

09/03/99

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 78.708-1 SÃO PAULO

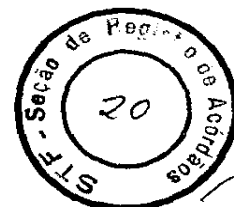
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: ALVARO BRANDÃO GIOMETTI
IMPETRANTES: ROBERTO DELMANTO E OUTROS
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado.

I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.

II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.

III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, 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, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.



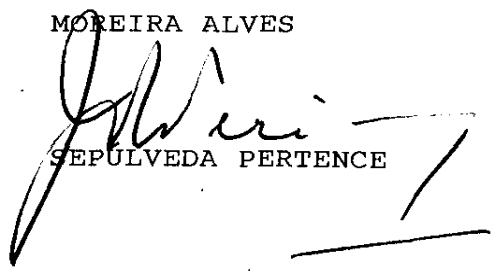
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de **habeas-corpus**.

Brasília, 9 de março de 1999.

MOREIRA ALVES -

PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE -

RELATOR

09/03/99

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 78.708-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: ALVARO BRANDÃO GIOMETTI
IMPETRANTES: ROBERTO DELMANTO E OUTROS
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Esta a denúncia acolhida quanto ao paciente Álvaro Giometti - por ambas as instâncias ordinárias (f. 20):

"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 11 de setembro de 1997, por volta das 12h40min, no edifício situado na Rua Abílio Soares, nº 989, Paraíso, nesta Cidade, e Comarca, ALVARO BRANDÃO GIOMETTI, qualificado às fls. 07 e 32, RICARDO MURILO JOSÉ RIOS E SILVA AVANCINI, qualificado às fls. 06 e 26, agindo previamente, ajustados e com identidade de propósitos, guardavam e tinham em depósito, para fornecimento e consumo por terceiros, o total de 1.611,1g (um mil, seiscentos e onze gramas e um decigrama) da substância entorpecente "Cannabis sativa L", distribuída em duas porções, determinadora de dependência psíquica, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Consta, ainda, que, no mesmo dia, no bar situado na Rua José Antônio Coelho, nº 816, Vila Mariana, nesta Cidade e Comarca, ÁLVARO foi surpreendido por policiais civis quando trazia consigo, para fornecimento a consumo por terceiros, quatro micro pontos da substância L.S.D., entorpecente determinador de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Consta, por fim, que, no mesmo dia, na Rua Abílio Soares, nº1251, apto. 1161, Paraíso, nesta Cidade e Comarca, PAULO PELTIER DE QUEIROZ NETO, qualificado às fls. 06 e 20, guardava e tinha em depósito, para



fornecimento a consumo por terceiros, inclusive pessoas menores de 21 anos, 45,3g (quarenta e cinco gramas e três decigramas) da substância entorpecente "Cannabis sativa L", determinadora de dependência psíquica, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Apurou-se que policiais do DENARC haviam recebido denúncia anônima de que uma pessoa com características físicas semelhantes às do denunciado ALVARO estava traficando entorpecentes no primeiro edifício acima referido.

Realizadas diligências no local, tal denunciado foi avistado dirigindo-se ao bar, onde veio a ser abordado e revistado, sendo encontrados em seu poder, dentro de sua carteira, os quatro micro pontos de L.S.D..

ALVARO admitiu ter "maconha" guardada no edifício onde residia, e, para ali se dirigindo, indicou aos policiais a caixa de luz do 2º andar do prédio como o local onde estava escondida, sendo ali apreendida uma porção de tal entorpecente.

Ainda por indicação de ALVARO, os policiais chegaram ao apartamento do denunciado RICARDO, no 12º andar do mesmo edifício, onde foi encontrada mais uma porção de "maconha", sob a forma de tijolo, dentro do guarda-roupas do quarto.

ALVARO, então, esclareceu ter adquirido ambas as porções do denunciado PAULO, residente em um flat situado na mesma rua, local por ele indicado, onde os policiais vieram a apreender mais uma porção de "maconha", dentro da gaveta do criado-mudo, sendo que no local, além de Paulo, encontravam-se o adolescente M.B.K., de 17 anos de idade, e seu irmão MARCUS Bitencourt Kolaniam, que ali estavam com o intuito de consumir entorpecente fornecido pelo primeiro.

As circunstâncias da prisão e a quantidade de entorpecente apreendido evidenciam que se destinava a fornecimento a consumo por terceiros."

Condenado o paciente em primeiro grau a três anos de reclusão por violação do art. 12 da Lei de Entorpecentes, nas razões



da apelação, a sua defesa — desde então confiada aos ilustres impetrantes — suscitou a preliminar de nulidade da decisão, pelo mesmo fundamento que agora lastreia o pedido de **habeas-corpus**: a violação do art. 5º, LXIII e LVI da Constituição, pois baseada a sentença em provas ilícitas, resultantes das informações prestadas pelo paciente aos policiais, logo após ser preso em razão do LSD encontrado em sua posse, e que possibilitaram a apreensão, nos locais a que os conduziu, dos dois volumes da maconha.

Lê-se nos pontos nucleares da impetração:

"Dispõe o art. 5º, inciso LXIII, da CR/88:

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

(...)

"Analisando o momento em que o preso deve ser informado de seus direitos, escrevem **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALRÃES GOMES FILHO**, respectivamente Professora Titular e Professores Associados de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP.

"A primeira observação é a de que, aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, **MESMO FORA E ANTES DO INTERROGATÓRIO**, são asseguradas as mencionadas garantias".

.....

"A doutrina estrangeira, há mais tempo afeta à garantia do pleno direito ao silêncio, assentou que o interrogatório do acusado ou **MESMO SUAS DECLARAÇÕES ESPONTÂNEAS** perante o órgão estatal somente são válidos **DESDE QUE** tenha havido informação sobre a **faculdade de calar**. Nem pode ser diversamente, sob pena de reduzir o direito ao silêncio e a

correspondente informação a meras fórmulas, vazias de conteúdo". (As Nulidades No Processo Penal, 3ª ed., Malheiros, ps. 71 e 73).

No mesmo sentido, o escólio dos já citados **MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA** e **MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES**:

"Cremos que, **DESDE O MOMENTO DA PRISÃO**, deve ser conferido e assegurado ao indivíduo o direito ao silêncio, e **NADA** do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si" (artigo citado, pág. 141).

Estes dois últimos autores trazem à colação, ainda, o entendimento, de igual teor, de **NAGIB SLAIBI FILHO** (Anotações A Constituição de 1988, Aspectos Fundamentais, 3ª ed., Forense, p. 262), para o qual se deve entender por interrogatório "não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva formal **OU INFORMAL** do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual penal - o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante" (artigo citado, pág. 141).

Neste caso, a prisão do paciente se deu no dia 11.9.97, "por volta das **12:40 horas**" (cf doc. 2, fls. 2, e doc.5, fls. 6).

O auto de prisão em flagrante, por sua vez, só foi lavrado "**às 23:25 horas**" do mesmo dia (doc. 5, fls. 6).

A diligência policial constou de **três etapas sucessivas**: a prisão do paciente no bar "Ponto de Encontro", localizado na rua José Antonio Coelho nº 816, Vila Mariana; a prisão de Ricardo no apartamento 51 -C, 5º andar (e não, 121-E, 12º andar), da rua Abílio Soares nº 989; a prisão de Paulo e a apreensão de Maurício no apartamento nº 1161, 16º andar, da mesma última rua, nº 1251 (cf. doc. 5, fls. 7 e 10).

Da leitura atenta do auto de prisão em flagrante se verifica que o paciente só foi informado do

seu direito de permanecer calado por ocasião da lavratura dessa peça (v. doc. 5, fls. 6 e 11).

Antes disso, em **nenhum momento** da diligência policial recebeu ele essa informação.

No entanto, já a partir do instante da sua prisão, Alvaro foi **interrogado** pelos investigadores que o prenderam".

Depois de confirmá-lo com a transcrição de passagens das declarações dos policiais no auto de flagrante, prosseguem os requerentes:

"Ao deporem em Juízo, os mesmos investigadores reiteraram **haver interrogado** o paciente durante a diligência policial, não afirmando, **em momento algum**, que antes de fazê-lo lhe informaram de seu direito constitucional de permanecer calado".

(...)

"O paciente, como já salientado, só veio a ser **informado** de seu direito constitucional de permanecer calado **no momento de seu interrogatório no auto de flagrante**, quando, no exercício desse direito, optou por ficar em silêncio".

(...)

Aplica-se ao presente caso a tese brilhantemente defendida pelo Prof. **ANTONIO SCARANCE FERNANDES**, em conferência proferida no 3º Encontro Nacional dos Advogados Criminalistas, realizado em outubro do ano passado, no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Naquela memorável ocasião, o insigne processualista e professor das Arcadas sustentou, a nosso ver de forma irretorquível, que, se o acusado, ao ser cientificado **durante** a lavratura do auto de flagrante do seu direito constitucional de permanecer calado, optou por exercê-lo, **nada do que porventura tiver dito anteriormente**, desde o momento da sua detenção, poderá ser



usado contra ele na sentença que o julgar, posto que não fora antes, ou seja, no momento de sua prisão, informado daquele direito.

Dispõe, a respeito, o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República:

"são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Assim, se o paciente, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, ao tomar conhecimento de que tinha o direito constitucional ao silêncio, usou desse direito e permaneceu calado, eventual confissão feita aos policiais antes da lavratura do respectivo auto (e antes, portanto, dele tomar conhecimento de seu direito constitucional) não pode ser usada como prova para embasar decreto condenatório, sob pena de violação daquela garantia constitucional e da conseqüente nulidade da sentença".

E adiante aduzem:

"O MM. Juiz Auxiliar da 15ª Vara Criminal, Dr. Marcelo Coutinho Gordo, a fim de motivar seu decreto condenatório, utilizou-se inúmeras vezes da suposta "confissão" do paciente feita aos policiais".

Criticam em seguida o acórdão que, para repeli-la, reduziu a falta da advertência do direito ao silêncio a simples irregularidade e encerram com o pedido liminar de soltura do paciente e, ao final, de concessão da ordem para anular a sentença que o condenou e tornar definitivo o relaxamento da prisão, dado o excesso de prazo caracterizado.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, pelo il. Subprocurador-Geral Edson de Almeida, opinou (f. 336):



"2. O pedido não comporta acolhimento.

3 . A nulidade ora ventilada só foi suscitada após a prolação da sentença condenatória. Até então, nada fora alegado pela defesa quanto à ilicitude da prova apurada no dia da prisão, sequer para buscar a invalidação do flagrante, só depois de proclamada a condenação é que surgiu a questão. É certo que da colaboração do paciente logo após a sua prisão, no período em que não constou ter sido ele advertido de seus direitos constitucionais, resultou a apreensão do restante do material entorpecente e o envolvimento dos co-réus (aos quais não socorre a garantia em questão, que diz respeito apenas à auto-incriminação). Entretanto, também é possível constatar que embora o paciente, ao ser informado de seus direitos Constitucionais, o que aconteceu no momento da formalização do flagrante com atraso de dez horas, tenha realmente optado por permanecer silente, nem por isso repudiou ou desautorizou as diligências anteriormente efetivadas. Ademais, como se colhe do pronunciamento do Ministério Público local, "em momento algum foi sequer mencionado que o apelante tivesse sido coagido a falar ou fazer algo contra sua vontade. Pelo contrário, por sua iniciativa foram localizados os locais onde se encontravam as porções de 'maconha", ele, pessoalmente, se encarregou de tirar do guarda-roupa de Ricardo uma delas, e indicou, ainda, a pessoa de quem as comprara. Não se vislumbra, portanto, qualquer tipo de ilicitude e, se constata, ainda, que a r. sentença condenatória não se fundamentou em nada do que o apelante disse nessa ocasião, mas sim em provas colhidas durante a instrução criminal, que demonstram as circunstâncias objetivas em que os fatos ocorreram, circunstâncias essas evidentes da prática do delito descrito na denúncia" (fls. 294/295).

4. Dentro desse quadro, sem desmerecer a garantia constitucional, que não se quer ver reduzida a uma fórmula inócua, penso que a irregularidade não assumiu a extensão propugnada pelos impetrantes, visto que não seria nem mesmo apta a invalidar a prisão cautelar (cuja legalidade, como esclarecido, nunca foi questionada) que, independentemente do que sucedeu após, já se justificava em razão da substância entorpecente que o paciente trazia consigo no momento em que abordado pelos agentes policiais.

5. isso posto, opino pelo indeferimento da ordem".

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'J' with a loop at the top and a tail that curves to the right.

09/03/99

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 78.708-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): As questões suscitadas com brilho na impetração são de iniludível relevância constitucional e a principal delas - a do direito do preso à informação do seu direito ao silêncio - ainda não foi encarada de frente pelo Tribunal, ao menos, depois de ganhar alçada constitucional, com o art. 5º, LXIII, da Lei Fundamental de 1988:

"Art. 5º (...)
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado..."

Certo, o direito ao silêncio - que não é só do preso, mas de qualquer acusado, uma vez se admita ser o "nemo tenetur se detegere", de que deriva, um corolário inevitável por sua vez, dos princípios do *due process of law*, da presunção de não culpabilidade e do processo acusatório - tem sido incidentalmente tratado em decisões da Casa.

Assim, relator do HC 69.818, de 3.11.92 (RTJ 148/213), aventei que, não obstante correto que à validade da "gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam, não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas", invocável seria, na hipótese, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, "o qual, entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus..."



Afirmou-se em princípio o direito ao silêncio, no HC 75.616, 7.10.97, rel. o em. Ministro Galvão, cuja relevância, porém, se afastou no caso, pois a condenação não se baseara na confissão do acusado; mas a garantia contra a auto-incriminação, base do direito a permanecer calado, serviu de fundamento - HC 77.135, 8.9.98, Galvão, Inf. 122 - a excluir a incriminação, a título de desobediência, da recusa de fornecer autógrafos para servir de padrão a perícias; no HC 69.929, 22.10.91, Celso de Mello (RTJ 149/494), já se extraía como afirmação doutrinária, do direito ao silêncio, a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração; "direito à mentira" que depois serviu de base para excluir a criminalidade da falsa negativa de reconhecimento pelo acusado de suas próprias assinaturas (HC 75.257, 17.6.97, Moreira Alves, DJ 29.8.97).

Parece, entretanto, ser inédita nos anais do Tribunal a discussão proposta por esta impetração de ponto nuclear da temática da garantia contra a auto-incriminação, como sejam os atinentes ao alcance do direito do preso, ou do interrogando em geral, à informação do seu direito a nada declarar, do momento em que o dever de informação se impõe e, sobretudo, da relevância processual da omissão da autoridade a respeito.

De logo - ao contrário do acórdão questionado - estou longe de reduzir essa omissão a mera e desprezível irregularidade.

O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional - a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em **Miranda vs Arizona** (384 US 436 (1966)), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira - porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação - **nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam** -, que a



persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.

Reduzir, em nome dos interesses da repreensão sem entraves, a recusa desse direito elementar à informação a uma mera irregularidade seria ignorar a séria advertência de **Goldberg** pela Suprema Corte americana em outro caso célebre de concretização da 5ª Emenda - **Escobedo vs Illinois** - 378 US 478 (1964) - **apud** Leda Boechat, *A Corte de Warren*, Ed. Civ. Brasileira, 1991, p. 204:

"Nenhum sistema de justiça criminal pode, ou deveria sobreviver, se a sua continuada eficácia depender de abdicarem os cidadãos, por ignorá-los, de seus direitos constitucionais (...). Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a eficácia de um sistema de execução de lei, então há algo de errado com esse sistema".

De outro lado, nas circunstâncias do caso, não basta - ao contrário do sustentado pela Procuradoria-Geral - que o paciente haja sido preso em flagrante, portando consigo quatro micropontos de LSD: ao menos para a classificação do fato no art. 12 da Lei de Tóxicos, foi essencial, na lógica da sentença, a quantidade da maconha apreendida posteriormente, segundo os policiais, em razão das informações obtidas do prisioneiro e que os impetrantes têm por viciadas, à falta da prévia advertência constitucional do direito a nada dizer.

É certo ainda que, na determinação do momento a partir do qual a informação do direito ao silêncio se faz exigível, não pode o aplicador da Constituição se atrelar a abstrações procedimentais, de modo a só reclamá-lo ao início do interrogatório formal.



"O risco a ser evitado" - anota Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos Direitos alemão e norte-americano, Rev. Br. Ciências Criminais, 1997, n. 19/179, 192) à luz da literatura e da jurisprudência alemãs - "é que a polícia interessada na eficiência da investigação, utilize-se indevidamente do seu poder discricionário, prolongando-se mais do que o necessário na esfera das 'indagações preliminares' para evitar o momento da instrução. Maiores esclarecimentos são necessários para evitar que as 'indagações informativas' se constituam instrumento de manobra para privar o acusado de seus direitos. À vista disso, sustenta Rogall, para que a instrução do direito ao silêncio possa cumprir com os seus objetivos é necessário que esta ocorra o quanto antes".

Essa mesma preocupação já estava presente em *Miranda vs Arizona*, quando prescreveu a Suprema Corte que as regras então estabelecidas à instrução sobre o direito ao silêncio - as célebres *Miranda rules* -, aplicam-se desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: "while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way".

Por isso, depois de notar que "antes do interrogatório policial ou judicial, deverá a autoridade processante advertir o interrogado sobre o seu direito de permanecer calado", Slaibi Filho (Direitos do Preso em Anotações à Constituição de 1988, Forense, 1989, 304, 317) adverte, porém, que por interrogatório é de entender "não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual-penal - o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante".



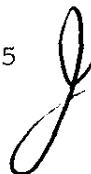
Tenho assim, que, em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente colhidas, assim como das provas delas derivadas.

No caso, entretanto, impressiona - e o parecer da Procuradoria-Geral da República o enfatiza - que "a nulidade ora ventilada só foi suscitada após a prolação da sentença condenatória".

Redarguí o memorial dos impetrantes com a afirmação de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho (*Nulidades no Processo Penal, Malheiros, 1992, p. 21*), de que "o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo, não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas".

Não estou longe de subscrever-lhes o ensinamento de modo a subtrair da preclusão formal, por falta de alegação oportuna, a nulidade conseqüente à infringência frontal de garantias constitucionais do acusado.

Mas, nem a nulidade absoluta, mesmo de fonte constitucional, pode fugir à exigência elementar da verificação de prejuízo. E aí ousou dissentir dos doutores citados (cf. ob. cit., p. 24), que, no entanto, eles mesmos, anotam adiante, com razão, não haver porque declarar a nulidade, "uma vez que a autodefesa não ficou prejudicada, nem a defesa afetada", na hipótese em que,



"apesar da inexistência de informação sobre o direito de calar, o acusado ou réu não tenha respondido às perguntas ou que, mesmo respondendo, tenha negado os fatos imputados".

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:

"Esclarece o interrogando que entrara num bar para tomar refrigerante quando foi abordado por policiais aos quais se adiantou dizendo que trazia consigo 4 micropontos de LSD; o interrogando havia adquirido esse entorpecente para experimentá-lo; esclarece o interrogando que já havia feito uso de maconha; o interrogando usa apenas maconha mas esclarece que não é dependente dela; o interrogando foi conduzido ao edifício onde mora em cujo 12º andar mora; todavia, no 10º andar, os policiais pararam o elevador e foram até uma portinha de fiação de telefone de onde retiraram um pacote de maconha; os

policiais queriam que o interrogando indicasse quem mais fazia uso de entorpecente na região; os policiais conduziram o interrogando até o prédio de trás onde mora Ricardo; os policiais entraram no quarto onde Ricardo estava e mandaram que se vestissem; logo em seguida, surgiram com outro pacote de maconha; o interrogando e Ricardo foram levados até a viatura e os policiais diziam que desceriam a rua para ir até a residência de um amigo do interrogando e de Ricardo; o interrogando concluiu que se tratava de Paulo e os policiais confirmaram; novamente o interrogando teve de tocar a residência de Paulo; o interrogando e Ricardo permaneceram na sala do apartamento enquanto os policiais invadiam o quarto de Paulo; segundo se recorda o interrogando os policiais saíram do quarto com uma pequena porção de maconha; conheceu os policiais Renato e Maurílio em razão da diligência e nada tem que alegar contra eles salvante no que diz respeito ao procedimento por ele adotados; conhece Maurício superficialmente e nada que alegar contra ele; não assistiu aos depoimentos colhidos no flagrante, limitando-se a assinar papéis que lhe eram exibidos e cujo conteúdo ignorava; nunca foi preso nem processado anteriormente. Afirma peremptoriamente o interrogando que Paulo e Ricardo não se conheciam até então".

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.

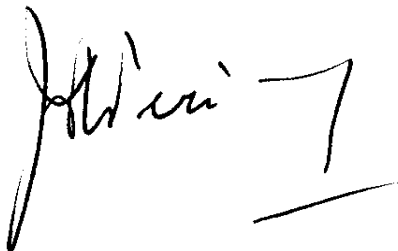
A contraposição de sua própria versão dos fatos à dos policiais subtraiu desta a pretensão de valer como relato de confissões informais do acusado.

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).

Essa a conclusão a que cheguei, a despeito do precioso trabalho dos impetrantes, que é forçoso testemunhar.

De tudo, indefiro a ordem: é o meu voto.

EBS/



EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 78.708-1

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE. : ALVARO BRANDÃO GIOMETTI

IMPTES. : ROBERTO DELMANTO E OUTROS

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de **habeas corpus**. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Roberto Delmanto e pelo Ministério Público Federal o Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista. 1ª. Turma, 09.03.99.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador