



Prisão não pode ser usada como punição antecipada

A prisão cautelar não pode ser usada para antecipar a punição de um acusado. Tampouco a prisão preventiva pode ser decretada com base no argumento de que o crime é grave e o réu não colaborou com a investigação. O princípio constitucional que garante que o investigado não tem de produzir prova contra si legitima a recusa a responder aos interrogatórios.

O entendimento, já pacífico no Supremo Tribunal Federal, foi reafirmado pelo ministro Celso de Mello, ao conceder liminar em Habeas Corpus para um acusado de homicídio. Na decisão, ele ressaltou que transformar a prisão preventiva em punição antecipada compromete gravemente o princípio da liberdade.

O acusado recorreu ao STF depois de ter pedido de liberdade negado pelo Superior Tribunal de Justiça. A prisão preventiva do acusado foi determinada com base na gravidade do crime e porque o réu se recusou a colaborar com as investigações.

Para o ministro Celso de Mello, a prisão preventiva tem de ser decretada com base em critérios mais objetivos. “Não tem sentido decretar-se a prisão cautelar de alguém, como sucedeu na espécie em exame, sob o fundamento (equivocado) de que o réu não se mostrou disposto a colaborar com o Estado, recusando-se a expor – segundo enfatizou a magistrada local – a sua versão para os fatos que lhe foram imputados.”

De acordo com Celso de Mello, “a recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação”.

Leia a decisão

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 96.219-0 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACIENTE(S): ROBSON RAMOS DA CRUZ

IMPETRANTE(S): EDVALDO FERREIRA GARCIA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATORA DO HC Nº 115.202 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



EMENTA: PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A DECISÃO QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOCTRINA. PRECEDENTES . MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

– **A privação cautelar da liberdade individual** – **qualquer** que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** decorrente de decisão de pronúncia e **prisão** resultante de condenação penal recorrível) – **não se destina** a infligir punição antecipada à pessoa **contra quem** essa medida excepcional é decretada **ou** efetivada. **É que** a idéia de sanção **é absolutamente estranha** à prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”), **que não se confunde** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”). **Doutrina. Precedentes.**

– **A utilização** da prisão cautelar **com** fins punitivos **traduz** deformação desse instituto de direito processual, **eis que o desvio arbitrário** de sua finalidade **importa** em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. **Precedentes.**

– **A gravidade em abstrato** do crime **não basta**, por si só, **para justificar** a privação cautelar da liberdade individual do **suposto** autor do fato delituoso.

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido que a natureza** da infração penal **não se revela** circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. **Precedentes.**

– **A ausência** de vinculação do indiciado **ou** do réu ao distrito da culpa **não constitui**, só por si, **motivo autorizador** da decretação da sua prisão cautelar. **Precedentes.**

– **A recusa** em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial **e a falta de cooperação** do indiciado **ou** do réu **com** as autoridades que o investigam **ou** que o processam **traduzem** comportamentos **que são inteiramente legitimados** pelo princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a auto-incriminação, **especialmente** aquela exposta a atos de persecução penal.



O Estado – **que não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou** réus como se culpados fossem (**RTJ** 176/805-806) – **também não pode** constrangê-los a produzir provas **contra** si próprios (**RTJ** 141/512).

Aquele que sofre persecução penal **instaurada** pelo Estado **tem**, dentre **outras** prerrogativas básicas, **o direito** (a) **de permanecer** em silêncio, (b) **de não ser compelido** a produzir elementos de incriminação **contra** si próprio **nem constrangido** a apresentar provas **que lhe comprometam** a defesa **e** (c) **de se recusar** a participar, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso **e** o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. **Precedentes**.

– **O exercício** do direito **contra** a auto- -incriminação, **além** de inteiramente oponível **a qualquer** autoridade **ou** agente do Estado, **não legitima**, por efeito de sua natureza constitucional, **a adoção** de medidas **que afetem ou restrinjam** a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “*persecutio criminis*”. **Medida cautelar deferida**.

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministra do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em sede** de idêntico processo, **não conheceu** do “*writ*” constitucional **requerido** em favor do ora paciente (**HC 115.202/SP**).

Passo a apreciar o pedido de medida liminar ora formulado pela parte impetrante. **E**, ao fazê-lo, **entendo plausível**, em sede **de estrita** deliberação, **a pretensão jurídica** deduzida na presente causa.

Os fundamentos em que se apóia a presente impetração **revestem-se** de inquestionável relevo jurídico, **especialmente se se examinar** o conteúdo da decisão **que decretou** a prisão preventiva do ora paciente, **confrontando-se**, para esse efeito, **as razões** que lhe deram suporte **com os padrões** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise.

Eis, no ponto, **o teor da decisão**, que, **emanada** de magistrada **de primeira** instância, **motivou as sucessivas impetrações** de “*habeas corpus*” em favor do ora paciente (**Apenso**, fls. 51/51v.):

“*Vistos.*

Recebo a denúncia apresentada pelo MP, pois presentes os requisitos legais.

Fls. 179, item 02: defiro. Providencie a D. Serventia.

Respondem os acusados por crimes gravíssimos, hediondos. Demonstram, com suas condutas, periculosidade.

Não bastasse, demonstraram total ausência de vinculação ao distrito da culpa, pois desapareceram sem deixar vestígios, sequer seus familiares sabem de seus paradeiros.



Ademais, deixaram claro que não pretendem colaborar com a aplicação da lei penal, pois sequer apresentaram suas versões para os fatos.

Decreto, pois, a prisão preventiva de Adão Ramos da Cruz, Wellington Silva Ramos da Cruz e Robson Ramos da Cruz.

Expeçam-se mandados de prisão.

Para a oitiva dos réus em interrogatório, designo o dia 10 de abril de 2008, às 13:00 hrs. Citem-se e intinem-se, com as advertências legais.” (grifei)

Tenho para mim que a decisão em causa, **ao decretar** a prisão preventiva do ora paciente, **nos termos** em que o fez, **apoiou-se** em elementos insuficientes, **destituídos** de base empírica idônea, **revelando-se**, por isso mesmo, **desprovida** de necessária fundamentação substancial.

O exame do ato decisório em questão **permite** assim resumir, **em seus aspectos essenciais**, os fundamentos em que se sustenta a prisão cautelar ora questionada: **(a) gravidade do crime**, **(b) não-vinculação** do paciente ao distrito da culpa e **(c) recusa** em colaborar com o juízo processante, **especialmente** porque o paciente sequer apresentou sua versão para os fatos.

É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, **prisão preventiva**, prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – **não se revela incompatível** com o princípio constitucional da presunção de inocência (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.).

Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – **que não se confunde** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – **não objetiva infligir punição** à pessoa que sofre a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** idéia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar “*em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado:**

“A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.



– *A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.*

A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.“

(RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, **no sentido** de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, **com fins punitivos**, da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias constitucionais** da presunção de inocência e do devido processo legal, **com a conseqüente (e inadmissível)** prevalência da idéia – **tão cara** aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, **em um contexto** de julgamento **sem** defesa **e** de condenação **sem** processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar – **considerada a função exclusivamente processual** que lhe é inerente – **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover a **antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte **tem censurado** decisões **que fundamentam** a privação cautelar da liberdade **na gravidade objetiva** do delito **ou**, então, **no reconhecimento** de fatos **que se subsumem** à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal:

“(…) **PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIEDADE**. Os elementos **próprios** à tipologia **bem como** as circunstâncias da prática delituosa **não são suficientes** a respaldar a prisão preventiva, **sob pena** de, em última análise, **antecipar-se** o cumprimento de pena ainda não imposta (...)”

(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal **tem examinado** a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, **em ordem a impedir** a subsistência dessa **excepcional** medida privativa da liberdade, **quando incorrente** hipótese que possa justificá-la:



“Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).

O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as conseqüências.

Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato (...).“

(**RTJ 137/287, 295**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Entendo, por tal razão, **que os fundamentos subjacentes ao ato decisório** emanado da ilustre magistrada **de primeira** instância, que decretou a prisão cautelar do ora paciente, **conflitam com os estritos critérios** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **consagrou** nessa matéria.

Inquestionável, desse modo, **que a gravidade em abstrato** do crime **não basta**, por si só, **para justificar** a privação cautelar da liberdade individual do paciente.

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido** que a natureza da infração penal **não se revela** circunstância apta, **só por si**, para legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento **vem sendo observado em sucessivos julgamentos** proferidos no âmbito desta Corte, **ainda** que o delito imputado ao réu seja legalmente classificado **como crime hediondo** (**RTJ 172/184**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 182/601-602**, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **HC 89.503/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RHC 71.954/PA**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

“A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).“

(**RTJ 137/287**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)



“A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

– *A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.*“

(**RTJ 187/933-934**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Também não se reveste de idoneidade jurídica, **para efeito** de justificação do **ato excepcional** de privação cautelar da liberdade individual, **a alegação** de “ausência de vinculação ao distrito da culpa” do paciente (**Apenso**, fls. 51).

Como se sabe, **a mera ausência** do distrito da culpa **não basta**, só por si, **na linha** do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**RTJ 175/715 – RTJ 180/262, v.g.**), **para legitimar** a utilização do instituto da tutela cautelar penal, **como resulta claro** de recente decisão emanada da colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal:

“PRISÃO CAUTELAR E EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA.

– *A mera evasão do distrito da culpa – seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar – não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu.*

– *A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do ‘status libertatis’ do indiciado ou do réu. Precedentes. (...).*“

(**HC 89.501/GO**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sustentou-se, ainda, **para justificar** a decretação da prisão cautelar do ora paciente, que este se recusara a colaborar com as autoridades públicas, **deixando**, até mesmo, **de apresentar a sua versão** para os fatos (**Apenso**, fls. 51v.).



Cabe advertir, presentes tais razões, **que esse fundamento** – ausência de colaboração do réu com as autoridades públicas – **não pode erigir-se em fator subordinante** da decretação **ou** da preservação da prisão cautelar **de qualquer** réu, **como resulta claro** de decisão **emanada** da colenda **Primeira Turma** do Supremo Tribunal Federal:

*“(…) **PRISÃO PREVENTIVA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – POSTURA DO ACUSADO – AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO**. O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. **A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual.** (…).“*

(**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **grifei**)

Ao assim proceder, a ilustre magistrada **de primeira** instância **exigiu**, de um réu (**o ora paciente**), comportamento processual **que não lhe podia** ser exigido **nem** imposto, **eis que** o princípio constitucional **contra** a auto-incriminação, **por revestir-se** de conteúdo abrangente, **compreende diversas** prerrogativas jurídicas, dentre as quais a **que protege qualquer** pessoa submetida a atos de persecução penal, **valendo referir**, por expressivo, o direito **de não produzir** provas contra si mesma (LUIZ FLÁVIO GOMES, “**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**“, vol. 4/106, em co-autoria com VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 2008, RT; SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER, “**A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e Sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**“, p. 125, item n. 4.4.7, 2000, RT, v.g.).

É importante assinalar, neste ponto, que, **em virtude** do princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a auto- -incriminação, **ninguém pode ser constrangido** a produzir provas **contra** si próprio (**RTJ 141/512**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 68.742/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, v.g.), **tanto quanto** o Estado, **em decorrência** desse mesmo postulado, **não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou** réus **como se** culpados (**já**) fossem (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Tais conseqüências – **direito individual de não produzir** provas contra si mesmo, de um lado, **e obrigação estatal de não tratar** qualquer pessoa como culpada **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, de outro – **qualificam-se** como direta emanção da presunção de inocência, **hoje expressamente contemplada** no texto da vigente Constituição da República (**CF**, art. 5º, **inciso LVII**).



Não se pode desconhecer, por relevante, **que a presunção de inocência**, além de representar **importante** garantia constitucional estabelecida em favor **de qualquer** pessoa, **não obstante** a gravidade do delito por ela **supostamente** cometido, **também impõe** significativa limitação ao poder do Estado, **pois impede-o** de formular, **de modo abstrato**, e por antecipação, juízo de culpabilidade **contra** aquele que **ainda não sofreu** condenação criminal **transitada** em julgado.

Na realidade, ao delinear um círculo de proteção **em torno** da pessoa do réu – **que nunca se presume culpado**, até que sobrevenha **irrecorrível sentença condenatória** -, o processo penal **revela-se** instrumento **que inibe** a opressão estatal e que, **condicionado** por parâmetros ético-jurídicos, **impõe**, ao órgão acusador, **o ônus integral** da prova, **ao mesmo tempo** em que faculta, ao acusado, **que jamais necessita demonstrar a sua inocência**, o direito de defender-se e de questionar, **criticamente**, **sob a égide** do contraditório, **todos** os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

É sempre necessário registrar que a pessoa **sob** investigação penal do Estado **não está obrigada a responder** ao interrogatório das autoridades policiais **ou** judiciárias, **podendo exercer**, sempre, de modo **inteiramente** legítimo, **em face** dos órgãos estatais, **o direito ao silêncio** (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **além de não precisar** demonstrar a sua inocência, **eis que**, como se sabe, **incumbe**, ao Ministério Público, **a comprovação plena** da culpabilidade **dos que sofrem** a “*persecutio criminis*”:

“(…) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

– **Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (‘essentialia delicti’) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.**

É sempre importante reiterar – na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria – que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.



(HC 83.947/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa rememorar que aquele **contra** quem foi instaurada **persecução penal tem**, dentre **outras** prerrogativas básicas, **o direito de permanecer** em silêncio (HC 75.257/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES – HC 75.616/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 78.708/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 79.244/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 79.812-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 199.570/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), **de não produzir** elementos de incriminação **contra** si próprio, **de não ser compelido** a apresentar provas que lhe comprometam a defesa **nem constrangido** a participar, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios **que lhe possam afetar** a esfera jurídica, **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES) e o fornecimento de padrões gráficos (HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO) **ou** de padrões vocais (HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE), **para efeito** de perícia criminal, **consoante adverte** a jurisprudência **desta** Suprema Corte:

“1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Réu que não compareceu à delegacia de polícia para depoimento. Fato que lhe não autoriza a custódia cautelar decretada. Ofensa à garantia constitucional de não auto-incriminação. Exercício do direito ao silêncio. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido. Precedentes. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, e art. 312 do CPP. O só fato de o réu, quando indiciado ou investigado, não ter comparecido à delegacia de polícia para prestar depoimento, não lhe autoriza decreto da prisão preventiva. (...)”

(HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

“PENAL. PROCESSO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI. DIREITO AO SILÊNCIO. TESTEMUNHA. AUTO-ACUSAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE.

*I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado **ou** acusado **permanecer** em silêncio, **evitando-se** a auto-incriminação.*

II – Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso. (...)”

(HC 89.269/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Essa orientação, por sua vez, **reflete-se** no magistério jurisprudencial **de outros** Tribunais (HC 57.420/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – HC 82.009/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, v.g.):



**“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO ‘A QUO’
DOS PACIENTES PRODUZIREM PROVA CONTRA SI MESMOS. APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – ‘NEMO TENETUR SE DETEGERE’.**

1. A auto-incriminação não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, o que legitima a insurgência dos Pacientes contra a determinação da prática de exercício probatório que possa reverter em eventual condenação penal.
2. Através do princípio ‘nemo tenetur se detegere’, visa-se proteger qualquer pessoa indiciada ou acusada da prática de delito penal, dos excessos e abusos na persecução penal por parte do Estado, preservando-se, na seara dos direitos fundamentais, especialmente neste caso, a liberdade do indivíduo, evitando que o mesmo seja obrigado à compilação de prova contra si mesmo, sob pena de constrangimento ilegal, sanável por ‘habeas corpus’. Cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII).“

(HC 2005.04.01.023325-6/PR, Rel. Des. Federal TADAAQUI HIROSE – TRF/4ª Região – grifei)

Mostra-se extremamente precisa, a respeito da inadmissibilidade de o Poder Público constranger o indiciado ou acusado a cooperar na investigação penal dos fatos e a produzir provas contra si próprio, a lição ministrada pelo eminente Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica“, “in” Revista do Advogado/AASP nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994):

“Outra decorrência do preceito constitucional, ainda no terreno da prova, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente (...).” (grifei)

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, **que o direito do réu à não auto-incriminação e à presunção de inocência, especialmente** quando preso, **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa (**mais especificamente** da prerrogativa de autodefesa), **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo** que se trate de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados.

A justa preocupação da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas **meramente acusadas** de práticas delituosas **tem representado, em tema** de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos **mais sensíveis e delicados** da agenda dos organismos internacionais, **seja** em âmbito regional, **como** o Pacto de São José



da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito universal, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **instrumentos que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras prerrogativas eminentes, **o direito de não produzir provas contra si próprio e o de não ser considerado culpado** pelo Estado **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, **cabendo referir**, por relevante, **nesse sentido**, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Artigo 48, n. 1) e a Convenção Européia dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2).

Vale registrar, finalmente, **expressivo fragmento** extraído do “*Livro Verde*” apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 26.4.2006, p. 5 e 6), **que analisa**, precisamente, o tema **concernente** ao princípio da presunção de inocência no âmbito da União Européia:

“A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (‘TEDH’) compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência Apenas a pessoa ‘objecto de uma acusação penal’ dela pode beneficiar. Os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. A presunção de inocência ‘exige [...] que os membros de um tribunal não partam da ideia pré-concebida de que o arguido cometeu a infracção que lhe é imputada’. O órgão jurisdicional não pode declarar um arguido culpado antes de estar efectivamente provada a sua culpabilidade. Um arguido não deve ser detido preventivamente excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa for sujeita a prisão preventiva, deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida. O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor do arguido. Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder a quaisquer perguntas. Normalmente o arguido não deve contribuir para a sua própria incriminação. Os seus bens não devem ser confiscados sem um processo equitativo.” (grifei)

Em suma: a invocação da prerrogativa **contra** a auto- incriminação é **inteiramente** oponível **a qualquer** autoridade **ou** agente do Estado, **e o exercício** desse direito, assegurado **pela própria** Constituição, **não legitima** a adoção de medidas **que afetem ou restrinjam** a esfera jurídica **daquele** contra quem se instaurou a “*persecutio criminis*”.

Essa é a razão pela qual **não tem sentido** decretar-se a prisão cautelar de alguém, **como sucedeu** na espécie em exame, **sob o fundamento** (equivocado) de que o réu **não se mostrou** disposto a colaborar com o Estado, **recusando-se** a expor – segundo **enfatizou** a magistrada local – a sua versão para os fatos que lhe foram imputados (Apenso, fls. 51/51v.).



Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, **defiro o pedido de medida liminar, para**, até final julgamento **desta** ação de “*habeas corpus*”, **suspender**, cautelarmente, **a eficácia** da decisão **que decretou** a prisão preventiva do ora paciente (**Processo** nº 052.05.002953-5/00, **Controle** nº 2.674/2005, 1º Tribunal do Júri da comarca de São Paulo/SP), **expedindo-se**, imediatamente, **em favor** desse **mesmo** paciente, **se** por **al** não estiver preso, **o pertinente** alvará de soltura.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 115.202/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 990.08.074530-1) e ao MM. Juiz de Direito do 1º Tribunal do Júri da comarca de São Paulo/SP (**Processo** nº 052.05.002953-5/00, **Controle** nº 2.674/2005).

Publique-se.

Brasília, 09 de outubro de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Date Created

09/10/2008