



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA

ACÓRDÃO N. 34619

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N. 0600470-43.2019.6.24.0000 - SANGÃO

RELATOR: JUIZ CELSO KIPPER

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 0600470-43.2019.6.24.0000

IMPETRANTE: RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO

ADVOGADO: RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO - OAB/SC49988

PACIENTE: JOSE FELIPE NAZARIO

ADVOGADO: RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO - OAB/SC49988

IMPETRADO: JUIZ DA 033ª ZONA ELEITORAL - TUBARÃO

HABEAS CORPUS – DELITOS DE CORRUPÇÃO ELEITORAL E INSCRIÇÃO FRAUDULENTA – ARTS. 299 E 289 DO CÓDIGO ELEITORAL – PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO – PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* – SUSPEITOS INADVERTIDOS DO DIREITO AO SILÊNCIO E À ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO NA POLÍCIA CIVIL, ONDE PRESTARAM COMPROMISSO DE DIZER A VERDADE COMO TESTEMUNHAS, E NÃO COMUNICADOS DESTE ÚLTIMO DIREITO NA POLÍCIA FEDERAL – ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 6.º, V, C/C ARTS. 185, *CAPUT*, E 186 DO CPP – DIREITO QUE TEM QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO, NÃO SÓ O PRESO, DE NÃO PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS – INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO – ART. 5.º, LVI, DA CARTA CONSTITUCIONAL – PROVAS OBTIDAS A PARTIR DAS CONFISSÕES – NULIDADE POR DERIVAÇÃO – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*) – DEMAIS DOCUMENTOS INSUFICIENTES PARA SUSTENTAR A EXORDIAL ACUSATÓRIA – DENÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NOS ATOS EIVADOS DE ILICITUDE E EM PROVA DELES DECORRENTE – INADMISSIBILIDADE – PREJUÍZO AOS RÉUS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSISTENTE EM RESPONDER À AÇÃO PENAL SEM JUSTA CAUSA – NULIDADE ARGUIDA NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE EM QUE OS ACUSADOS PUDEAM MANIFESTAR-SE NOS AUTOS – RECONHECIMENTO DA ILICITUDE, DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS

POR MEIO ILÍCITOS QUE FUNDAMENTARAM A DENÚNCIA, CONSTATAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS INDEPENDENTES E CONSISTENTES – TRANCAMENTO EXCEPCIONAL DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO PACIENTE E À SUA COMPANHEIRA, CORRÊ, QUE ACEITOU A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – ORDEM CONCEDIDA.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por maioria - vencido o Juiz Jaime Ramos - em conceder a ordem, determinando o trancamento da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033 em relação aos réus José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas, nos termos do voto do Relator.

Florianópolis, 21 de outubro de 2020.

JUIZ CELSO KIPPER, RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado, no dia 23 de dezembro de 2019, por Ricardo Bortolotto Martinello em favor de **José Felipe Nazário**, réu na Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033, que tramita na 33ª Zona Eleitoral - Tubarão, a fim de trancar a citada ação, “inclusive com a suspensão do cumprimento das obrigações relativas ao período de prova (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) impostas à ré **Graziela Ernesto Pinheiro**”.

Registro que os autos da ação penal encontram-se conclusos para sentença na 33ª Zona Eleitoral.

Após sustentar a legitimidade para impetrar o *habeas corpus*, assinalar a competência deste Tribunal para o julgamento do remédio constitucional e defender o cabimento do *habeas corpus*, o impetrante narrou que o Ministério Público Eleitoral ofereceu, em 5 de julho de 2018, denúncia em face do paciente, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 299 e 289 do Código Eleitoral – corrupção eleitoral e inscrição fraudulenta de eleitor, respectivamente. Explicou que a “acusação foi fundamentada, por expressa referência lançada na denúncia, nas informações documentadas às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro, sua companheira, na Delegacia de Polícia Civil)”, na qual consta que, nos meses que antecederam as eleições de 2016, outros réus ofereceram e prometeram dinheiro e vantagens, consistentes em drogas, cestas básicas e serviços, a eleitores com o fim de obter-lhes os votos; que o paciente teria solicitado vantagens, consistentes em cestas básicas, a Jonas Antonio Dias (Torradinha), candidato a vereador no Município de Sangão/SC, e crack, a Rafael Antonio Dias (Cazuza), em troca de votos; e, ainda, que o paciente “e sua companheira, Graziela Ernesto Pinheiro (...) ter-se-iam inscrito fraudulentamente como eleitores do Município de Sangão/SC, com base em declarações falsas de residência em imóvel daquela cidade, de propriedade de Jonas Pacheco Martins (Torradinha)”. Destacou que “o inquérito policial que apurou os fatos que suportam a acusação foi instaurado pelo Delegado de Polícia Federal em Criciúma” por requisição da Juíza da 33ª Zona Eleitoral deste Estado, e que a notícia de crime eleitoral foi extraída dos autos da ação penal n. 0001044-82.2016.8.24.0282 e remetida pelo Juiz da Vara Única da comarca de Jaguaruna/SC. Anotou que motivaram a realização dessa comunicação “a captura de diversos títulos de eleitor no local de cumprimento de mandado de busca e apreensão criminal (autos n. 0000918-32.2016.8.24.0282), executado no Município de Sangão/SC, e, especialmente no tocante ao paciente e à sua companheira, os depoimentos prestados na Delegacia de Polícia Civil, anexados às fls. 52-54 dos autos”. Informou que, segundo o relatório da Polícia Federal, elaborado exclusivamente com base nas informações coletadas pela Polícia Civil, o paciente declarara que, “por volta do mês de julho de 2016 ele e sua companheira teriam sido levados, por Rafael Antonio Dias (Cazuza), para realizar transferência do domicílio eleitoral, de Tubarão/SC

para Sangão/SC, apesar de residirem em Jaguaruna/SC”; que dissera “que os títulos ficariam, até a eleição, com Rafael Antonio Dias (Cazuza), dia em que receberia uns trocados e um pouco de crack em troca de votos no candidato Jonas Pacheco Martins (Torradinha); e que o paciente afirmara, ainda, ter sido orientado a dizer à polícia que os documentos eleitorais estariam na posse de Rafael Antonio Dias (Cazuza) para plastificar”. Relatou que Graziela Ernesto Pinheiro, conforme relatado pela Polícia Federal, confirmara a mudança do título de eleitor para Sangão, providência realizada posteriormente à visita de Rafael Antonio Dias (Cazuza); que dissera “que Rafael Antonio Dias (Cazuza) teria retido os documentos eleitorais, e que iria ajudá-los – ela e o paciente – com algo que precisassem”; que Graziela afirmara, ainda, “desconhecer o nome do candidato em que deveria votar e que apenas sabia que trabalhava em um posto de combustível em Morro Grande”. Consignou que o Cartório Eleitoral certificou que “o paciente e sua companheira ausentaram-se às urnas na eleição respectiva, e anexou-se aos autos os documentos referentes às transferências eleitorais de José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro”. Afirmou que na Delegacia de Polícia Federal, ouviram-se os acusados, inclusive o paciente e sua companheira, e que não houve elaboração de novo relatório, sendo a denúncia oferecida, nos termos já expostos. Pontuou que o paciente apresentou alegações escritas, ocasião em que “requereu a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa (art. 359, III, do CPP) ou, em caráter subsidiário, o reconhecimento da nulidade de atos praticados no curso da persecução penal, resultantes de ilegalidade, e daqueles que lhe seguiram, por contaminação (arts. 5º, LVI, da CF, e 573, § 1º, do CPP). Registrou que o Ministério Público Eleitoral pugnou pela rejeição dos pedidos formulados na defesa inicial do paciente, e que a Juíza Eleitoral recebeu as defesas preliminares e denegou os pedidos nelas formulados, decisão essa que, com a impetração do *habeas corpus*, impugna.

Na sequência, o impetrante argumentou que os elementos que embasaram a decisão impugnada “foram extraídos, essencialmente, de fontes ilegítimas, em clara inobservância ao direito constitucional à não auto-incriminação, com todos os seus consectários constitucionais (arts. 5º, *caput*, LIV, LV, LVI, LVII e LXIII, e 133, da CF) e legais (arts. 6º, V, e 185, *caput*, do CPP, e 2º, *caput*, e 7º, XXI, da Lei n. 8.906/1994)”. Aduziu que esses elementos são imprestáveis para corroborar as supostas práticas imputadas ao paciente e à Graziela Ernesto Pinheiro, pois a denúncia contra eles “foi elaborada, em essência, com base nas declarações contidas naquelas primeiras páginas – colhidas em estado de incontornável inconstitucionalidade”. Salientou que o paciente e a companheira foram chamados à Delegacia de Polícia Civil para esclarecerem fatos pertinentes à Ação Penal n. 0001044-82.2016.8.24.02.82 (em trâmite na Comarca de Jaguaruna/SC e que apura o tráfico de drogas) porque seus títulos haviam sido apreendidos na residência de um dos réus daquele processo (medida cautelar preparatória n. 0000918-32.2016.8.24.0282), sendo advertidos “das penas cominadas ao falso testemunho”, foram ouvidos enquanto testemunhas e sem a presença de advogado, e que, nessas condições, “é que declararam os fatos os quais, mais tarde, fundamentariam a instauração de inquérito policial e seriam empregados para embasar a consecutiva denúncia contra eles oferecida”. Asseverou que não há outra conclusão possível, a não ser a nulidade dos respectivos atos de inquirição e daqueles que lhes seguiram, porque o paciente e sua companheira foram chamados a cooperar com o Estado para a elucidação de suposto crime, “sem ressalva alguma quanto ao direito de permanecerem calados a respeito de indagações que lhes poderiam colocar em situação, pelo mesmo Estado, de auto-incriminação, tampouco quanto ao direito de constituir defensor (arts. 5º, LV e LXIII, da CF, 6º, V, do CPP, e 7º, XXI, da Lei n. 8.906/1994)”; pelo contrário, foram informados, diante da condição em que foram ouvidos, “das penas cominadas ao falso testemunho”, conforme documentado. Alegou que, mesmo que não se considerem contaminados, pelas inquirições realizadas na Delegacia de Polícia Civil, “os depoimentos tomados pela autoridade policial federal, dos quais o MPE igualmente se valeu para fundamentar a denúncia, são nulos, porque realizados também em desacordo com o que determina a Constituição Federal e a legislação de regência, na linha, mais uma vez, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”. Consignou que, a Polícia Federal não garantiu “ao paciente, nem à sua companheira, como deve ser feito em favor de qualquer investigado, preso ou solto, considerando as peculiaridades do caso concreto, o direito de ser assistido por advogado, normas constitucionais e legais foram desrespeitadas, o que maculou, para todos os efeitos, também a higidez dessas segundas inquirições, conforme compreendem o STF e o STJ”. Frisou que, segundo o STF, “não apenas ao preso, mas a qualquer investigado chamado a depor devem-se

resguardar os direitos ao silêncio, à assistência técnica, por profissional habilitado, especialmente nas coletas realizadas “em ambiente intimidatório” (STF, Rcl 33.711, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-6-2019) – informações que precisam, inclusive, constar dos termos de inquirição, a fim de viabilizar a supervisão judicial”. Aduziu que “o investigado até pode dispensar a prévia consulta a defensor, contratado ou nomeado, mas a garantia precisa ser verbalizada e documentada pelo agente do Estado responsável por tomar a declaração, especialmente nos casos de vulnerabilidade, de hipossuficiência jurídica, econômica e/ou social, como é o caso dos autos”, tendo em vista que, “em hipóteses assim, o investigado não é verdadeiramente livre para, sozinho, decidir com autonomia o próprio comportamento”. Destacou que, para o advogado bem desempenhar seu papel, “a legislação assegura ao defensor assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, com a seguinte consequência, se inobservado o preceito: nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente” (art. 7º, XXI, da Lei n. 8.906/1994)”. Asseverou também que, “segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as advertências a respeito dos direitos de permanecer calado e – por alargamento, decorrente da leitura constitucional que precisa ser feita do princípio do *nemo tenetur se detegere*, como compreendem o STF e o STJ, na linha dos precedentes já citados – e de constituir defensor devem ser expressamente registradas, exigem documentação formal por parte do Estado, o que não foi observado no caso dos autos”. Alertou que o paciente e sua companheira não foram indiciados, diferentemente do levado a efeito quanto a outros réus, e, sobre isso, chama a atenção para o fato de que “indiciar significa esclarecer a posição do investigado no meio de todos aqueles elementos que, no futuro, comporão o relatório a ser remetido ao Promotor/Procurador de Justiça natural; significa dar-lhe a chance de exercer, com o máximo de efetividade, os meios de defesa cabíveis, antes de passar à condição de réu, antes de ser surpreendido com a notificação para responder à subsequente ação penal”. Ressaltou ser “flagrante a ilegalidade/inconstitucionalidade persecutória”, pois, “após sofrer numerosos abusos na Delegacia de Polícia Civil, onde o paciente entrara – assim como sua companheira – para cooperar, na condição de testemunha, na apuração de esquema de tráfico de entorpecentes, tornou-se verdadeiro objeto de investigação pela suposta prática de crimes eleitorais”; e que, “depois, novamente objetificado, foi chamado – assim como sua companheira – para, mais uma vez sob as penas da lei (condução coercitiva), comparecer perante a Polícia Federal, sem conhecer o direito de retirar-se do recinto da inquirição, sem sofrer medida penal alguma, sem lhe ser oportunizado sequer o conhecimento da possibilidade de constituir defensor, para esclarecer fatos que lhe eram imputados, mesmo sem indiciamento, mesmo sem a capacidade sequer de ler e compreender o que acontecia”. Afirmou que, “na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pela leitura que fazem da Constituição Federal, considerando o contexto dos autos, analisado como um todo, em virtude do injusto atentado, promovido na persecução penal, inclusive ao princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, da CF), os depoimentos tomados do paciente e de Graziela Ernesto Pinheiro pela autoridade policial federal são nulos, para todos os efeitos”, alcançando a nulidade todos os atos subsequentes, “inclusive os praticados durante a fase judicial, independentemente do estágio em que o processo se encontre”. Registrou que esses depoimentos, “pelas condições em que extraídos, não poderiam sequer ter servido para embasar a deflagração de investigações contra o paciente e sua companheira” e “com maior razão não poderiam servir de fundamento da acusação”. Sustentou que “embora o Ministério Público Eleitoral haja registrado, ao ajuizar a ação, que as informações ali presentes também constavam das fls. 109/110, referentes às prestadas à autoridade policial federal, os depoimentos com conteúdos determinantes – em especial quanto à suposta configuração do crime previsto no artigo 289 do Código Eleitoral – para consolidar a narrativa da acusação foram aqueles anexados às fls. 52-54, tomados pela Polícia Civil”. Argumentou que “os depoimentos prestados à Polícia Federal, por si, somados aos demais documentos, não demonstravam indícios de autoria e materialidade suficientes para sustentar uma ação penal, nos moldes exigidos pela Constituição, contra o paciente” e consignou que “desconsiderado o material ilegítimo (fls. 52-54), o restante não suporta, suficientemente, a narrativa lançada na denúncia”.

O impetrante requereu, em síntese: **a)** o deferimento do pedido de liminar, para que fosse sobrestado, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* pelo colegiado deste Tribunal, o andamento da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033 e fosse suspenso o cumprimento das

obrigações impostas à ré Graziela Ernesto Pinheiro, atualmente em período de prova, quanto a condições da suspensão condicional do processo que acordara na origem (art. 89 da Lei nº 9.099/1995); **b)** a concessão integral da ordem de *habeas corpus*, ao final, para declarar as nulidades apontadas, com **(I)** o reconhecimento da contaminação das provas decorrentes do vício originário (art. 573, § 1º, do CPP), **(II)** a determinação dos respectivos desentranhamentos, e **(III)** o trancamento da ação penal ajuizada contra o paciente, por ausência de justa causa, quanto à prática de todos os delitos descritos na denúncia (arts. 289 e 299 do CE) ou, em caráter subsidiário, especialmente do crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE); **c)** “sucessivamente, concedida a ordem para o trancamento parcial da ação penal, no tocante ao crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE), a intimação do Ministério Público Eleitoral para oferecimento de proposta, favorável ao paciente, de suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995), medida que passará a ser cabível, considerando a pena mínima cominada em abstrato para o crime de corrupção eleitoral (arts. 284 e 299 do CE), único que restaria apurável na demanda”; **d)** sucessivamente, a extensão subjetiva dos efeitos do julgamento para beneficiar a ré Graziela Ernesto Pinheiro, com o trancamento da ação penal ajuizada em seu desfavor, na qual lhe foi imputada exclusivamente a prática do crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE), e o reconhecimento do prejuízo das exigências aceitas no acordo de suspensão condicional do processo.

O presente *habeas corpus* foi recebido, em regime de plantão, pelo então Presidente deste Tribunal, Desembargador Cid José Goulart, que, na sua decisão, consignou não ter verificado a existência dos requisitos necessários para a análise do pedido liminar naquele momento, pois “a Resolução TRESCE n. 7.838/2011 limita a atuação dos plantonistas aos casos de manifesta urgência, destinados a evitar o perecimento do direito ou a assegurar a liberdade de locomoção, consoante prevê o art. 4º do citado diploma” (ID 350805).

Conclusos os autos, indeferi o pedido de liminar, por não reconhecer presentes os requisitos para sua concessão, uma vez que não vislumbrei, de plano, constrangimento ilegal que causasse lesão de difícil reparação (ID 3630505).

O impetrado prestou informações (ID 3720705).

Com vista dos autos, o Procurador Regional Eleitoral opinou pela denegação da ordem (ID 3743005).

Conclusos os autos, o impetrante requereu a juntada das transcrições dos depoimentos judiciais coletados nos autos das cartas precatórias n. 060001-85.2019.6.24.0100 e n. 59-19.2019.6.24.0010.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CELSO KIPPER (Relator):

1. O impetrante ingressou com *habeas corpus*, com pedido de liminar, a fim de trancar, total ou parcialmente, a Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033, no qual o ora paciente, **José Felipe Nazário**, figura como réu, ante a suposta prática dos crimes previstos nos arts. 289 e 299 do Código Eleitoral, que estabelecem:

Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor:

Pena – reclusão até 5 anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Requer, também a extensão dos efeitos da decisão à corré **Graziela Ernesto Pinheiro**, que, segundo a denúncia, teria praticado o delito previsto no art. 289 do CE, beneficiada com a suspensão condicional do processo.

Conforme anteriormente relatado, após analisar a petição inicial e os documentos que instruem o *habeas corpus* em julgamento, indeferi o pedido de liminar, por entender que não se vislumbrava constrangimento ilegal que causasse iminente lesão de difícil reparação, permissivo para a concessão da medida extrema, e que o caso deveria ser melhor analisado.

O impetrante pretende sejam declarados nulos os depoimentos prestados pelo paciente e pela corré Graziela na fase inquisitorial. Alega, para tanto, em apertada síntese, que a denúncia contra eles formulada pelo Ministério Público Eleitoral foi fundamentada expressamente nos depoimentos por eles prestados na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54 dos autos físicos da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033) e na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109-110 dos mesmos autos), que seriam nulos, porquanto, no primeiro, além de o paciente ter prestado depoimento sob coação do Policial Civil Alex, não foram ambos advertidos dos direitos de permanecerem em silêncio e de constituírem advogado para acompanhá-los, tendo sido ouvidos como testemunhas, prestando inclusive o compromisso legal de dizer a verdade, e, no segundo, apesar de terem sido advertidos do direito de permanecerem calados, não foram informados de que teriam o direito de ser assistidos por advogado.

Passo à narrativa dos fatos que deram origem à denúncia, recebida pelo Juízo apontado como coator.

Em um procedimento de investigação criminal por tráfico de drogas, a Polícia Civil de Jaguaruna realizou, **no dia 11-08-2016**, uma operação de busca e apreensão no município, autorizada pelo Juízo da Vara Única da Comarca daquele município (autos n. 0000918-32.2016.8.24.0282). Entre os objetos apreendidos na residência de Rafael Antonio Dias, na qual foram encontradas quantidades significativas de entorpecentes, estavam onze títulos eleitorais.

Aquela delegacia de polícia passou, então, no mesmo dia, a interrogar os envolvidos presos em flagrante (Luiz Francisco de Oliveira Neto e Lesligiane Martins Francisco), que foram expressamente cientificados, segundo consta dos respectivos termos, dos fatos em seu desfavor e dos direitos constitucionais de permanecer em silêncio e de ter assistência de advogado.

Em seguida, em **17-08-2016**, passaram a ser colhidos os depoimentos de **possíveis testemunhas** (pessoas cujos títulos eleitorais foram encontrados na operação), **advertidas estas apenas das penas cominadas ao falso testemunho e compromissadas**.

Após essas oitivas, encontrando indícios da prática de crimes eleitorais, o Juiz de Direito que dirigia o inquérito na Vara Única da Comarca de Jaguaruna remeteu cópia dos autos ao Juízo da 33ª Zona Eleitoral – Tubarão, contendo o Auto de Exibição e Apreensão, em que constam os nomes que figuravam nos 11 títulos eleitorais apreendidos na casa de Rafael Antonio Dias, um dos investigados pelos supostos crimes de tráfico de drogas, e os termos de interrogatório e de depoimento colhidos no inquérito policial até aquele momento.

Ouvido o Ministério Público, o Juiz Eleitoral requisitou a abertura de inquérito à Delegacia de Polícia Federal de Criciúma. Recebidos os autos, o Delegado de Polícia Federal elaborou relatório, **indiciando apenas Jonas Pacheco Martins, candidato ao cargo de vereador no Município de Sangão, conhecido como Torradinha, pela prática do delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral** (corrupção eleitoral), e devolveu os autos ao Juízo da 33ª Zona Eleitoral - Tubarão.

Com vista dos autos, o Ministério Público Eleitoral requereu que o Cartório Eleitoral certificasse a situação cadastral dos eleitores cujos títulos haviam sido apreendidos e que **juntasse cópias dos documentos apresentados por José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro para transferir o domicílio eleitoral para o Município de Sangão**. Também pleiteou o retorno dos

autos à Delegacia de Polícia Federal de Criciúma, a fim de que **fossem novamente ouvidos alguns dos depoentes do inquérito policial originário – inclusive José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro** –, bem como fossem realizadas outras diligências, interrogatórios e indiciamentos que se fizessem necessários. Por fim, **juntou cópias dos títulos eleitorais apreendidos nos autos n. 0001044-82.2016.8.24.0282, que havia requerido ao Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruna.**

Os documentos solicitados foram juntados aos autos e o paciente e sua companheira foram, então, ouvidos no novo inquérito, no qual apesar de serem comunicados sobre o objeto da investigação e o direito de permanecerem em silêncio, não consta do termo que lhes foi informado o direito de serem acompanhados por advogado.

Certificando não ter ouvido apenas Mateus Cardoso Rocha, por se encontrar em lugar incerto e não sabido, a Polícia Federal devolveu os autos ao Juízo da 33ª Zona Eleitoral e, com vista dos autos, o Ministério Público Eleitoral ofereceu denúncia contra diversos investigados. José Felipe Nazário foi denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 299 e 289 do CE (corrupção eleitoral e inscrição fraudulenta) e Graziela Ernesto Pinheiro apenas pelo crime do art. 289 do CE (inscrição fraudulenta).

2. Inicialmente, a respeito dos documentos juntados posteriormente pelo impetrante, o *habeas corpus* exige que as provas da alegada ameaça de constrangimento ilegal ou de sua consumação sejam apresentadas com a impetração, ou seja, trata-se de processo em que a decisão está vinculada a provas pré-constituídas, não admitindo dilação probatória. Nesse sentido, transcrevo ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NULIDADE DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. MAGISTRADO QUE TERIA ANTECIPADO O JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO. INDEFERIMENTO DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS DA DEFESA. RÉU CIENTIFICADO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS. EIVA NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

(...)

2. O rito do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo acusado, ônus do qual não se desincumbiu a defesa, exercida por profissional da advocacia.

3. Cumpre à defesa zelar pela correta formação do caderno processual que será apresentado à apreciação judicial, em respeito ao princípio dispositivo que vige no ordenamento jurídico pátrio, resguardando-se, assim, a necessária imparcialidade do órgão julgador.

4. É ônus do impetrante instruir corretamente a ação constitucional com toda documentação necessária à apreciação das alegações nele formuladas no momento da sua apresentação, não se admitindo a posterior juntada de documentos imprescindíveis ao exame do pedido e que não foram anexados tempestivamente. Precedentes.

(...)

(AgRg no HC 543.744/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 28/11/2019).

Por essa razão, não conheço dos documentos inoportunamente juntados pelo impetrante (ID 4034105), tendo por desnecessário, neste caso, o seu desentranhamento.

3. Assevera o impetrante que o paciente José Felipe Nazário teria sido coagido pelo policial Alex quando prestou depoimento na Delegacia de Polícia Civil.

A respeito, extraio do interrogatório do ora paciente na audiência realizada no Juízo da 33ª Zona Eleitoral (degravação efetuada pelo impetrante):

(...)

A SRA. JUÍZA – Sei, uhum. Alguma coisa a mais que o senhor queira esclarecer sobre isso?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Não, sobre isso aí não. **A única coisa que eu queria esclarecer é sobre o Alex. Não sei se vocês vão me perguntar depois, isso... Passou lá com ele, outra mentira, que eu comprei um carrinho, aí minha mulher disse: “Tu vais encostar o carro aí?”. Aí disse: “Vou”. Aí ele me pegou que eu não tinha carteira.**

O SR. PROMOTOR DE JUSTIÇA – Alex o policial, no caso?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – É o policial. Daí ele botou... quando ele pegou já tirou o revólver dali, botou (*ininteligível*), “ah, agora eu te peguei, tu não tens carteira. O teu carro só vai sair daqui... Tá vendo teu carro ali? Tu vai ter que falar tudo aqui, pode falar...” Ai me sentei, comecei a chorar e tudo, eu disse “Meu Deus”, eu comecei a pensar, eu disse “vou ter que falar alguma coisa, e perguntar se tem alguma coisa para ele poder...” porque eu não tenho carteira, o único carrinho que eu tenho. Aí foi onde que eu falei que peguei um baseadinho...

A SRA. JUÍZA – Mas ele disse o que o senhor tinha que dizer?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Não. Isso é... Mas a gente já nos...

A SRA. JUÍZA – Mas como o senhor sabia que ele queria que o senhor dissesse isso?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Ah, mas do jeito que ele me tratou ali, era a única solução. Não tem como ce ta ali. Ele bate, coisa e coorr. “Seu vagabundo” e coisa. “Não vai, não vai, teu carro não vai sair do lugar”. Do jeito que... Não tem como uma pessoa entender, o meu não, meu carro ficava. Tinha que ser o meu sim.

A SRA. JUÍZA – Mas como o senhor sabia que ele queria que o senhor falasse sobre essa situação envolvendo o Jonas, envolvendo o Rafael, seu José?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Não, porque ele pegou e disse assim “Não, rapaz, cê já tá aí até coisado”. Eu disse: “Ow, meu irmão, vou falar uma coisa pro senhor”. A hora que eu falei, já se alterou. Disse: “Meu irmão, não. Eu sou policial”. Já tirou o revólver, já veio, fez até assim em mim. Aí eu disse “meu deus” Aí minha mulher me olhou chorando e já queria até entrar. **E a minha mulher já foi totalmente diferente, cafezinho, isso e aquilo.** A minha mulher, coitada, nunca se envolveu, até hoje. Nunca, nunca. Também nunca viu eu usar nada, graças a Deus, por que eu sempre respeitei meus filhos dentro de casa, e coisa. Mostrar pra ela é a mesma coisa que mostrar nada...

A SRA. JUÍZA – Uhum.

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – E até hoje ela pega no meu pé. Eu disse: “Ow, mulher, mas a gente não foi fazer título?”. Mas mesmo assim, até hoje...

A SRA. JUÍZA – Graziela é sua mulher?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – É, minha esposa.

A SRA. JUÍZA – Ah, ela é sua mulher?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – É, minha mulher.

A SRA. JUÍZA – Ela veio junto pra fazer o título?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Ela veio junto, veio junto.

A SRA. JUÍZA – Tá. E foi nessa volta daqui que vocês foram pegos?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Não, daí eu tive que ir lá na polícia ali, no delegado. Daí até troquei uma casinha que eu tinha nesse carrinho. Aí ela disse: “Não vai, você não tem carteira”, mas eu, como... eu encostei o carro bem na frente, ele começou a olhar, olhar, “Aquele carro ali é teu?”, “É meu”, “Tens carteira?”, “Não, não tenho carteira”. “Ah, tu não tens carteira?”. Aí foi onde eu disse “Agora...”. Aí...

(...)

O SR VÂNIO JOSÉ CORRÊA VIANA (defensor Jonas Pacheco Martins) – Só um esclarecimento. Seu José, o senhor falou que na delegacia o senhor se sentiu ameaçado, intimidado, pelas atitudes do policial Alex. Mas isso era em relação aos títulos de eleitor? Porque naquele procedimento era um processo de tráfico de entorpecentes. O senhor se sentiu... Queria que o senhor falasse alguma coisa sobre essa situação eleitoral ou sobre o tráfico de entorpecentes na época lá? O que ele estava perguntando ao senhor?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Olha, o que eu senti não foi nem por causa de (*ininteligível*), porque a pessoa chega ali ditando aquele tipo ali, a gente vai saber, né, o que passa... Que hoje em dia a gente vê tanta coisa, que eu vou dizer bem a verdade pra ti, a gente não sabe se pede ajuda para um ou para outro. Do jeito que ele se alterou ali, eu acho que a gente tem que se respeitar. Por mais que a gente esteja lá em cima, eu acho que tudo vai dar uma conversa, não (*ininteligível*).

A SRA. JUÍZA – Mas a pergunta do Doutor, seu José, é a seguinte: Essa força que ele fez a mais para o senhor falar, era naquele processo que ele estava investigando o tráfico de drogas e o Cazuza, ou era dessa questão eleitoral envolvendo o Jonas?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Ah, o que ele queria mais...

A SRA. JUÍZA – É...

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Era saber da droga, né, das coisas, de droga...

A SRA. JUÍZA – Da droga?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – É, de título de eleitor ele nem quase perguntou.

A SRA. JUÍZA – Sobre a droga. Tá.

O SR VÂNIO JOSÉ CORRÊA VIANA (defensor Jonas Pacheco Martins) – Tá certo.

(...) (grifei)

Essa narrativa de coação somente surgiu no processo por ocasião do interrogatório de José Felipe Nazário em Juízo, razão pela qual nada foi perguntado ao policial Alex Etevaldo de Souza, que prestou depoimento antes desse ato.

No mesmo sentido, insinuou, em seu interrogatório, o réu da mesma ação penal Rafael Antônio Dias – acusado de tráfico de drogas na ação que tramita na Justiça Estadual e de compra de votos para o candidato Torradinha na ação penal-eleitoral –, que o policial Alex, por não gostar dele, teria coagido José Felipe Nazário e Matheus (Mateus Cardoso Rocha, corréu ouvido como testemunha no inquérito na Polícia Civil, mas não encontrado para ser interrogado pela Polícia Federal e pelo Juízo Eleitoral), a prestarem declarações contra ele na fase inquisitória. Transcrevo esse trecho do depoimento de Rafael Antônio Dias:

(...)

A SRA. JUÍZA — O seu Rafael e o senhor desde que foi preso não usou mais nada?

O SR. RAFAEL ANTÔNIO DIAS – Não. Já em liberdade eu já tava parando com tudo, né, que eu já sabia que o Alex tava em cima de mim porque eu tava pedindo voto. O Alex nunca gostou de mim. Teve uns ainda que ele chegou até a ameaçar. Eu queria até trazer esse Matheus, que não conseguimos (*sic*) entrar em contato. Ele fazia serviço comunitário na delegacia e ele forçou esse rapaz a falar bastante mal de mim também.

A SRA. JUÍZA — Mas falar mentiras?

O SR. RAFAEL ANTÔNIO DIAS – É, pra dizer que eu dei droga pra ele pra ele votar no candidato.

A SRA. JUÍZA — E não aconteceu?

O SR. RAFAEL ANTÔNIO DIAS – Não, eu até queria achar ele, tentei achar ele e não consegui, pra ele (*ininteligível*) isso. Que nem, esse que saiu daqui também, ó, ele foi a mesma coisa. E ele apreendeu até o carro dele porque ele se esqueceu, foi lá na delegacia dar o depoimento e foi com o carro atrasado, porque ele vendia peixe, que é pobre também. O delegado disse: “Não, daqui tu vai sair de a pé se não der o depoimento”. Aí ele deu o depoimento.

A SRA. JUÍZA — Uhum, tá. Alguma coisa mais que o senhor queira esclarecer disso tudo aqui?

O SR. RAFAEL ANTÔNIO DIAS – Não...

(...)

Apesar de se tratar de elementos que poderiam sugerir algum abuso na coleta dos depoimentos na polícia civil, entendo que não há provas contundentes de que isso realmente ocorreu. Como se sabe, o contexto de um depoimento policial pode ser muitas vezes hostil, principalmente para quem não está acostumado com o ambiente policial. Também é sabido que alguns abusos ocorrem e precisam ser investigados e punidos e, claro, também não se desconhece que, no mundo do crime, muitos investigados alegam falsamente o uso indevido da força policial para se verem livres de depoimentos indesejados.

Apenas esses dois réus narraram a suposta intimidação – um deles após ouvir o interrogatório do outro. É muito comum que testemunhas de delitos que possuam algum tipo de relacionamento com o réu, quando questionados sobre o motivo para o depoimento, relatem que foram pressionados pela polícia. Isso se dá muitas vezes por vergonha de ser apontado como delator ou

mesmo por medo, pois, no caso concreto, o inquérito apurava o crime de tráfico de drogas, que muitas vezes envolve associações criminosas conhecidas pela violência.

Note-se que, neste caso, muito embora Rafael tenha acabado de ouvir o interrogatório de José Felipe – que contou, em síntese, que foi pressionado porque não possuía carteira de motorista, mas não teve o carro apreendido, e que a pressão que o policial fez foi porque queria saber sobre a droga, não sobre os títulos eleitorais, a respeito dos quais quase não perguntou –, ele disse que o carro de José Felipe foi apreendido porque estava “atrasado” (referindo-se, ao que tudo indica, a impostos e taxas) e que o policial queria saber sobre a compra de votos. Dessa forma, o declarado por Rafael, a meu sentir, não comprova a suposta coação sofrida pelo paciente em seu interrogatório na delegacia de polícia.

José Felipe nada contou no interrogatório em Juízo de coerente sobre os fatos supostamente ocorridos na Delegacia de Polícia Civil de Jaguaruna, tendo muita dificuldade em narrar o que o policial teria dito que o levou a entender que precisava contar fatos que não eram verdadeiros. Afirmou que teve que dizer que tinha pegado um “baseadinho”, quando, de fato, se lê no depoimento prestado na delegacia de polícia que ele não falou isso, e sim que era usuário de drogas, *crack* e maconha, que comprava com o Rafael.

Se a coação policial realmente ocorreu – ou se o ora paciente apenas se sentiu pressionado pelo fato de ter sido chamado a prestar depoimento em delegacia, o que se supõe não seja agradável para ninguém, muito menos para aqueles que flertam com o mundo do crime, consumindo drogas –, não restou comprovada nos autos. Ademais, entendo que isso não possui grande relevância no caso concreto, uma vez que, segundo José Felipe, o policial Alex fez pressão para que ele falasse sobre as drogas, “de título de eleitor ele nem quase perguntou”.

Este Tribunal, ao apreciar recurso criminal em que também se alegava coação policial, afastou as alegações, pela fragilidade das provas apresentadas e também porque a suposta coação teria recaído em depoimento irrelevante, relacionado a fato sequer denunciado. Transcrevo a parte pertinente de ementa:

- RECURSOS CRIMINAIS - CRIMES ELEITORAIS - SUPOSTA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO ELEITORAL (ART. 299 DO CE) E DE TRANSPORTE DE ELEITORES (ART. 11, III, C/C ART. 5º DA LEI N. 6.91/1974) - CONDENAÇÃO NO JUÍZO ELEITORAL.

(...)

- PRELIMINAR - NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL - SUPOSTAS ILICITUDES PRATICADAS PELO DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL NA CONDUÇÃO DOS TRABALHOS INVESTIGATIVOS - ALEGAÇÃO DE GRITOS, AMEAÇAS E COAÇÃO A TESTEMUNHAS, PRESENÇA DE UM TERCEIRO POLICIAL ARMADO NA SALA ONDE FORAM PRESTADAS AS DECLARAÇÕES, SEM QUE TENHA ASSINADO OS TERMOS DE DEPOIMENTO, E AUSÊNCIA, NOS AUTOS, DO TERMO DE DEPOIMENTO DE UMA TESTEMUNHA QUE SE DISSE AMEAÇADA PELO POLICIAL - ALEGAÇÕES OBJETO DE QUESTIONAMENTO ÀS TESTEMUNHAS EM JUÍZO - TESTEMUNHAS QUE, MESMO DIZENDO QUE SE SENTIRAM AMEAÇADAS, NÃO NARRARAM NENHUM FATO TECNICAMENTE COERENTE COM AS ALEGAÇÕES DOS RECORRENTES - SENSAÇÃO DE INTIMIDAÇÃO NORMAL EM AMBIENTE POLICIAL, DECORRENTE DA ADVERTÊNCIA ACERCA DAS SANÇÕES COMINADAS AO FALSO TESTEMUNHO E DA EXPOSIÇÃO DOS ELEMENTOS ANTERIORMENTE OBTIDOS MEDIANTE OS PROCEDIMENTOS CAUTELARES DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E DE BUSCA E APREENSÃO EM COTEJO COM AS VERSÕES DOS DEPOENTES - TESTEMUNHAS QUE AFIRMARAM NÃO TEREM SIDO OBRIGADAS A DIZER À POLÍCIA AQUILO QUE NÃO QUERIAM - GRAVAÇÕES PARCIAIS DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO A DEMONSTRAR QUE, MESMO NOS PONTOS DE ATRITO, O DELEGADO CONDUZIU AS INQUIRIÇÕES SEM AMEAÇAR OU COAGIR OS DEPOENTES - LEITURAS DOS TERMOS DE

DEPOIMENTO LAVRADOS PELA ESCRIVÃ E APRESENTAÇÃO DE OPORTUNIDADE PARA A RETIFICAÇÃO, CASO AS TESTEMUNHAS ENTENDESSEM NECESSÁRIO - PRESENÇA DO TERCEIRO POLICIAL NA SALA DURANTE OS DEPOIMENTOS SEM INQUIRIR TESTEMUNHAS - INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE ASSINAR OS TERMOS - POLICIAL ARMADO QUE, SEGUNDO AS TESTEMUNHAS, MANTEVE O REVÓLVER VISÍVEL, PORÉM GUARDADO "NA CINTURA" - MERO PORTE DE ARMA DECORRENTE DAS FUNÇÕES DO SERVIDOR PÚBLICO, SEM UTILIZAÇÃO DO ARMAMENTO PARA INTIMIDAÇÃO DE TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A SUPOSTA TESTEMUNHA, CUJO TERMO NÃO TERIA SIDO JUNTADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL, PRESTOU DEPOIMENTO À POLÍCIA - DEPOIMENTO DESSA TESTEMUNHA EM JUÍZO REPORTANDO-SE A AMEAÇAS, CONCLUINDO, PORÉM, QUE REALMENTE FALOU NAQUELA OPORTUNIDADE APENAS O QUE SABIA - DEPOIMENTO IRRELEVANTE PARA A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, RELACIONANDO-SE A FATO SEQUER DENUNCIADO - REJEIÇÃO.

(...)

(TRE-SC. RECURSO CONTRA DECISOES DE JUIZES ELEITORAIS n 1963, ACÓRDÃO n 33.396 de 19/11/2018, Relator(a) Juíza LUÍSA HICKEL GAMBA, Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 214, Data 29/11/2018, Página 5-7).

Dito isso, rejeito a alegação de coação no depoimento do paciente.

4. A segunda alegação é de que não foi respeitado, tanto na Polícia Civil quanto na Federal, o direito fundamental de não autoincriminação, que tornaria ilícitos os depoimentos prestados pelo ora paciente e por sua companheira, Graziela e, conseqüentemente, pela vinculação, tornaria nula a denúncia formulada pelo Ministério Público Eleitoral e recebida pelo Juízo *a quo*.

A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, LXIII:

Art. 5º (...)

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

(...)

O art. 6º, V, do Código de Processo Penal preconiza:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no [Capítulo III do Título VII, deste Livro](#), devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

(...)

O Capítulo III do Título VII a que se refere o dispositivo reproduzido trata "Do Interrogatório do Acusado", o que significa dizer que, por força do disposto no inciso V do art. 6º do CPP, aplicam-se aos inquéritos policiais os arts. 185, *caput*, e 186 da mesma norma, que dispõem, *in verbis*:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

(...)

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

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

Transcrevo a ementa de julgado do STF a respeito da aplicação da prerrogativa contra a autoincriminação:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DEFERIDO.

- **O privilégio contra a auto-incriminação** - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - **traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.** - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. **O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.** Precedentes.

(HC 79812, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00091 EMENT VOL-02019-01 PP-00196 grifei).

Extrai-se, portanto, da citada ementa, que, em homenagem ao princípio *nemo tenetur se detegere*, não só o preso, mas qualquer cidadão intimado em procedimento investigatório possui o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo – inclusive testemunhas, como assentou diversas vezes o Supremo Tribunal Federal.

Retornando à narrativa, verifica-se que, apreendidos na residência de Rafael Antonio Dias os onze títulos eleitorais, junto com entorpecentes, dinheiro e materiais utilizados para embalar e comercializar drogas, primeiro foram interrogados dois supostos envolvidos no tráfico de drogas presos em flagrante, que nada disseram com relação aos títulos de eleitores.

A apreensão dos títulos eleitorais na casa em que encontradas grande quantidade de entorpecentes, dinheiro e instrumentos que apontavam, pelo menos em tese, o comércio de drogas, já sugeria a possível prática de ilícitos eleitorais. Todavia, mesmo que a autoridade policial não tivesse vislumbrado, ainda, a possibilidade de crime eleitoral, com a oitiva do primeiro eleitor, Mateus Cardoso Rocha, foi evidenciado o possível motivo pelo qual os títulos eleitorais foram apreendidos na casa de Rafael e que, se confirmados os fatos por ele narrados, poderiam

configurar o delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral, que prevê a corrupção ativa e a corrupção passiva.

Eis, no que interessa, o depoimento de Mateus na Delegacia de Polícia de Jaguaruna, colhido em **17-08-2016**:

(...) **Que o depoente reconhece seu título de eleitor ora apreendido nos autos**; Que diz o declarante que é usuário de cocaína a mais de três anos; Que desde que passou a usar drogas, vem comprando-as de Rafael Antônio Dias “Cazuza” e também em uma boca na Mina 4 em Criciúma; (...) **Que em certo dia quando estava em uma festa política, “Cazuza” procurou o depoente e perguntou: “...queis 5 grama para vota no meu candidato Torradinha?...”**; Que nesse dia teria negado a proposta; Que em uma outra festa política, festa do “Torradinha” em um Bar próximo à casa de Cazuza, esse chegou mais uma vez e lhe fez novamente a proposta:... quis 05 gramas pra vota no meu candidato; Que então resolveu aceitar a proposta, sendo que Cazuza lhe exigiu o título e disse: “... no dia da eleição tu vai e vota, e olha a cor da camisa do Torradinha, e vem aqui e me diz que te dou 05 gramas de cocaína; Que após esse dia e ter entregue o título a ele, não teve mais contato com “Cazuza”. (...)

(grifei)

Portanto, a partir daquele momento, o paciente e sua companheira, cujos títulos foram encontrados no mesmo local, passaram a ostentar, no mínimo, a condição de suspeitos, razão pela qual deveriam ter sido informados do direito ao silêncio e de se consultarem com advogado. Não poderia o Delegado de Polícia Civil, no meu entendimento, ter ouvido os eleitores como testemunhas, tomando-lhes o compromisso de dizer a verdade, já sabendo que provavelmente estariam envolvidos no delito de corrupção eleitoral.

Todavia, depois de Mateus Cardoso Rocha ter prestado o depoimento supratranscrito, José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro foram ouvidos pela Delegacia de Polícia Civil de Jaguaruna, **como testemunhas compromissadas, em 23-08-2016**, não sendo previamente cientificados do direito constitucional de permanecerem em silêncio e de se consultarem com um advogado, pois isso não constou dos respectivos termos. Eis o teor dos depoimentos:

José Felipe Nazário. Advertido das penas cominadas ao falso testemunho, aos costumes disse nada, sendo compromissado na forma da Lei. Inquirido, às perguntas respondeu: QUE diz ser usuário de drogas a mais de 05 anos, sendo que usa crack e maconha; Que há aproximadamente 03 meses vem comprando drogas de Rafael Antônio Dias vulgo “Cazuza”; Que quando sai da praia pra comprar as drogas ia diretamente na casa do “Cazuza”, em média umas duas vezes por semana, sempre que compra em média de duas a três pedras por vez; Que para comprar drogas com “Cazuza”, às vezes vinha à noite e às vezes durante o dia, sempre que chegava na casa dele tinha droga pra vender; Que já comprou drogas diretamente com “Cazuza”, com a mulher dele, mas na maioria das vezes em que comprou era com a empregada dele, na qual reconhece como sendo Elisiane Francisco Balduino; Que para comprar drogas na casa de Cazuza era fácil, era só chegar no porto e pedir 20 ou 30 pedras que um dos três que estivessem ali serviam a droga; **Que certo dia, mais ou menos há uns 30 dias atrás, “Cazuza” foi até a sua casa em Campo Bom fazendo campanha para Jonas Torradinha, e disse que estaria trabalhando pra ele**; Que “Cazuza” teria levado o depoente e sua esposa até o cartório eleitoral em Tubarão para transferir seu título para Sangão, mesmo morando em Jaguaruna; Que o título ficou pronto na hora e no retorno quando chegaram em sua casa “Cazuza” disse que ficaria com os títulos; Que o depoente achou estranho o fato dele ficar com os títulos, quando então “Cazuza” informou que no dia da eleição lhe daria uns trocados e também um pouco de “crack”; Que diz que teria frisado que queria um “negocinho” (crack), que “Cazuza” teria dito: “...fica frio no dia eu te dou...”; Que diz que em certo dia quando foi

comprar drogas na casa de “Cazuza”, estava lá a pessoa de “Jonas Torradinha”, quando “Cazuza” disse: “...olha esse aqui que é nosso vereador ó...”, momento em que foi em sua direção e apertou a mão dele (Jonas Torradinha)...”; Que de vez em quando encontrava Jonas no posto onde trabalha; Que após esse dia teria tentado falar com Cazuza mas não teria conseguido; Que sua mulher sabe que o depoente é usuário de drogas, porém não sabe onde o depoente compra drogas; **Que há uns três dias atrás teria estado no bar do pai do “Cazuza”, para pegar uma orientação sobre a intimação, pois não sabia o que dizer na polícia, quando então o pai dele disse que era pra falar que teria deixado o título com “Cazuza” para plastificar;** Que o depoente está com muito medo dessa situação.

(grifei)

Graziela Ernesto Pinheiro. Advertida das penas cominadas ao falso testemunho, aos costumes, disse nada, sendo compromissada na forma da Lei. Inquirida, às perguntas respondeu: QUE a depoente é esposa de José Felipe Nazário a mais de 18 anos; Que tem conhecimento de que seu marido é usuário de drogas, porém de tanto a declarante brigar com ele, esse nunca fez uso de qualquer entorpecente na sua frente, até porque a declarante não usa; Que diz não saber onde seu marido compra drogas; Que seu marido já falou a depoente que vinha comprar drogas no “Cazuza”, na qual já teria estado com seu marido vendendo salgados na casa dele, porém teria ficado esperando no carro; **Que certo dia “Cazuza” teria estado na casa da depoente para o casal fazer o título para votar em Sangão; Que não sabe o nome desse candidato, mas sabe dizer que ele trabalha num posto de gasolina em Morro Grande; Que Rafael Antonio Dias teria dito que era pra deixar os títulos com ele, que esse iria ajuda-los com algo que precisassem; Que então os títulos ficaram com o Cazuza; Que não sabe se “Cazuza” teria prometido drogas a seus esposo em troca de votos.**

(grifei)

Como se vê, eles responderam perguntas que os poderiam incriminar. Nesse contexto, impossível crer que o delegado de polícia não tenha aventado a possibilidade de que os corréus José Felipe e Graziela, cujos títulos eleitorais foram encontrados na casa de supostos traficantes, no período eleitoral, estivessem na mesma condição de Mateus Rocha Cardoso, possivelmente envolvidos no delito de compra de votos. No depoimento dos corréus é possível ver que José Felipe acaba narrando a prática de corrupção eleitoral e de inscrição fraudulenta, enquanto Graziela conta fatos que a ligam somente ao segundo ilícito, segundo a denúncia.

Destaco que, no entendimento do STF, o direito ao silêncio é composto também pelo direito de ser advertido de seu direito ao silêncio, conforme o seguinte precedente em que se discutia a condução coercitiva:

(...)

Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado.

(ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019).

No HC 171438, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Intimação de investigado para comparecimento compulsório à Comissão Parlamentar de Inquérito, sob pena de condução coercitiva e crime de desobediência. 3. Direito ao silêncio e de ser acompanhado por advogado. Precedentes (HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.2.2001). 4. Direito à não autoincriminação abrange a faculdade de comparecer ao ato, ou seja, inexistente obrigatoriedade ou sanção pelo não comparecimento. Inteligência do direito ao silêncio. 5. Precedente assentado pelo Plenário na proibição de conduções coercitivas de investigados (ADPF 395 e 444). 6. Ordem concedida para para convolar a compulsoriedade de comparecimento em facultatividade.

(HC 171438, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020 – grifei).

Destaco, também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o seguinte julgado, que tratou de situação semelhante, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA. I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II – **O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio.** II – **Ordem concedida.**

(HC 136331, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 26-06-2017 PUBLIC 27-06-2017).

Extraio, do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, o seguinte trecho:

Conforme relatado, a paciente foi interrogada na fase inquisitorial, todavia “não lhe foi transmitido nem assegurado o consagrado direito constitucional ao silêncio, tendo sido questionada a respeito dos fatos a ela imputados como se testemunha fosse” (pág. 2 do documento eletrônico 1).

De fato, o termo de inquirição da paciente não registra qualquer menção à advertência formal do direito ao silêncio (págs. 17-19 do documento eletrônico 1).

Esta Suprema Corte já assentou, em mais de uma ocasião, que, seja na condição de investigado ou de testemunha, o paciente tem o direito de permanecer em silêncio, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesmo, conforme lhe assegura o art. 5º, LXIII, da Carta da República. Incide, na hipótese, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, invoco a decisão proferida no RHC 122.279/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, da qual reproduzo o seguinte excerto:

(...)

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos

processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

(...)

Titular do direito é não só o preso, mas também qualquer acusado ou denunciado no processo penal.

(...)

Não há dúvida, porém, de que **a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio, como já acentuou o Supremo Tribunal, torna ilícita “prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não” (HC 80.949, rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-12-2001)**”.

Desse modo, seja na condição de investigado ou de testemunha, a paciente tem o direito de permanecer em silêncio, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesma, conforme lhe assegura o art. 5º, LXIII, da Carta da República. Incide, na hipótese, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Por essas razões, concedo a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade do processo a partir da inquirição da paciente.

Portanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal considerou nulo processo em que, ao não se advertir formalmente investigada ouvida como testemunha do direito ao silêncio, violou-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois se permitiu que produzisse provas contra si mesma.

Na mesma senda, destaco outro aresto, também da Segunda Turma da Suprema Corte:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha. 4. Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal. 6. Recurso provido.

(RHC 122279, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – grifei).

Extraio do voto condutor do acórdão, proferido pelo Min. Gilmar Mendes, as seguintes passagens:

Conforme relatado, o recorrente teria furtado um telefone celular de um colega de caserna. Instaurado o Inquérito Policial Militar, foram inquiridas testemunhas. Durante a oitiva do recorrente (como testemunha), após afirmar versão diversa para os fatos, solicitou ao encarregado do IPM que fossem desconsideradas suas declarações e confessou o furto.

Recebida a denúncia e indeferido o *habeas corpus* no STM, o recorrente reafirma nesta Suprema Corte a ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, assevera a nulidade da denúncia e pleiteia o trancamento da ação penal.

(...)

O artigo 186 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, dispõe sobre o direito ao silêncio.

(...)

Em julgado mais recente sobre o tema, a Segunda Turma do STF, nos autos do HC 94.601/CE, de relatoria do ministro Celso de Mello, DJe 11.9.2009, voltou a reafirmar a necessidade de respeito ao direito ao silêncio, ressaltando que esse privilégio contra a autoincriminação configura prerrogativa decorrente da cláusula do devido processo legal.

Eis a ementa desse julgado na parte em que interessa:

“A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA *PERSECUTIO CRIMINIS*.

- O exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com bases em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de participação ativa nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes”.

No julgamento do HC 101.909/MG pela Segunda Turma do STF, relator Ministro Ayres Britto, novamente, o respeito ao direito ao silêncio restou fortalecido:

“A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da não-auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito” (DJe 19.6.2012).

Por todo o exposto, no presente caso, entendo assistir razão à defesa.

Conforme bem destacou a PGR, a denúncia apoiou-se unicamente na confissão do recorrente. E essa confissão é inválida.

Como retratado no termo de inquirição (fl. 19), o soldado Arley foi ouvido inicialmente na condição de testemunha, sendo formalmente advertido do dever de dizer a verdade. Nesse momento, negou qualquer contribuição para o fato. No curso da inquirição, optou por confessar o crime. Constou do termo:

“Até este momento o Sd Arley respondia às perguntas até que pediu para que o escrivão do presente Inquérito desconsiderasse tudo o que havia sido declarado, confessando que estava mentindo e, a partir de então, diria toda a verdade, enfatizando, inclusive, que foi ele mesmo, Sd Arley, que subtraiu o telefone celular.”

Na sequência do termo, a confissão é detalhada.

Ou seja, houve um momento da inquirição em que, claramente, o inquirido manifestou a intenção de confessar o crime. Nesse momento, há uma mudança na relação do depoente com a investigação, passando da condição de testemunha à condição de suspeito.

Para validade das declarações subsequentes, a autoridade deveria ter respeitado, a partir de então, as regras do interrogatório. Ou seja, deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio. Isso não aconteceu – ou ao menos não foi registrado.

Portanto, tal declaração não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado.

Desse modo, acolhendo a manifestação da Procuradoria-Geral da República, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus* para reconhecer a inépcia da denúncia, sem prejuízo de reapresentação, desde que a nova peça venha apoiada em outros elementos de prova.

O caso concreto se amolda perfeitamente aos precedentes citados. Porém, é ainda mais grave, pois, além do depoimento de Mateus, resta comprovado, nos autos, que aquela Delegacia de Polícia Civil já possuía conhecimento da possível compra de votos para o candidato Jonas Pacheco Martins (conhecido como Torradinha), mediante o pagamento com substâncias entorpecentes oferecidas por Rafael Antonio Dias (vulgo Cazuza), não encontrando fortuitamente o delito apenas depois do primeiro depoimento, como se poderia pensar. Trata-se do depoimento prestado em Juízo, na Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033, pelo policial Alex Etevaldo de Souza, nos seguintes termos:

O SR. ALEX ETEVALDO DE SOUZA — Nós estamos numa investigação pertinente por tráfico de drogas contra o Rafael. Ele já tinha sido preso um ano antes por tráfico. Infelizmente ficou 20 dias apenas preso e quando solto ele voltou aí a cometer novamente crimes de tráfico. **Quando nós estávamos preparando para juntar elementos para solicitar mandado de busca na casa dele, chegou uma informação para nós que ele estaria angariando votos para o Jonas, vulgo Torradinha, e essa angariação seria em troca por drogas, mais justamente crack.**

O SR. PROMOTOR DE JUSTIÇA — Você pode precisar melhor que tipo de informação chegou para vocês...

O SR. ALEX ETEVALDO DE SOUZA — É que ele tava... Ele seria um cabo eleitoral do Jonas...

O SR. PROMOTOR DE JUSTIÇA — Não, tudo bem, você já explicou. Mas quem que levou? Era o informante? Vocês tinham... Vocês estavam no meio de uma investigação...

O SR. ALEX ETEVALDO DE SOUZA — Investigação policial...

O SR. PROMOTOR DE JUSTIÇA — Tinha escuta telefônica, tinham...

O SR. ALEX ETEVALDO DE SOUZA — Não, não tinha não. **Eram só informações paralelas que corriam lá no meio de, de, de, de... consumidores de droga, que o Rafael — o Cazuza, como era conhecido — tava trocando votos, o Cazuza, por droga.**

O SR. ALEX ETEVALDO DE SOUZA — Era um... Seriam os... Os soldados do Rafael que estavam vendendo droga para ele em Jaguaruna. A Gigi... Um casal. A Gigi (*ininteligível*), que a Gigi era mãe da babá que trabalhava na casa dele em Sangão. Então havia uma ligação muito forte nesse sentido.

Então quando nós executamos a busca nesses dois alvos paralelos, encontramos vasta quantidade de drogas na casa do Cazuza. Arma, droga, munição, muita droga pronta, 500 pedras de crack prontas já para a venda, outras sendo preparadas, maconha e cocaína, arma e munição, e também encontramos lá quase um... uma dezena... é, desculpa, dez a doze títulos de eleitor guardados juntos. Aquilo me chamou a atenção, porque a minha investigação já dava conta dessa informação, então apreendemos esses títulos eleitorais. Alguns deles, Vanderson Moretti e o menino Rocha aí — qual o nome dele? —, o Matheus Rocha, já eram conhecidos nossos no meio policial. O Vanderson por várias práticas de crime e consumo de drogas, o Matheus também. **Eu resolvi (*ininteligível*), apreendemos esses títulos eleitorais e decorrendo o bojo do próprio inquérito eles foram intimados a comparecer na delegacia para prestar declarações.**

Portanto, tendo em vista o depoimento do policial Alex, restou claro que ainda antes das prisões e apreensões e da localização dos títulos eleitorais já havia chegado ao conhecimento daquela Delegacia de Polícia a informação de que Rafael, envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes também estaria trocando drogas por votos para o candidato a vereador conhecido como Torradinha. De posse dos títulos eleitorais, não era difícil para a polícia imaginar que aqueles documentos poderiam estar relacionados à compra de votos. Inclusive, disse o policial no seu depoimento, que a apreensão dos títulos chamou muita a sua atenção, por causa da informação anterior, de que o cabo eleitoral de Torradinha, o Rafael, vulgo Cazuza, estaria trocando drogas por votos. E mesmo assim, ao invés de serem o paciente e a sua companheira advertidos dos seus direitos de permanecerem calados e de estarem representados no ato por advogado, isso não ocorreu; pelo contrário, foram compelidos a prestar o compromisso de dizer a verdade, sob pena de serem processados por falso testemunho.

Em situação semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECORRENTE QUE JÁ VINHA SENDO INVESTIGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, A DESPEITO DE TAL CONDIÇÃO NÃO TER SIDO OFICIALIZADA. PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: DIREITO QUE TEM QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO DE NÃO PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI, MESMO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM DEPOIMENTO PRESTADO PERANTE O PARQUET, EM QUE FOI INTIMADA FORMALMENTE COMO TESTEMUNHA. PROVA ILÍCITA. DESENTRANHAMENTO QUE SE IMPÕE. TRANCAMENTO *TOUT COURT* DO PROCESSO-CRIME: MEDIDA QUE, ENTRETANTO, NÃO SE MOSTRA POSSÍVEL, POIS NÃO SE REVELA INEQUÍVOCA A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSTURA QUE EQUIVALERIA À APLICAÇÃO IRRESTRITA DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. VALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Hipótese na qual a Recorrente foi denunciada como incurso no art. 299, caput, do Código Penal, sob a acusação de que, no exercício do seu ofício de perita avaliadora, inseriu falsa declaração em laudo de avaliação de bens para possibilitar a outro Corréu praticar fraude fiscal.

2. A exordial acusatória foi assinada em 30 de julho de 2010. Antes, porém, em 12 de julho de 2010, a **Recorrente, sem qualquer indicação formal de que vinha sendo investigada pelo cometimento do delito de falsidade ideológica, foi notificada pelo Ministério Público Federal "para prestar depoimento" (apenso, fl. 97). Da ata do termo de declaração - no qual restou inclusive consignado que, caso não respondesse às perguntas formuladas por Promotores de Justiça, incidiria no crime de falso testemunho -, infere-se que foi obrigada a responder objetivamente sobre condutas que, menos de vinte dias após seu depoimento, ensejaram sua denúncia pelo Parquet Estadual, acusada de inserir "falsa declaração no laudo de avaliação dos bens oferecidos à integralidade do capital" das empresas Pinhal Agropecuária S.A. e Transviva Transportes S.A., constituídas para que Euclécio Luiz Pelizza fraudasse o pagamento de dívidas e execuções. Conclui-se que nitidamente ela, quando de sua oitiva pelos Promotores, já ostentava a condição de investigada pela suposta prática do delito de falsidade ideológica, ainda que não formalmente.**

3. **O direito do investigado ou do acusado de não produzir provas contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio *nemo tenetur se detegere* (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado, repita-se, a produzir quaisquer provas contra si.**

4. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, "nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o *Bill of Rights* norte-americano" (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 25/03/2008).

5. **"Privilégio constitucional contra a auto-incriminação: garantia básica que assiste à generalidade das pessoas. A pessoa sob investigação (parlamentar, policial ou judicial) não se despoja dos direitos e garantias assegurados" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ de 25/03/2008).**

6. Precedentes citados da Suprema Corte dos Estados Unidos: *ESCOBEDO V. ILLINOIS* (378 U.S. 478, 1964); *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436, 1966), *DICKERSON V. UNITED STATES* (530 U.S. 428, 2000). CASO *MIRANDA V. ARIZONA*: Fixação das diretrizes conhecidas por *MIRANDA WARNINGS*, *MIRANDA RULES* OU *MIRANDA RIGHTS* (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ de 25/03/2008).

7. **Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.**

8. **"Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado - ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 - RTJ 176/805-806) -, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei).**

9. **Evidenciado nos autos que a Recorrente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos**

constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude do elemento probatório em que verificado o vício.

10. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006).

11. O trancamento do processo-crime, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa - o que, porém, não é o caso.

12. Se não há na documentação trazida aos autos pela Defesa - a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do *habeas corpus* -, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na prova ilegal, e não com base em outro elemento dela desvinculado, validamente produzido pelas autoridades estatais, não pode ser a tramitação do feito suspensa, *tout court*.

13. Aplicação, *mutatis mutandis*, do entendimento de que se "o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária" (STF, HC 93.050/RJ, 2.^a Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 31/07/2008).

14. Considerações sobre a teoria do fruto das árvores envenenadas (*fruits of the poisonous tree*) - cuja indistinta incidência não se admite -, e a contaminação das provas derivadas: "[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido" (STF, HC 80.949/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

(...)

18. Recurso parcialmente provido, tão somente para que seja desentranhado dos autos e desconsiderado como prova o termo de declaração referente ao depoimento prestado pela Recorrente perante o Ministério Público Estadual.

(RHC 30.302/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 12/03/2014 – grifei).

Destaco que, no precedente citado, não houve trancamento da ação penal, porquanto não comprovado, nos autos do *habeas corpus*, a inexistência de provas independentes e não contaminadas pela ilicitude do testemunho da suspeita sob compromisso para embasar a acusação. No entanto, a Ministra Laurita Vaz também foi relatora de outro acórdão do STJ, no qual se verificava que, durante o depoimento, o delegado coletou material gráfico para perícia de pessoa sobre a qual já recaíam suspeitas da prática do ilícito de falsidade ideológica, sem adverti-la do privilégio contra a autoincriminação, situação em que houve o trancamento da ação penal pela ilicitude da prova que embasou a denúncia. Reproduzo sua ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO

(PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). **PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O *BILL OF RIGHTS* NORTE-AMERICANO** (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: *ESCOBEDO V. ILLINOIS* (378 U.S. 478, 1964); *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436, 1966), *DICKERSON V. UNITED STATES* (530 U.S. 428, 2000). CASO *MIRANDA V. ARIZONA*: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR *MIRANDA WARNING*, *MIRANDA RULES* OU *MIRANDA RIGHTS*. **DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO, E DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA, NA HIPÓTESE, DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO PELA PACIENTE, SEM O CONHECIMENTO DE QUE TAL FATO PODERIA, EVENTUALMENTE, VIR A SER USADO PARA FUNDAMENTAR FUTURA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL QUE EMBASOU A DENÚNCIA. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). ORDEM CONCEDIDA.**

1. O direito do investigado ou do acusado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do *Nemo tenetur se detegere* (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si.

2. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, "nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o *Bill of Rights* norte-americano" (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008).

3. "Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado, ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 ?RTJ 176/805-806), possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

4. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.

5. Na espécie, a autoridade policial, ao ouvir a Paciente durante a fase inquisitorial, já a tinha por suspeita do cometimento do delito de falsidade ideológica, tanto é que, de todas as testemunhas ouvidas, foi a única a quem foi requerido o fornecimento de padrões gráficos para realização de perícia, prova material que ensejou o oferecimento de denúncia em seu desfavor.

6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006).

8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.

(HC 107.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011 – grifei).

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela violação do direito ao silêncio quando, em Juízo, Magistrado advertiu adolescente suspeito de delito que havia manifestado sua decisão de permanecer em silêncio, de que deveria falar a verdade, sob pena de ser novamente apreendido:

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.

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 refeito 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 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 25/09/2018, DJe 10/10/2018)

Na mesma senda, o HC 82463 julgado pelo STF, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. LEI Nº 9.099/95. ART. 72. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO PRÉVIO DA DENÚNCIA. DECLARAÇÕES DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. 1. O comparecimento do paciente ao Juízo para a audiência preliminar não depende do oferecimento de denúncia, mas, como é próprio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, ocorre antes dela. As declarações prestadas pelo paciente nessa audiência não se confundem com o interrogatório de que trata o art. 81, caput da mencionada lei. 2. Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula. 3. Pedido deferido em parte.

(HC 82463, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00136 EMENT VOL-02096-04 PP-00745).

Há elementos que demonstram, nestes autos, de acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça destacadas, a ilicitude dos depoimentos colhidos na Delegacia de Polícia de Jaguaruna, pois, conforme o depoimento do policial Alex Etevaldo de Souza, já havia notícia da prática de compra de votos para o candidato Jonas Pacheco Martins (Torradinha) efetuada por Rafael Antonio Dias (Cazuza). O encontro dos títulos eleitorais na casa de Cazuza dá concretude a essa suspeita, reforçado pelo depoimento de Mateus, que contou ter

negociado seu voto com Cazuza e Torradinha em troca de drogas. Se, apesar disso, quando do depoimento de José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro, a autoridade policial ainda não os tivesse por suspeitos, quando começaram a confessar os fatos poderia ter interrompido o depoimento, nos termos do decidido pelo STF no já transcrito acórdão proferido no RHC 122279, a fim de esclarecê-los do direito de permanecer em silêncio, para não se autoincriminarem, e de consultarem advogado, para orientá-los no ato. No entanto, o delegado prosseguiu até o final com os depoimentos, de acordo com o que consta do termo, com os suspeitos respondendo aos questionamentos direcionados a confirmar a participação deles nos delitos de que já tinha notícia, sob o compromisso de dizerem a verdade, podendo, inclusive, ser presos e responder pelo crime de falso testemunho, caso assim não procedessem.

No caso em epígrafe, as advertências eram imprescindíveis, porquanto se verifica, não só pela escolaridade que declarou possuir, mas pelas suas próprias declarações e pela ausência de compreensão a respeito do que estava sendo perguntado no trecho do interrogatório judicial aqui transcrito, que o paciente não tinha sequer noção de que estava confessando a prática de dois delitos eleitorais nos depoimentos que prestou nas Delegacias de Polícia Civil e Federal. Além disso, nunca é demais reprimir que, como testemunhas compromissadas, não lhes restavam alternativas, a não ser responder as perguntas formuladas pela autoridade policial. Porém, enquanto o delegado sabia o que perguntar e que respostas buscar, os corréus não sabiam que estavam falando na condição de suspeitos de delitos eleitorais e, principalmente, que teriam o direito constitucional de não responder as perguntas formuladas e de serem representados por advogado, a fim de não se autoincriminarem.

Nesse sentido, transcrevo a ementa de julgado do STJ que, mudando aquilo que deve ser mudado, ressalta a ilicitude da prova colhida quando o acusado não é informado de que sua colaboração pode implicar autoincriminação:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. REGISTRO MEDIANTE GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL. UTILIZAÇÃO DO PADRÃO VOCAL DO ACUSADO OBTIDO DURANTE A AUDIÊNCIA PARA FINS DE COMPARAÇÃO COM VOZ ATRIBUÍDA A UM DOS INTERLOCUTORES INTERCEPTADOS. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO ACUSADO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. AUSÊNCIA DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA DE QUE A QUALIFICAÇÃO E O INTERROGATÓRIO GRAVADOS PODERIAM SER UTILIZADOS PARA FUTURA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE LHE POSSA SER DESFAVORÁVEL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente.

II - De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12).

III - "Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal" (HC n. n. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011, grifei).

IV - A concordância do recorrente quanto à gravação do interrogatório em meio audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram, por óbvio, autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas.

V - Vale dizer, conquanto não tenha sido coagido a participar do ato ou a responder às perguntas eventualmente formuladas, **a ausência de consciência do recorrente de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz (padrão vocal) seja encaminhado para perícia sem sua anuência expressa, sob pena de afronta ao princípio da não autoincriminação.**

VI - A participação do acusado na produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor pressupõe consciência e voluntariedade. Ausentes qualquer delas, a prova obtida será ilegal. Precedentes.

Recurso ordinário provido para determinar que a utilização do padrão vocal do recorrente, obtido durante a gravação em meio audiovisual de sua qualificação e de seu interrogatório judicial, seja condicionada à expressa anuência do recorrente e, subsidiariamente, para que eventual laudo já elaborado seja desentranhado dos autos, não podendo ser utilizado para a formação do convencimento do julgador, salvo expressa concordância do recorrente.

(RHC 82.748/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018 – grifei).

É importante destacar, também, precedente deste Tribunal cuja ementa registrou o seguinte:

- RECURSO CRIMINAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - RÉUS OUVIDOS COMO TESTEMUNHAS NO INQUÉRITO - ELEMENTOS QUE JÁ FAZIAM CRER NO MOMENTO DO DEPOIMENTO SEREM ELES SUSPEITOS - TOMADA DE COMPROMISSO LEGAL (ART. 203 DO CPP) - GARANTIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO - VIOLAÇÃO - ILEGALIDADE DO ATO - NULIDADE RECONHECIDA - PROVA ILÍCITA ESSENCIAL À DENÚNCIA - INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA - PRECEDENTE DO STF (HC 122279) - NULIDADE - INQUIRIRÇÃO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS COMPROMISSADAS DURANTE A INSTRUÇÃO - ILEGALIDADE - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUE NÃO AFETA O STATUS DOS CORRÉUS - PROVA ILÍCITA - *BIS IN IDEM* - CARACTERIZAÇÃO EM RELAÇÃO A UMA IMPUTAÇÃO - CONDENAÇÃO AFASTADA - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS - REFORMA DA SENTENÇA - ABSOLVIÇÃO.

"Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em razão da confissão da autoria durante a inquirição como

testemunha. 4. Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal. 6. Recurso provido" [STF. RHC 122279, Relator Ministro Gilmar Mendes].

"O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de corréu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei n. 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de codenunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o corréu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante" [STF. AP 470 AgR-sétimo, Relator Ministro Joaquim Barbosa].

"Em obediência ao princípio da não autoincriminação, os corréus que aceitaram o benefício da suspensão condicional do processo devem continuar sendo tratados como réus no processo, com todos os direitos e as garantias a eles conferidos, não se podendo sujeitá-los ao ônus de colaborar com a apuração dos fatos" [TRESC. Ac. n. 21566, Relator Juiz Newton Varella Júnior].

O "Tribunal Superior Eleitoral possui entendimento firmado no sentido de que a configuração do crime de corrupção eleitoral, previsto no art. 299 do CE, exige que o corruptor eleitoral passivo, no caso, o eleitor, seja pessoa apta a votar, mas a deficiente exposição e narração do fato não nos permite aferir tal condição" [TSE. RHC n. 133-16, de 17.12.2013, Relatora Ministra Luciana Lóssio].

(RECURSO CONTRA DECISOES DE JUIZES ELEITORAIS n 42215, ACÓRDÃO n 31083 de 30/09/2015, Relator(a) Juiz FERNANDO VIEIRA LUIZ, Publicação: DJE - Diário de JE, Data 13/10/2015).

Assim, não há como compreender de outra forma os depoimentos, tomados sob compromisso de dizer a verdade, de dois suspeitos de delito de corrupção eleitoral, crime tipificado nas formas ativa e passiva e que já era do conhecimento da polícia civil antes mesmo da apreensão dos títulos eleitorais na residência de pessoas presas por tráfico de drogas e, portanto, do primeiro depoimento prestado.

Quanto ao delito do art. 289 do CE, apesar de não haver nada indicando que a polícia já tinha notícia de sua possível ocorrência, aplica-se *in totum* o aresto do STF no RHC 122279, antes transcrito, pois, quando as testemunhas principiaram a narrar condutas criminosas, passaram à condição de suspeitos, razão pela qual deveriam os seus depoimentos ser interrompidos, a fim de que fossem informados de seus direitos de permanecerem em silêncio e de aconselharem-se com advogado.

Com relação à não comunicação do direito de se fazer representar por advogado, ocorrido tanto na Polícia Civil quanto na Federal, para reforçar o que já foi exteriorizado em diversos julgados citados nesta decisão, que dão a esse direito a mesma importância que à garantia ao silêncio, como expressão do princípio *nemo tenetur se detegere*, destaco, do acervo do Supremo Tribunal Federal os seguintes acórdãos:

Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. (...) 3. Reclamante submetido a "entrevista" durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. **Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de "entrevista", formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em**

ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos *Miranda v. Arizona* e *Mapp v. Ohio*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas. 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da “entrevista” realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças.

(Rcl 33711, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-08-2019 PUBLIC 23-08-2019 – grifei).

Embora se trate de “entrevista” realizada em procedimento de busca e apreensão, entendo que o mesmo entendimento deve ser aplicado a este caso em que as advertências constitucional e legalmente previstas não foram efetuadas.

I. Habeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “habeas corpus” impetrado contra decisão do Relator que, em “habeas corpus” requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”).

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

(...)

(HC 90232, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-04 PP-00720 RTJ VOL-00202-01 PP-00272 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 469-480 – grifei).

Assim, forçoso concluir, no caso em exame, que as provas inquisitoriais contra o paciente e sua companheira, colhidas na Delegacia de Polícia de Jaguaruna e na Polícia Federal, são ilícitas em relação a eles próprios. Portanto, na dicção do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, não podem ser admitidas na ação penal.

Trago à colação acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que trata didaticamente dessa questão:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA

ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. **Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.** - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. **É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. (...).** **ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.** - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. *A Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - **A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*.** Doutrina. Precedentes. (...) **A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.** - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão

praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.** - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (AN INDEPENDENT SOURCE) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS *SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920); *SEGURA V. UNITED STATES* (1984); *NIX V. WILLIAMS* (1984); *MURRAY V. UNITED STATES* (1988)", v.g..

(HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700).

Apesar de as provas terem sido consideradas ilícitas, no acórdão citado, por ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, e não pela inobservância do princípio *nemo tenetur se detegere*, entendo que também no caso concreto a ilicitude das provas, por absoluto desrespeito ao comando constitucional que prevê o direito de permanecer calado e de ser assistido por advogado, o primeiro não respeitado no primeiro inquérito e o segundo, em ambos, se impõe e deve ser reconhecida.

Assim, concluo que os depoimentos prestados por José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro na Delegacia de Polícia de Jaguaruna constituem provas ilícitas. A ilicitude dessas provas contaminou as provas delas decorrentes, que são a certidão de situação no cadastro eleitoral desses eleitores e as cópias dos documentos apresentados por José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro para transferir o domicílio eleitoral para o Município de Sangão, porquanto se trata de provas que vieram aos autos em decorrência direta dos depoimentos por eles prestados à delegacia de polícia civil (nenhum outro interrogado ou depoente narrou fato que pudesse configurar o delito do art. 289 do CE ou que se referisse a José Felipe e Graziela, exceto eles próprios).

O interrogatório efetuado pela Polícia Federal de Criciúma, no meu entendimento, também constitui, por si só, prova ilícita, porque não consta do termo a advertência ao paciente e à sua companheira, de que teriam direito à advogado; contudo, ainda que não fosse esse o entendimento, estaria contaminado pelo primeiro depoimento de cada um dos corréus na polícia civil, pois essas confissões certamente pautaram os interrogatórios efetuados no último inquérito, como se pode ver nas transcrições abaixo:

José Felipe Nazário: Inquirido a respeito dos fatos, RESPONDEU: **Que fica, desde já, ciente do objeto da presente investigação, bem como de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, em razão da possibilidade de que venha a ser indiciado acaso constatada sua participação no fato investigado;** QUE trabalha como pescador e vendedor de filé de peixe; **QUE o declarante e sua esposa haviam perdido os títulos;** **QUE conhecia JONAS e “CAZUZA” há aproximadamente um ano, na época dos fatos;** **QUE ao que sabe a mulher de JONAS é irmã de “CAZUZA”;** **QUE foi usuário de drogas, mas deixou o vício,**

com a ajuda de sua esposa; QUE na época morava em Campo Bom, município de Sangão; QUE num dos dias que estava passando para vender peixe, viu a Kombi de “CAZUZA” com papel de política, e perguntou quem era o candidato, e “CAZUZA” e JONAS conversaram com o declarante; QUE disse que havia perdido o título, assim como sua esposa, e na conversa eles lhe ofereceram transporte para ir fazer o título de eleitor; QUE então pediu um auxílio, no futuro, um emprego, se JONAS ganhasse a eleição, e ele disse que sim; QUE alguns dias depois “CAZUZA” levou o declarante e sua esposa para fazer os títulos de eleitor em Tubarão; QUE fizeram os títulos e depois ele deixou o declarante e sua esposa em casa; QUE se ele não levasse o declarante e sua esposa não teriam feito os títulos ; QUE os títulos ficaram com “CAZUZA”, que disse que iria plastificar; QUE como o voto é secreto e ele não poderia votar pelo declarante, deixou o título com ele, e também porque poderia estragar ou extraviar o título novamente; QUE não votou nas eleições de 2016; QUE no dia que foram fazer os títulos, haviam aproximadamente quinze pessoas para fazer os títulos, e haviam dois carros, “CAZUZA” dirigia um e JONAS outro; QUE nesse dia JONAS disse que ajudaria, e o declarante pediu uma cesta básica, mas ele disse que naquele dia não poderia dar, e na realidade não deu nem antes e nem depois das eleições; QUE ninguém procurou o declarante para dizer que os títulos ficaram com JONAS para plastificar; QUE ao que lembra foi fazer o título alguns meses antes das eleições, não sabendo precisar quando.

(...)

Graziela Ernesto Pinheiro: Inquirido a respeito dos fatos, RESPONDEU: **Que fica, desde já, ciente do objeto da presente investigação, bem como de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, em razão da possibilidade de que venha a ser indiciado acaso constatada sua participação no fato investigado;** QUE é companheira de JOSÉ FELIPE NAZÁRIO; QUE não lembra exatamente em que mês “CAZUZA” levou a declarante e seu companheiro para fazer o título de eleitor, mas foi antes das eleições de 2016; QUE quando foram fazer o título haviam três outras pessoas no carro, sendo que ao que lembra JONAS estava no carro; QUE não conhecia JONAS ou “CAZUZA”, apenas de vista, quando acompanhava seu companheiro na venda de peixes; QUE não foram de Kombi fazer o título, mas em um carro pequeno; QUE na época moravam em Campo Bom, que ao que sabe pertence ao Município de Jaguaruna; QUE nesse dia o motorista, que ao que lembra era JONAS, prometeu ajudar se ganhasse às eleições, e ficou com os títulos, não sabendo o porquê; QUE ninguém procurou a declarante para dizer que o título havia ficado com JONAS para plastificar; QUE não votou nas eleições de 2016; QUE se mudaram há aproximadamente um mês de Campo Bom para o Bairro Morro da Cruz; QUE não recebeu nada de JONAS.

(...)

Outra vez, as declarações prestadas, apesar de um pouco diferentes das primeiras, incriminam os corréus quanto à possível prática de delitos eleitorais, pois não foram eles advertidos do direito de serem assistidos por advogado, além de já saber o Delegado da Polícia Federal o que perguntar, de acordo com os primeiros depoimentos eivados de nulidade.

Destaco que, em Juízo, quando o ora paciente teve acesso à defesa, seu interrogatório não confirmou os fatos extraídos nos depoimentos prestados à Polícia Civil e Federal. Afirmou que morava em Sangão e posteriormente passou a morar em Jaguaruna; que não pediu drogas ou qualquer outra coisa em troca de votos; que Rafael o levou, junto com sua mulher, Graziela, para fazer o título; que pediu a ele uma cesta básica, porque ele já o ajudava antes, mas não em troca do título ou de voto; que também não trocou seu voto por drogas; que transferiu o título porque morava com a tia em Sangão, mas ficava em Jaguaruna no verão por causa dos salgadinhos e

peixe que vendia, considerando Sangão também como seu domicílio; e que seu título ficou com Rafael para plastificar.

Registro que Graziela, por ter aceitado a suspensão condicional do processo, não foi interrogada em Juízo.

Portanto, muito diferente a narrativa quando interrogado em Juízo, quando foram observadas as suas garantias constitucionais.

Assim, restaram, sem contaminação, porquanto precederam os depoimentos e interrogatórios de José Felipe e Graziela Ernesto Pinheiro, apenas os títulos apreendidos e os interrogatórios e testemunhos colhidos no inquérito realizado pela polícia civil, nos quais nada foi dito a respeito do paciente e de sua companheira. Portanto, nesse contexto, embora subsistam esses elementos indiciários, não são eles suficientes para embasar a denúncia, que, quanto aos dois, está assim fundamentada:

I – Dos Crimes previstos no artigo 299 do Código Eleitoral.

(...)

Na sequência, ainda em data e horários incertos, contudo, entre os meses de julho e agosto de 2016, na residência localizada na Estrada Geral do Campo Bom, próximo ao Bar da Dilma, Campo Bom, Jaguaruna/SC, o denunciado **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** solicitou vantagens, consistente em “cestas básicas”, ao denunciado **JONAS PACHECO MARTINS**, bem como “crack”, ao denunciado **RAFAEL ANTONIO DIAS** para dar o seu voto ao então candidato **JONAS PACHECO MARTINS**, vulgo “Torradinha” (**fls. 52-54 e 109-110**).

(...)

III – Dos crimes previstos no artigo 289 do Código Eleitoral.

Ainda, no mesmo dia 4 de maio de 2016, por volta das 12 horas, na 33ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, localizada na Av. Marcolino Martins Cabral, 1315, Praça Shopping, 2º andar, Centro, Tubarão/SC, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRASIELA ERNESTO PINHEIRO**, de posse das Declarações das **fls. 94 e 97**, inscreveram-se fraudulentamente como eleitores do Município de Sangão/SC, perfazendo-se de informação falsa, que aduzia residirem em imóvel de propriedade do codenunciado **JONAS PACHECO MARTINS**, localizado na Rua Santo Antonio Dias, Município de Sangão/SC.

Registre-se que, na ocasião, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRASIELA ERNESTO PINHEIRO** residiam na Estrada Geral do Campo Bom, Balneário Campo Bom, Jaguaruna/SC, conforme Termos de Depoimentos das fls. **52-54 e 109/110**.

Assim agindo, (...) o denunciado **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** praticou os crimes previstos no **art. 289 e no art. 299, caput, ambos do Código Eleitoral**; a denunciada **GRASIELA ERNESTO PINHEIRO** praticou o crime previsto no **art. 289 do Código Eleitoral**; (...)

(grifos constantes do original)

Como se pode ver, a inicial acusatória baseia-se expressamente nos testemunhos de José Felipe e Graziela para a Polícia Civil nos autos da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033, que tramita em meio físico, e encontram-se às **fls. 52-54**, e nas declarações prestadas na Polícia Federal, que se encontram às **fls. 109-110** daqueles autos, colhidos todos sem a observância do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo, portanto, ilícitos. Além deles, fundamenta-se a denúncia nas declarações das **fls. 94 e 97**, que são as cópias dos documentos apresentados por José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro ao Cartório Eleitoral para transferir o domicílio eleitoral para o

Município de Sangão, que comprovariam a prática do ilícito do art. 289 do CE e, portanto, vieram aos autos em decorrência da confissão extraída dos corréus na Delegacia de Polícia de Jaguaruna, vez que nenhum outro elemento existente nos autos antes disso, e até mesmo depois, apontava para a prática de inscrição fraudulenta. Trata-se, portanto, de provas ilícitas por derivação, consoante a doutrina dos "Frutos da Árvore Venenosa" (*Fruits of the Poisonous Tree*), que também não podem ser aproveitadas no processo com relação à José Felipe e Gabriela.

Destaco novamente, pela pertinência com o tema em discussão, a importante lição contida no Acórdão do STF no HC 93050, relatado pelo Min. Celso de Mello, pedindo vênias pela tautologia:

(...)

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (*AN INDEPENDENT SOURCE*) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS *SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920); *SEGURA V. UNITED STATES* (1984); *NIX V. WILLIAMS* (1984); *MURRAY V. UNITED STATES* (1988)", v.g..

No caso concreto, subsistem como fontes autônomas de provas, apenas os títulos eleitorais e os interrogatórios e depoimentos colhidos na Delegacia de Polícia Civil antes da remessa ao Juízo da 33ª Zona Eleitoral, que não se prestam para fundamentar a denúncia, como já foi dito.

Se os testemunhos do paciente e da corré Graziela não fossem importantes na estruturação da denúncia ou se não tivesse sido em razão deles que as demais provas indiciárias consideradas na exordial aportaram posteriormente nos autos, não se haveria de falar em prejuízo aos corréus

(RHC 67.730/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016). Todavia, conforme demonstrado com a transcrição da denúncia, este não é o caso de que se cuida nestes autos.

Não desconheço a jurisprudência maciça do STJ, que, mesmo reconhecendo a inobservância do princípio *nemo tenetur se detegere* quando o investigado é ouvido sem ser informado de seu direito de ficar calado, entende que se trata de nulidade relativa, que exige demonstração de prejuízo e está sujeita à preclusão. Como exemplo, cito o seguinte acórdão.

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RECEPÇÃO QUALIFICADA. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. ADVERTÊNCIA **SOBRE DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. DENEGAÇÃO DO WRIT**. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Absolvição quanto ao crime do art. 311 do CP por ausência probatória. No procedimento do habeas corpus, não se permite a produção de provas, tendo em vista que essa ação constitucional deve ter por objeto sanar ilegalidade verificada de plano.

2. O afastamento da qualificadora concernente ao crime de estelionato, além de não encontrar respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, demandaria necessariamente o revolvimento das provas dos autos, o que não se admite na via do estreita do writ. Precedentes.

3. **Infringência ao princípio *nemo tenetur se detegere*. A jurisprudência dessa Corte Superior consolidou-se no sentido de que a falta de informação acerca do direito de permanecer em silêncio constitui nulidade relativa, que demanda a demonstração de prejuízo concreto para ser reconhecida, o que não é o caso do presente feito.** Precedentes.

4. **Tese de nulidade aventada somente em sede de embargos, sem qualquer menção ao pleito em momentos processuais antecedentes - defesa prévia, instrução, alegações finais e apelação -, restando obstada pela operação do instituto da preclusão.** Precedentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 472.683/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020).

No entanto, esse não é o caso dos autos, uma vez que a prova ilícita trouxe prejuízo ao paciente e à corré, que foram processados criminalmente, sofrendo o constrangimento do inquérito policial e posteriormente, da ação penal (ele) e do cumprimento das provas da suspensão condicional do processo (ela), apenas com base em prova obtidas por meios ilícitos que, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis no processo.

Ademais, os fatos em exame também se distanciam do julgado supratranscrito porque, naquele caso a nulidade havia sido suscitada apenas nos embargos de declaração, tendo havido a preclusão, enquanto que no presente *habeas corpus* o impetrante comprova que foi arguida já nas alegações escritas (fls. 170-179 dos autos físicos – ID 3570655), logo após a citação do paciente (fls. 122-123 dos autos físicos – ID 3570655), no primeiro momento em que pôde manifestar-se nos autos, após lhe ser nomeado pela primeira vez defensor dativo (fl. 165 dos autos físicos – ID 3570655). A Juíza Eleitoral, após ouvir o Promotor Eleitoral, rejeitou as preliminares suscitadas pela defesa de José Felipe Nazário (fl. 240 dos autos físicos – ID 3570705), sendo esse o ato apontado como coator na inicial do presente *writ*.

O respeitável precedente do Superior Tribunal de Justiça trazido à colação pelo Procurador Regional Eleitoral, no qual se entendeu que “o recebimento da denúncia torna, em princípio, prejudicado o exame de nulidades ocorridas no inquérito policial, porquanto eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, cuja natureza é inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, onde as provas serão renovadas” (AgRg no HC 495749/RJ Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 2019/0058947-8, Rel. Antonio Saldanha Palheiro, de 15/10/2019), não se aplica nestes autos, nos quais se verifica a ilicitude na coleta da prova, advinda de violação a uma garantia constitucional dos investigados, a contaminação de outras provas, dela decorrentes, a insubsistência de provas livres da mácula para embasar a denúncia, o prejuízo aos investigados, a oportuna arguição da nulidade e a inexistência de justa causa para a persecução penal, além dos acórdãos do STJ e do STF citados neste voto que, em situações semelhantes, determinaram o trancamento da ação penal, ocasião em que, por óbvio, a denúncia já havia sido recebida.

Reforçando, o que resta nos autos contra José Felipe e Graziela, após o descarte das provas obtidas por meios ilícitos e das por elas contaminadas, são seus títulos eleitorais e os interrogatórios e depoimentos dos outros envolvidos coletados na Polícia Civil, que nada dizem sobre a participação deles em qualquer delito, constituindo apenas elementos indiciários insuficientes para dar suporte à denúncia, considerando-se, ainda que a exordial acusatória, neste caso, lastreou-se apenas nas provas obtidas por meios ilícitos e/ou por elas contaminadas.

Em conclusão, deve ser concedida a ordem, reconhecendo-se a ilicitude dos meios de obtenção das provas que embasaram a denúncia (depoimentos colhidos sem a advertência dos direitos ao silêncio e à constituição de advogado) em relação à José Felipe e Graziela, com a contaminação das provas delas decorrentes para os corréus citados e a insubsistência de outras provas livres de contaminação, o prejuízo ao paciente e à sua companheira, corré que aceitou a suspensão condicional do processo e cumpre o período de prova, e a existência, sem elas, de constrangimento ilegal, ante a ausência de justa causa para a persecução penal, determinando-se o trancamento da ação penal em relação aos dois corréus.

Ante o exposto, voto por deferir a ordem, determinando o trancamento da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033 em relação aos réus José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.

É como voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N. 0600470-43.2019.6.24.0000 - SANGÃO - SANTA CATARINA

RELATOR: JUIZ CELSO KIPPER

IMPETRANTE :RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO

ADVOGADO :RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO - OAB/SC49988

PACIENTE :JOSE FELIPE NAZARIO

ADVOGADO :RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO - OAB/SC49988

IMPETRADO :JUIZ DA 033ª ZONA ELEITORAL - TUBARÃO

Decisão: ACORDAM os Juizes do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por maioria - vencido o Juiz Jaime Ramos - em conceder a ordem, determinando o trancamento da Ação Penal n. 63-21.2018.6.24.0033 em relação aos réus José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas, nos termos do voto do Relator.

O Advogado Ricardo Bortolotto Martinello apresentou sustentação oral no ambiente virtual de transmissão da sessão.

Processo encaminhado para lavratura do Acórdão n. 34619.

Participaram do julgamento por videoconferência os Juízes Jaime Ramos (Presidente), Fernando Carioni, Wilson Pereira Junior, Jaime Pedro Bunn, Celso Kipper, Rodrigo Fernandes e Luís Francisco Delpizzo Miranda.

Presente o Procurador Regional Eleitoral André Stefani Bertuol.

Processo julgado na sessão de 21/10/2020.