXPRESSAMENTE PELO INDICIADO (ART. 5º, LXIII, DA CF). GRAVAÇÃO DE CONVERSA INFORMAL REALIZADA PELOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. ELEMENTO DE INFORMAÇÃO CONSIDERADO ILÍCITO. VULNERAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA LICITUDE DA PROVA COLETADA QUANDO UM DOS INTERLOCUTORES TEM CIÊNCIA DA GRAVAÇÃO DO DIÁLOGO. SITUAÇÃO DIVERSA. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO QUE DEVE PREVALECER SOBRE O DEVER-PODER DO ESTADO DE REALIZAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

1. Segundo o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

2. Apesar de ter sido formalmente consignado no auto de prisão em flagrante que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, existe, nos autos da ação penal, gravação realizada entre ele e os policiais que efetuaram sua prisão, momento em que não foi informado da existência desse direito, assegurado na Constituição Federal.

3. As instâncias ordinárias insistiram na manutenção do elemento de prova nos autos, utilizando, de forma equivocada, precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é considerada ilícita a gravação do diálogo quando um dos interlocutores tem ciência da gravação.

4. Tal entendimento não se coaduna com a situação dos autos, uma vez que - além de a gravação estar sendo utilizada para sustentar uma acusação - no caso do precedente citado estava em ponderação o sigilo das comunicações, enquanto no caso em questão está em discussão o direito constitucional de o acusado permanecer calado, não se autoincriminar ou não produzir prova contra si mesmo.

5. Admitir tal elemento de prova nos autos redundaria em permitir um falso exercício de um direito constitucionalmente assegurado, situação inconcebível em um Estado Democrático de Direito.

6. Ordem concedida para determinar o desentranhamento da mídia que contém a gravação do diálogo ocorrido entre o paciente e os policiais que efetuaram sua prisão da ação penal instaurada contra ele, pelo crime de tráfico de drogas, na Vara Criminal da comarca de Laguna/SC.

(HC 244.977/SC, minha lavra, Sexta Turma, DJe 9/10/2012 - grifo nosso)

No caso, o Magistrado singular consignou, em relação ao depoimento informal prestado pelo recorrente, que (fls. 69/71):

[...]

A defesa do réu, em resposta à acusação, requereu a "decretação de inépcia da denúncia por fundada em prova ilícita ou, em não o sendo, seja

determinado o desentranhamento do chamado 'depoimento informal' bem como sejam riscadas dos autos toda e qualquer menção feita a ilegal gravação."(fl. 477).

Perlustrando os autos, verifico que o laudo de exame cadavérico de fls. 64/65 comprova a materialidade do crime. A denúncia preenche todos os requisitos do Art. 41 do Código de Processo Penal, e contém a descrição dos fatos imputados ao réu de forma clara e objetiva, delimitada no tempo e no espaço, apoiando-se, ainda, em farta prova indiciária produzida na fase inquisitorial, suficiente a autorizar o acender das luzes do processo em relação ao acusado.

Os indícios de autoria não se resumem, única e exclusivamente, ao depoimento informal, eventualmente por ele prestado em procedimento preparatório. Do contrário, encontra-se lastreada na justa causa suficiente a deflagração da ação penal, seja pelos depoimentos formalmente colhidos pela Autoridade Policial, seja pelas demais provas periciais carreada aos autos do Inquérito Policial.

A cláusula constitucional de inadmissibilidade de vícios na fase inquisitorial se mostra cabível e adequada, via de regra, para provas obtidas por meio criminoso, pois, na hipótese da prática de ato de instrução com violação de regras processuais - prova ilegítima - as consequências ou sanções dela decorrentes estão cominadas no próprio ordenamento processual (e.g., laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial).

Em tais casos, impõe-se discutir a validade ou o âmbito de eficácia da prova tida como ilegítima, o que restaria prejudicado com o aludido desentranhamento, evidenciando seu descabimento no caso em apreço.

A par disso, não se constata, de plano, indícios de que o acusado tenha sido forçado ou coagido a falar. Em outros termos, não tem como concluir com segurança pela ausência de voluntariedade nas declarações prestadas.

Bem por isso é que a 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Penal 530, relatada pela Ministra Rosa Weber, j. 09.09.2014, concluiu que "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."

A garantia constitucional decorre do axioma "nemo tenetur se detegere", tendo, portanto, o objetivo de dar conhecimento aos suspeitos do direito de não se autoincriminarem ou, simplesmente, calarem-se. Essa a razão essencial ou o fundamento da norma.

Em resumo: se a prova não foi obtida por meio criminoso, se inexistem indícios da ausência de voluntariedade nas declarações e se possível o pleno conhecimento do direito de permanecerem em silêncio, a irregularidade apontada não tem como consequência a sanção jurídica pretendida, mesmo porque o procedimento ainda sequer havia iniciado e, assim, havia possibilidade de confirmação ou não do teor das declarações prestadas, tanto na esfera policial quanto em Juízo.

Ademais, a denúncia foi apresentada com base nos indícios de autoria colhido durante todo o inquérito policial, dentre os quais estão os depoimentos das testemunhas e imagens das câmeras de videomonitoramento do local dos fatos, motivo pelo qual não há razão para se acolher o pedido de desentranhamento da entrevista informal do acusado, que ao que tudo indica será valorada como mero indício dos fatos sub examine, na presente ação penal.

Assinalo que, caso a inicial acusatória estivesse embasada exclusivamente em inquérito viciado, deveria ser rejeitada por falta de justa causa, diga-se,

pela ausência de lastro probatório mínimo e idôneo ao início do processo, com fundamento no Art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Aliás, não é outro o entendimento dos tribunais superiores, que têm se manifestado reiteradamente no sentido de que eventuais vícios no inquérito policial não são capazes de contaminar ação penal.

[...] (grifo nosso)

Da análise dos trechos transcritos, concluo que a alegada gravação da conversa informal, de fato, ocorreu, bem como não houve advertência ao acusado sobre o direito de permanecer calado.

Também verifico que a denúncia parece estar calçada em outros elementos de informação, e não exclusivamente nas declarações do recorrente.

Assim, **defiro** o pedido liminar, apenas para determinar que seja desentranhada dos autos da Ação Penal n. 0000053-46.2019.8.08.0024 a gravação da conversa informal ou eventual transcrição dela dos autos, devendo o Magistrado singular se abster de utilizar tal elemento de informação, bem como fazer qualquer tipo de referência a ele durante a instrução criminal.

Comunique-se com urgência.

Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau, que deverá informar sobre o cumprimento da presente medida de urgência.

Após, ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Brasília, 10 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator