

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.465 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S) : ITAGUASSU BORGES PINHEIRO
RECDO.(A/S) : FÁBIO BOEIRA
ADV.(A/S) : FÁBIO BOEIRA DA COSTA
ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO PUENTE DE SOUZA FILHO

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com amparo no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que por unanimidade, "*concederam a ordem para que sejam desconsideradas as provas obtidas com o cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do paciente*".

No apelo extremo, o recorrente sustenta a existência de repercussão geral e que o julgado teria violado dispositivos constitucionais. Alega, em síntese, que o entendimento do Tribunal de origem, ao desconsiderar as provas obtidas mediante o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do recorrido, por suposta afronta ao direito da não auto-incriminação, teria violado o art. 5º, X e LXIII, da Constituição Federal. Anotou que "*o Tribunal a quo confundiu o iniludível direito do investigado a não colaborar com as investigações com a possibilidade legal de investigar-se, a partir de objetos coletados em sua residência, a existência de vínculo biológico entre ele e o feto encontrado no útero da vítima do homicídio, circunstância esta que, uma vez confirmada, pode funcionar como decisivo elemento de convicção no julgamento perante o Tribunal do Júri*".

Em 05/02/2010, o então relator, Min. AYRES BRITTO, solicitou ao Superior Tribunal de Justiça que, tão logo ocorresse o trânsito em julgado

RE 603465 / RS

do Agravo de Instrumento (AG 1.166.017/RS), remetesse a esta CORTE a cópia pertinente.

Após redistribuição destes autos ao meu antecessor, o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral do Tema 280 (RE 603.616/RG, Rel. Min. GILMAR MENDES), foi determinada a devolução dos autos ao Tribunal de origem para fins do art. 543-B, do antigo CPC.

Em 10/10/2016, os autos foram devolvidos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob o fundamento de que a controvérsia posta nos autos não guardaria relação com o referido tema.

O Tema 280 teve o seu julgamento de mérito em 05/11/2015, cuja tese foi fixada nos seguintes termos:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

(RE 603.616/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO Dje 10/05/2016).

Em razão de estar pendente de julgamento o REsp 1.216.522/RS (reautuação do AG 1.166.017/RS), que foi interposto concomitantemente a este Recurso Extraordinário, determinei o sobrestamento do presente Recurso Extraordinário, em Secretaria, até o julgamento definitivo do REsp 1.216.522/RS em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

Sobreveio a informação, oriunda da Coordenadoria da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, comunicando o julgamento do REsp 1.216.522/RS, oportunidade em que o Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO não conheceu do Recurso Especial. Foi comunicado o trânsito em julgado do Recurso Especial em 23/04/2018.

Os autos retornaram à minha relatoria.

É o relatório.

Decido.

No que tange ao **pedido de declaração da validade das provas obtidas mediante busca e apreensão na residência do recorrido**, entendo assistir razão ao recorrente.

É certo que, nos termos do art. 5º, LVI, da CF, *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*, que, ademais, não são acolhidas, de longa data, por esta SUPREMA CORTE (RE 85.439/RJ, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RTJ 84/609; RE 100.094/PR, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ 110/798; RHC 63.834/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJU de 05/06/1987, p. 11.112). Trata-se de cláusula que protege e reverencia os direitos e garantias individuais previstos no nosso ordenamento jurídico, desautorizando, por via de consequência, a violação de uma liberdade pública durante o exercício da *persecutio criminis* pelo aparato estatal. Nessa linha, transcrevo, dado o seu teor pedagógico, precedente deste TRIBUNAL, relatado pelo Min. CELSO DE MELLO (HC 93.050/RJ, Segunda Turma, DJe de 06/08/2010):

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),

RE 603465 / RS

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 conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

No mesmo sentido: AP 341/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 25/8/2015, Primeira Turma, DJe de 02/10/2015; HC 90.094/ES, Rel. Min. EROS GRAU, julgamento em 08/06/2010, Segunda Turma, DJe de 06/08/2010; HC 90.298/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 08/09/2009, Segunda Turma, DJe de 16/10/2009.

Repise-se, no ponto, que a sanção processual cominada para o reconhecimento da ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade no processo, consoante a própria dicção do inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/08. Assim, nossa Carta Política contemplou o chamado direito de exclusão (*exclusionary rule*), sufragado na jurisprudência da Suprema Corte americana desde o século XIX (*Case Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 1886*), de sorte que a prova eivada de ilicitude deve ser excluída dos autos. Não há, pois, contaminação de todo o processo, permanecendo válidas as provas lícitas dela não decorrentes ou que advieram de fontes autônomas, consoante o vetusto entendimento deste SUPREMO TRIBUNAL (RHC 74.807-4/MT, Segunda Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 20/6/1997, p. 28.507; HC 74.530/AP, Primeira Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 13/12/1996; HC 75.892/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 17/04/1998; HC 76.171/SP, Segunda Turma, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 27/02/1998).

RE 603465 / RS

E, no caso concreto, não há como se atribuir a pecha da ilicitude à prova produzida.

Isso porque, a participação do indivíduo na persecução penal não é apenas um meio de assegurar que os fatos relevantes sejam trazidos à tona e os argumentos pertinentes considerados, mais do que isso, o direito de manifestar-se livremente e em ser ouvido no momento processual adequado é intrínseco à natureza do julgamento, cujo principal propósito é justificar o veredicto final, inclusive para o próprio acusado, como resultado legal justamente obtido, concedendo-lhe o respeito e a consideração que qualquer cidadão merece, preservando a impossibilidade de alguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, seja em suas declarações, seja na compulsoriedade de entrega de provas com potencial lesivo à sua defesa na persecução penal, como salienta T.R.S. Allan (*Constitucional Justice*. Oxford: University Press, 2006, p. 12 ss).

O privilégio contra a autoincriminação ("*privilege against selfincrimination*") tornou-se tema obrigatório a ser respeitado em relação ao direito constitucional à ampla defesa, sendo direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário das manifestações do investigado/réu e a regularidade de seu julgamento, com um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*, como bem salientado pelo citado professor da Universidade de Cambridge.

Esse *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* pressupõe absoluto respeito à dignidade da pessoa, a possibilidade de acesso à defesa técnica, com a participação do advogado em seu interrogatório, principalmente a ausência de qualquer tipo de coação ou indução nas declarações do investigado ou na produção de provas, por parte do comportamento de autoridades públicas.

O *caráter voluntário de suas manifestações* na óptica de um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* permite ao acusado exercer livre e discricionariamente o privilégio contra a autoincriminação, podendo, inclusive, optar pelas previsões legais que autorizem benefícios à sua confissão voluntária ou adesão às hipóteses de colaborações premiadas e

outras hipóteses de auxílio à Justiça. São suas opções e de sua defesa técnica.

Constitucionalmente, portanto, a opção livre e consciente em "*auxiliar ou não a Justiça*", bem como a escolha do "*momento adequado*" será sempre do acusado; que, jamais poderá ser prejudicado por exercer seu privilégio contra a autoincriminação.

No entanto, em momento algum a imprescindibilidade do absoluto respeito ao privilégio da não autoincriminação constitui uma cláusula de impunidade ou obstáculo intransponível à obrigatoriedade de respeito do indivíduo aos legítimos atos de persecução penal estatal.

A Constituição Federal consagra o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, mas não um "*direito de recusa ou de desrespeito*", ou seja, não é permitido recusar ou fraudar a participar de atos procedimentais ou processuais estabelecidos legalmente dentro do Devido Processo Legal.

A garantia ao silêncio do acusado consagrada no histórico julgamento norte-americano "*Miranda v. Arizona*", em 1966, onde a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, "você tem o direito de ficar calado" ("*you have the right do remain silente*"), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata do seu advogado; em momento algum, porém, proibiu que o preso ou o acusado fossem encaminhados compulsoriamente para interrogatório perante a autoridade competente ou pudessem, por meio de fraudes, praticar novos ilícitos para afastar sua responsabilidade penal antecedente.

Kent Greenawalt salienta a sujeição de todos ao alcance dos poderes compulsórios legalmente estabelecidos para o Estado e necessários para assegurar a confiabilidade da evidência, podendo se preciso submeter-se à busca de sua pessoa ou propriedade, identificar-se obrigatoriamente ou dar suas impressões digitais quanto autorizado em lei e ser intimado e conduzido para interrogatório (*Silence as a Moral and Constitucional Right*, 1981 – 23 William & Mary LR 15, pp. 35-41).

RE 603465 / RS

O art. 5º, LVIII, da CF, legitima o Estado, nas hipóteses previstas em lei, a realizar os procedimentos necessários para efetivar a identificação criminal do investigado, mesmo que civilmente identificado, e deslegitima qualquer conduta omissiva ou fraudulenta de sua parte, que tenha por finalidade ocultar a própria identidade.

O *privilégio contra a autoincriminação* não engloba a possibilidade de negativa ou fraude nos procedimentos de identificação criminal, pois o investigado mantém, plenamente, a sua opção de consentir em ser interrogado ou permanecer em silêncio, pois como observado pelo professor de Colúmbia, "não é constitucionalmente razoável e exigível que alguém traia a si mesmo – *nemo debet prodere se ipsum*".

A permissão constitucional de identificação criminal, obviamente, não se confunde com a indução ou coação de qualquer natureza realizada por autoridades públicas para obter ou forçar o interrogatório ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis e não obriga o indivíduo a produzir prova contra si mesmo; pois acarretaria inconstitucionalmente o desrespeito à sua '*participação voluntária*' na produção probatória.

O absoluto e intransigente respeito às garantias fundamentais não deve ser interpretado para limitar indevidamente o dever estatal de exercer a investigação e a persecução criminal, função de natureza essencial e que visa a garantir, também, o direito fundamental à probidade e segurança de todos os cidadãos.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira cláusula de indenidade absoluta aos investigados, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, lícitamente fixados pela legislação, entre eles o permissivo constitucional de realizar a identificação criminal do investigado (CF, art. 5º, LVIII).

O *privilégio contra a autoincriminação* não alcança aquele que não colaborou, ativamente, com os fatos objeto de discussão acerca da sua ilicitude. Até porque, o que se veda pelo princípio da não autoincriminação, como anteriormente destacado, é que se exija um comportamento ativo daquele que se recusa a colaborar voluntariamente

com as investigações ou, em última análise, seja ele compelido a colaborar para a própria condenação. A título de exemplo, destaco as seguintes situações: (a) exigência de que o sujeito fale e seja gravado, contra a sua vontade, para que seja analisado o seu padrão de voz; (b) a retirada de sangue, contra a vontade do agente, para a realização de eventual exame de DNA; (c) a colheita de material escrito, contra a vontade do agente, para que se compare com cartas ou manuscritos criminosos.

Tais hipóteses, à evidência, diferem-se da coleta de material físico já existente no mundo dos fatos, como, por exemplo, arquivos de mídia contendo a voz de determinado suspeito, gravações ambientais, material genético contido em bancos de sangue ou em objetos pessoais, dentre outros. Afinal, diante da recusa no fornecimento de elementos para a produção da prova por parte do acusado (fornecimento de áudios, material genético ou grafotécnico), as autoridades públicas podem obtê-los por outros meios, desde que prescindam da colaboração do réu. Daí o porque, consoante afirmei acima, *"o respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira cláusula de indenidade absoluta aos investigados, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, lícitamente fixados pela legislação, entre eles o permissivo constitucional de realizar a identificação criminal do investigado (CF, art. 5º, LVIII)."*

Nesse sentido, já decidiu esta SUPREMA CORTE, quando do julgamento do HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJe de 06/11/1998, consoante a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa

o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

A propósito, na trilha deste entendimento, o art. 240, do Código de Processo Penal, possibilita a busca e apreensão (domiciliar), quando fundadas razões a autorizarem, desde que seja determinada para: (a) prender criminosos; (b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; (c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; (d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; (e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; (f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; (g) apreender pessoas vítimas de crimes; (h) colher qualquer elemento de convicção.

Corolário do exposto, a ordem de busca e apreensão determinada pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Alegrete atendeu

RE 603465 / RS

aos preceitos legais e constitucionais, pois não se revestiu de conteúdo genérico ou inespecífico, pelo contrário, cumpriu com o mandamento constitucional insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal, como se observa pelo teor da referida decisão:

Nos termos do art. 240 do CPP, a busca e apreensão domiciliar terá lugar quando fundadas razões a autorizam e a finalidade foi, dentre outras, descobrir objetos necessários à prova da infração.

A este respeito, se é certo que eventual comprovação da paternidade não implicará, necessariamente, comprovação da autoria, não menos certo é que tal prova terá o condão, fatalmente, de fortificar as suspeitas até o momento no sentido da motivação do delito e das razões que teria o suspeito Itaguassu para praticar o fato, bem assim repercutirá diretamente na versão trazida pelo mesmo de que o relacionamento passageiro que teve com a vítima teria ocorrido há três anos, não mantendo contato com Schana desde dezembro de 2007.

Assim, indiscutível que a medida buscada é necessária à prova da infração, sobretudo no que diz com a autoridade do fato.

No que tange às "fundadas razões" exigidas pela lei, reporto-me, para evitar tautologia, à análise que procedi quando do pleito de produção antecipada de prova pelo Ministério Público:

Itaguassu é suspeito de ser o autor do delito de homicídio de Schana Planesso, a qual apurou-se estar grávida, sendo possível, a partir da comparação dos DNAs, concluir-se (ou excluir-se) a paternidade do nascituro.

Na hipótese, as investigações levadas a efeito, até o momento apontam para Itaguassu como possível autor do fato, na condição de amante da vítima e futuro pai da criança que esta esperava. As ligações cruzadas pela quebra de sigilo e as declarações da filha da vítima também apontam para o

envolvimento de Itaguassu no delito.

Diante da localização e identificação do corpo da vítima, a qual apurou-se estar realmente em estágio avançado de gravidez quando foi morta, identificando-se que o seu crânio estaria esfacelado, abriu-se nova possibilidade de elucidação da questão relativa à paternidade, vez que o feto restou recolhido e comporta perícia.

E, neste particular, a apuração acerca de quem seria o pai da criança que a vítima esperava guarda relação intrínseca com a motivação do delito e sua autoria, vez que, até o momento, a suspeita em relação a Itaguassu decorre de tal circunstância.

Portanto, o pleito do Ministério Público efetivamente está amparado em questão por demais relevante para as investigações, bem como urgente, já que o resultado da perícia poderia, por assim dizer, "atalhar" a discussão a respeito da suscitada paternidade, sem que signifique, por óbvio, conclusão imediata a respeito da autoria.

Ante o exposto, DEFIRO A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE BUSCA na residência do suspeito (Rua Major João Cezimbra Jaques, 311, Alegrete) para que a autoridade policial e seus agentes apreendam toda a sorte de objetos de uso pessoal que possam fornecer material genético do suspeito, a fim de se realizar a perícia comparativa com o feto.

Deverão ser observadas as garantias constitucionais, bem como o cumprimento deverá se dar em horário de luz solar.

À vista do que se expôs, há que ser reconhecida a validade da prova de que tratam os presentes autos, haja vista produzida sem a colaboração ativa do recorrido, a partir da coleta de material genético encontrado em objetos de uso pessoal localizados no seu domicílio (portanto, em prova pré-existente), uma vez ter inexistido qualquer afronta ao princípio da não auto-incriminação.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário para cassar o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Habeas Corpus n.

RE 603465 / RS

70027074400, reconhecendo como válida a prova obtida mediante o cumprimento do mandado de busca e apreensão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente