

HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : JORGE APARECIDO PEREIRA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “*Habeas corpus*”. Impetração deduzida **com base em fundamentos sequer apreciados** pelo Tribunal apontado como coator. **Indevida supressão de instância. Hipótese de incognoscibilidade** do remédio constitucional. **Precedentes. Possibilidade de concessão, em situações excepcionais, da ordem** de “*habeas corpus*” de ofício. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal. **Condenação penal** que se apoia em prova ilícita, **obtida** através da colheita de *padrões gráficos* do ora paciente **sem a prévia advertência de seu direito de não produzir provas contra si próprio** (CF, art. 5º, LVIII). **Abrangência da cláusula constitucional** do “*due process of law*”, **que compreende, dentre diversas prerrogativas** de ordem jurídica, **o direito contra a autoincriminação**. Postulado **segundo o qual** “*nemo tenetur se detegere*”. **Alcance e conteúdo dessa prerrogativa constitucional**. Direito do indiciado/réu ao silêncio. **Direito, que também lhe assiste, de não ser** constrangido **a produzir** provas **contra** si próprio, **de não colaborar** com as autoridades processantes ou investigantes, **bem assim de recusar-se**

HC 186797 / RJ

a participar, ativa ou passivamente, **de procedimentos probatórios** que lhe possam afetar a esfera jurídica. **Necessidade de respeito e observância**, por parte dos órgãos de persecução penal, magistrados e Tribunais, das garantias fundamentais **asseguradas a qualquer** investigado, indiciado **ou** réu. **Diretriz fundamental proclamada**, desde 1791, **pela quinta emenda** à Constituição dos Estados Unidos da América, **que compõe** o “*Bill of Rights*” daquele país. **Expressão concreta do direito de defesa, consagrado em importante “landmark ruling”** da Suprema Corte norte-americana (“*Miranda v. Arizona*”, 1966). Franquia constitucional **que também encontra suporte legitimador** em diversas convenções internacionais, **como o Pacto de São José da Costa Rica** (Artigo 8º, § 2º, “g”) **e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (Artigo 14, n. 2). **A questão da ilicitude da prova: tema impregnado de alto relevo constitucional. Direito fundamental de qualquer pessoa de não ser investigada, acusada, processada ou condenada com base em provas ilícitas** (HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*). **Inadmissibilidade** da sua produção em juízo **ou** perante **qualquer** instância de poder. A vocação protetiva do processo penal como instrumento de proteção à liberdade jurídica daquele que sofre persecução penal

HC 186797 / RJ

instaurada pelo Poder Público. **Doutrina.** **Precedentes.** “*Habeas corpus*” **concedido de ofício.**

– **Ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio** (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) **nem compelido a cooperar** com as autoridades incumbidas da persecução penal (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **em juízo ou fora dele, pois o postulado constitucional contra a autoincriminação reveste-se** de caráter abrangente **e compreende** diversas prerrogativas de ordem jurídica, **como o direito** de permanecer em silêncio (HC 79.812-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **o direito** de não ser obrigado a apresentar provas que lhe comprometam a defesa, **nem forçado a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios** que lhe possam afetar, “*in pejus*”, a esfera jurídica, **tal como o fornecimento, de próprio punho, de padrões gráficos necessários à realização de exame pericial grafotécnico** (HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.). **Precedentes.**

– A pessoa **submetida** a atos de persecução penal **não pode sofrer condução coercitiva, seja para efeito** de interrogatório (ADPF 395/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES –

HC 186797 / RJ

ADPF 444/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES), seja com o objetivo de induzi-la a produzir provas contra si própria (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **em razão de o postulado contra a autoincriminação, que se reveste de perfil constitucional** (HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **impossibilitar** a autoridade investigante **ou** judiciária **de obrigar** o indiciado **ou** o réu **a cooperar**, notadamente em detrimento de sua própria defesa, **na apuração** de fatos delituosos a ele atribuídos.

– **Aquele que sofrer** perseguição estatal **em razão de suposta prática delituosa deve ser prévia e formalmente cientificado** pela autoridade competente, *quando for o caso, de que não está obrigado a fornecer padrões gráficos*, de seu próprio punho, **para fins de perícia grafotécnica e, também, de que a recusa em fornecê-los não poderá resultar em efeitos prejudiciais à sua defesa, sob pena de, omitidas tais advertências, instaurar-se situação de ilicitude** que a ordem constitucional **repudia como absolutamente inválida, a significar** que a prova pericial assim obtida **mostrar-se-á imprestável e insuscetível** de conferir suporte probatório legitimador de eventual condenação criminal (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

HC 186797 / RJ

– **Ninguém** pode ser investigado, denunciado **ou** condenado **com base, unicamente**, em provas ilícitas (**HC 129.646-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **quer se trate** de ilicitude originária, **quer se cuide** de ilicitude por derivação.

– **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 indiciado **ou** acusado em sede processual penal. **Repulsa à fórmula autoritária, incompatível com os princípios** que regem o processo penal democrático, do “*male captum, bene retentum*”. **Doutrina. Precedentes.**

DECISÃO: **Trata-se** de “*habeas corpus*” **impetrado** contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS.

HC 186797 / RJ

AUTORIA COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, NEGANDO-LHE PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser conhecido o agravo.

2. Tendo o Tribunal de origem concluído no sentido da existência de suficiente suporte probatório acerca da prática da conduta delituosa apto a sustentar um decreto condenatório, a revisão do julgado pretendida pela defesa demanda a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento."

(AREsp 1.617.939-AgRg/RJ, Rel. Min. NEFI CORDEIRO – grifei)

A análise objetiva do caso concreto revela que o ora paciente foi condenado, em segundo grau de jurisdição, pela prática do delito de tráfico internacional de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33, c/c o art. 40, inciso I), em razão da remessa de 47g de cocaína, via postal, encaminhada em nome de seu desafeto, Marcelo Henrique Caldeira, à cidade espanhola de Barcelona.

Conforme se verifica nos autos, o paciente em questão foi submetido, na fase pré-processual de investigação penal, à coleta de padrões grafotécnicos para sua posterior análise comparativa, mediante perícia, com a grafia constante da correspondência postal encaminhada à Espanha.

O Juízo Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ao julgar o mérito da acusação penal (Processo nº 0809501-87.2011.4.02.5101), constatou a inocorrência, na obtenção dos padrões gráficos do ora paciente, de prévia advertência sobre seu direito constitucional de não produzir provas contra si próprio (CF, art. 5º, LXIII),

HC 186797 / RJ

além de ter sido “colhido no inquérito policial desacompanhado de advogado”, **motivo pelo qual reconheceu a ilicitude dessa prova, absolvendo-o, nos termos** do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por sua vez, **ao julgar** o recurso de apelação **interposto** pelo Ministério Público Federal, **afastou a nulidade de referida prova pericial** de natureza grafotécnica, **apoiando-se**, para tanto, **no fato de que não houve** “registro de nenhuma resistência ou medida coercitiva ou intimidatória por parte dos policiais a fim de obrigar o réu a colaborar com a prova”, **bem assim porque** “o inquérito policial é procedimento inquisitivo e não sujeito ao contraditório, razão pela qual a realização de exame grafotécnico prescinde da participação da defesa técnica do acusado, assim como de eventual entrevista prévia com ele”.

Busca-se, portanto, nesta sede processual, **a invalidação** do acórdão condenatório **proferido** contra o ora paciente, **pois**, segundo se alega, **exclusivamente sustentado** em exame pericial realizado **em flagrante desrespeito à prerrogativa constitucional contra a autoincriminação e às garantias do contraditório e da ampla defesa.**

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **manifestou-se contrariamente** à concessão da ordem de “habeas corpus” **em parecer** assim ementado:

“HABEAS CORPUS”. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO, MANTIDA COM A NEGATIVA DE PROVIMENTO A ARESP. IMPUGNAÇÃO DIRETA A ACÓRDÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR INSUFICIÊNCIA E

HC 186797 / RJ

ILICITUDE DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO 'WRIT'."
(grifei)

*Sendo esse o contexto, **passo a examinar a admissibilidade**, na espécie, deste processo de "habeas corpus". **E, ao fazê-lo, entendo-o insuscetível de conhecimento.***

*Com efeito, **verifica-se** da análise da decisão ora impugnada que ela **sequer examinou** os fundamentos **em que se apoia** esta impetração.*

***Inexiste**, portanto, coincidência temática **entre** as razões invocadas **nesta** ação de "habeas corpus" e **aquelas que dão apoio** à decisão **objeto** de impugnação na **presente** sede processual.*

***Essa circunstância** (ocorrência *de incoincidência temática*) **faz incidir**, na espécie, **em relação** a este "writ" constitucional, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assim se tem pronunciado** nos casos em que os fundamentos apresentados pelo impetrante **não guardam pertinência** com aqueles **que dão suporte** à decisão impugnada (**RTJ 182/243-244**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **HC 73.390/RS**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **HC 81.115/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.):*

"IMPETRAÇÃO DE 'HABEAS CORPUS' COM APOIO EM FUNDAMENTO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO 'WRIT' CONSTITUCIONAL.

– Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional do 'habeas corpus', quando impetrado com suporte em fundamento que não foi apreciado pelo Tribunal apontado como coator.

HC 186797 / RJ

Se se revelasse lícito ao impetrante agir ‘per saltum’, registrar-se-ia indevida supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos de ordem processual. Precedentes.”

(RTJ 192/233-234, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“Em ‘habeas corpus’ substitutivo de recurso ordinário, a inconformidade deve ser com o acórdão proferido pelo STJ, e não contra o julgado do Tribunal de Justiça.

O STF só é competente para julgar ‘habeas corpus’ contra decisões provenientes de Tribunais Superiores.

Os temas objeto do ‘habeas corpus’ devem ter sido examinados pelo STJ.

.....
Caso contrário, caracterizaria supressão de instância.

‘Habeas Corpus’ não conhecido.”

(HC 79.551/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM – grifei)

Disso tudo resulta que as razões **invocadas** pela parte impetrante, para serem conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de “habeas corpus”, **precisavam** constituir objeto *de prévio exame* por parte do E. Superior Tribunal de Justiça, **sob pena** de configurar-se, como precedentemente já acentuado, **inadmissível** supressão de instância, **consoante tem advertido** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

**“EXECUÇÃO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’.
PROGRESSÃO DE REGIME. CUMPRIMENTO DE UM
SEXTO DA PENA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO
TRIBUNAL ‘A QUO’. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS.
PRECEDENTES. ‘WRIT’ NÃO CONHECIDO.**

1. A presente impetração visa ao reconhecimento do direito do paciente em progredir de regime prisional em razão do cumprimento de um sexto da pena.

2. A questão suscitada pelo impetrante no presente ‘habeas corpus’ não foi sequer apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, já que não tinha sido submetida anteriormente ao crivo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

HC 186797 / RJ

3. Desse modo, o conhecimento da matéria, neste momento, pelo Supremo Tribunal Federal acarretaria inadmissível supressão de instâncias.

4. A jurisprudência dessa Suprema Corte é firme no sentido de que 'não se conhece de 'habeas corpus' cujas questões não foram apreciadas pela decisão contra a qual é impetrado' (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094).

5. 'Writ' não conhecido."

(HC 97.761/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Ocorre, no entanto, que, em situações excepcionais, o Supremo Tribunal Federal, mesmo não conhecendo do "writ" constitucional, tem, ainda assim, concedido, ex officio, a ordem de "habeas corpus", desde que configurada situação de evidente ilegalidade ou de manifesta inobservância da jurisprudência prevalecente no âmbito desta Corte Suprema.

Por tal razão, passo a apreciar a matéria veiculada na presente impetração. E, ao fazê-lo, verifico que os elementos produzidos nesta sede processual revelam-se suficientes para justificar o acolhimento da pretensão deduzida pela parte impetrante.

É que a análise dos presentes autos evidencia que realmente não houve, na coleta dos padrões gráficos do ora paciente para realização de perícia, a prévia advertência – a que ele tinha indubitavelmente direito – sobre a sua inafastável prerrogativa constitucional de não produzir provas contra si próprio (CF, art. 5º, LXIII). Nesse ponto, houve clara falha do Estado provocada pela ausência, por parte da autoridade policial, dessa necessária e essencial cientificação de que o investigado, ora paciente, não estava obrigado nem podia ser juridicamente compelido a fornecer, de próprio punho, padrões gráficos para a realização da perícia grafotécnica.

Nesse sentido, vale lembrar os fundamentos da sentença penal absolutória proferida em favor do ora paciente, cabendo referir,

HC 186797 / RJ

ante a procedência de suas observações, o seguinte trecho de mencionada decisão:

“1.2 – AUTORIA

No que tange à autoria delitiva, não há provas cabais nos autos a ensejar um decreto condenatório em desfavor do acusado, vejamos:

A correspondência postal descrita na peça acusatória tinha como remetente o Sr. Marcelo Henrique Caldeira, que, ao ser ouvido em sede policial, relatou desavenças com o acusado Jorge Aparecido Pereira em razão deste ter procurado residir com a ex companheira de Marcelo (fls. 33/34). Este depoimento foi corroborado em sede judicial, muito embora o Sr. Marcelo tenha sido ouvido na qualidade de vítima, e não de testemunha compromissada.

.....
Com relação à validade da prova questionada (exame grafotécnico) pela doura defesa, entendo neste caso o seguinte:

O princípio do ‘Nemo tenetur se detegere’ aplicável à hipótese em comento. Além de ampla aplicação no Brasil, o ordenamento jurídico pátrio preconiza, no inc. LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado’. Isso vale para qualquer fase do processo, do inquérito à ação penal. Esse princípio deriva da modernização do Direito Penal, evoluindo do processo inquisitivo medieval, em que a confissão era tida como a suprema prova e, para obtê-la, qualquer método – inclusive o sofrimento físico impingido pela tortura – poderia ser utilizado.

O princípio citado significa que ninguém será obrigado a se autoincriminar ou produzir prova contra si, tampouco a fornecer coercitivamente declaração, dado ou prova que deponha contra si. A máxima efetividade dos direitos constitucionais potencializa sua atuação e abrange o direito ao silêncio, direito de não confessar, de não falar a verdade e, o mais importante para o caso em exame, o de não colaborar com a investigação criminal, sem que se lhe tenha sido dada a alternativa de consultar-se com um advogado.

HC 186797 / RJ

Na colheita da amostra grafotécnica em exame, a autoridade policial absteve-se de esclarecer ao acusado que ele não seria obrigado a realizar prova contra si. Além disso, nem oportunizou a entrevista privada com causídico que o defendesse. Desse modo, entendo que tal prova não pode ser considerada em questão para embasar um decreto condenatório, em razão da nulidade no ato de obtenção desse exame grafotécnico.

Por outro giro, inexistindo outro fato ou indício, ao menos, de que o acusado tenha de fato cometido qualquer delito, a dúvida permanece em caso. Até porque, a única prova que poderia ser considerada em questão seria o depoimento descompromissado de um desafeto do acusado, o Sr. Marcelo Henrique Caldeira.

Nesse sentido, a própria peça acusatória, ao narrar o delito de tráfico de entorpecente via postal, aduz que 'Ao ser intimado, Marcelo Henrique Caldeira afirmou peremptoriamente não haver postado encomenda postal com destino à Espanha contendo substância entorpecente. Ademais, o depoente imputou a autoria dos fatos delituosos em comento ao denunciado, o qual teria assim agido para se vingar da postura adotada por Marcelo Henrique Caldeira no sentido de impedir que o acusado residisse no mesmo imóvel em que moravam a ex-companheira e a filha do depoente' (fls. 174).

Ora, não obstante a seriedade do depoimento do Sr. Marcelo, o fato é que, em se tratando de processo penal, a condenação, salvo determinadas exceções, não deve ocorrer exclusivamente na colheita de uma prova testemunhal descompromissada que foi ouvida na qualidade de vítima do fato criminoso.

Ademais, não há outras provas testemunhais e o exame grafotécnico juntado aos autos, colhido no inquérito policial desacompanhado de advogado e sem ciência inequívoca ao acusado, no sentido de que o mesmo não seria obrigado a realizar prova contra si, não deve ser considerado prova válida por padecer de vício de nulidade, na forma da fundamentação acima exposta.

HC 186797 / RJ

Ressalto ainda que os elementos perquiridos exclusivamente em sede de Inquérito Policial não são aptos, por si só, a constituir meio de prova, devendo sempre ser judicializados, conforme iterativa jurisprudência acerca do tema.

No mais, a título de ilustração, cabe aduzir que o ônus da prova de ter o acusado concorrido ou praticado algum delito é todo do Ministério Público Federal. Cabe a ele trazer aos autos elementos suficientes para o convencimento do magistrado da materialidade do delito e, mais importante ainda, da autoria. O MPF não se desincumbiu convincentemente de seu múnus, que vem a ser o de comprovar, acima de qualquer dúvida, de que o acusado praticou com juízo de certeza o delito de tráfico de drogas via postal.

Verifico, por conseguinte, salvo a prova obtida de forma inválida (exame grafotécnico), não há, no conjunto probatório colacionado aos autos, nenhum outro elemento apto que possa conduzir à certeza necessária à expedição de um decreto condenatório penal em desfavor do acusado.

Por fim, consigno que, não obstante a gravidade das acusações imputadas ao acusado, entendo que a prova colhida é precária e não detém a robustez necessária a ensejar uma sentença penal condenatória que exige um juízo de certeza, ressaltando o princípio da independência das instâncias (penais e extrapenais) que pode conduzir a resultado diverso quando a sentença penal absolutória estiver embasada na insuficiência de provas.

Assim sendo, a absolvição se impõe na espécie por insuficiência de provas.” (grifei)

Ninguém ignora, considerado o comando normativo inscrito no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que indiciados e réus (e, até mesmo, testemunhas) dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a autoincriminação, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica (“*Nemo tenetur se detegere*”).

HC 186797 / RJ

Cumpr **ressaltar**, a esse respeito, que o postulado **segundo o qual** “*Nemo tenetur se detegere*” – **explicitado** textualmente na Constituição da República **e traduzido na cláusula do 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 – **HC 89.269/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 89.503/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RE 199.570/MS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *v.g.*) – **compreende**, em uma perspectiva muito mais ampla, entre outras prerrogativas jurídicas, **o direito de não produzir quaisquer** elementos de incriminação **contra** si próprio, **não podendo 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), **o fornecimento** de padrões vocais (**HC 83.096/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE) **ou**, ainda, *como no caso destes autos*, o de padrões gráficos (**HC 77.135/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO).

Essa orientação, por sua vez, **reflete-se** no magistério jurisprudencial de outros Tribunais (**HC 2005.04.01.023325-6/PR**, Rel. Des. Federal TADAAQUI HIROSE, *TRF4* – **HC 0708643-36.2020.8.07.0000**, Rel. Des. Federal GEORGE LOPES, *TJDFT*, *v.g.*), **notadamente** do E. Superior Tribunal de Justiça (**HC 57.420/BA**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – **HC 82.009/BA**, Rel. Min. DENISE ARRUDA – **HC 179.486/GO**, Rel. Min. JORGE MUSSI – **HC 249.330/PR**, Rel. Min. JORGE MUSSI, *v.g.*):

“APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA (CP, ART. 299). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSADA.

1. PROVA ILÍCITA. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. INFORMAÇÃO DO ‘NEMO TENETUR SE DETEGERE’

HC 186797 / RJ

(CF, ART. 5º, INC. LXIII). 2. PROVA DA MATERIALIDADE. PREENCHIMENTO DE RECEITA MÉDICA EM BRANCO. PERÍCIA.

1. É ilícita a perícia grafotécnica confeccionada com base em tomada de letra do agente se este não foi informado, por ocasião do preenchimento dos caracteres padrão, de que não é obrigado a produzir prova contra si.

2. Se o agente é acusado de preencher receitas médicas em branco (embora já assinadas) às quais tinha acesso, e se tais documentos não foram destruídos ou extraviados, é necessária perícia grafotécnica para atestar a materialidade, devendo o acusado ser absolvido na ausência de tal prova.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”

(Apelação Criminal nº 0008270-29.2012.8.24.0008/SC, Rel. Des. SÉRGIO RIZELO, TJSC – grifei)

“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. 5º, 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).

HC 186797 / RJ

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'. DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUIR 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. 5º, 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, 1ª 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

HC 186797 / RJ

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. 5º, 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

HC 186797 / RJ

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, 2ª 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. Min. LAURITA VAZ, STJ – grifei)

“HABEAS CORPUS’. CRIME CAPITULADO NO ART. 251 DO CPM. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE ORIGEM, NA FASE DO ART. 427 DO CPPM, PARA QUE A UNIDADE MILITAR PROCEDA À REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA REQUERIDA PELO MPM. RECUSA DO ACUSADO EM FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ‘NEMO TENETUR SE DETEGERE’. PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE VEDA A AUTOINCRIMINAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

I – Com fundamento no princípio ‘nemo tenetur se detévere’, o acusado não deve ser compelido a fornecer material para subsidiar exame grafotécnico que leve à sua autoincriminação, cabendo a observância do preceito constitucional insculpido no inciso LXIII do art. 52 da Constituição Federal de 1988 que veda a autoincriminação do indiciado ou acusado.

II – Segundo entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a Decisão de fornecer padrões gráficos de próprio punho, para os exames periciais, cabe apenas quando o acusado for intimado para fazê-lo a seu alvedrio.

Ordem de ‘habeas corpus’ concedida. Decisão unânime.”

(HC nº 68-98.2016.7.00.0000/RJ, Rel. Min. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, STM – grifei)

HC 186797 / RJ

“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).

HC 186797 / RJ

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. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011, ...).*

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 à 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,

HC 186797 / RJ

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. Min. FELIX FISCHER, STJ – grifei)

Vê-se, daí, que qualquer pessoa que sofra **investigações penais**, policiais **ou** parlamentares, **ostentando**, **ou não**, a condição formal de indiciado – **ainda** que convocada como testemunha –, **possui**, entre as várias prerrogativas que lhe são **constitucionalmente** asseguradas, **o direito de não produzir provas** contra si própria, **consoante amplamente enfatizado pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte** (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) **e**, também, do E. Superior Tribunal de Justiça, **cujos precedentes** acima deixei consignados.

Não constitui demasia assinalar, a esse respeito, **que a invocação** da prerrogativa contra a autoincriminação é **inteiramente oponível** ao Estado, **a qualquer** de seus Poderes **e** aos seus respectivos agentes **e** órgãos. **Atua**, nesse sentido, **como poderoso fator de limitação** das próprias atividades de investigação **e** de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, *p. ex.*).

O entendimento de que a pessoa **sujeita** a atos de persecução penal **não pode nem mesmo sofrer** condução coercitiva, **para efeito** de interrogatório **ou de produção de provas contra si própria**, **exceto** em casos de reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) **ou de identificação criminal** (Lei nº 12.037/2009, art. 3º), **tem o beneplácito** do magistério da doutrina (DIOGO MALAN, “Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal”, “in” Boletim IBCCrim, n. 266, p. 02/04, jan/2015; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE

HC 186797 / RJ

FREITAS, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 408, 2012, Saraiva; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 740, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; ROBERTO DELMANTO JUNIOR, “Inatividade no Processo Penal Brasileiro”, p. 164, item n. 5.8.2, 2004, RT, v.g.).

Mostra-se extremamente exata, neste ponto, a advertência quanto à inadmissibilidade de o Poder Público **constranger o indiciado **ou** acusado **a cooperar** na investigação penal dos fatos **e a produzir** provas **contra** si próprio, **como resulta da precisa 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)

Essa orientação, por sua vez, **tem o beneplácito** da própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **como se vê**, p. ex., **dos seguintes julgados**:

“(…) 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

HC 186797 / RJ

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)

"(...) 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 perseguição 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 perseguição 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."

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 523/2008)

HC 186797 / RJ

Ao delinear um círculo de proteção **em torno** da pessoa do réu, 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.

A importância do entendimento firmado **em *Miranda v. Arizona*** (1966) **assumiu** tamanha significação **na prática** das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América, **que a Suprema Corte** desse país, em julgamento **mais** recente (2000), **voltou a reafirmar** essa “*landmark decision*”, **assinalando** que as diretrizes **nela** fixadas (“*Miranda warnings*”) – **entre as quais** se encontra a **prévia** cientificação **de que ninguém** é obrigado a confessar **ou** a responder a **qualquer** interrogatório – **exprimem** interpretação do próprio “*corpus*” constitucional, **como advertiu** o então “*Chief Justice*” William H. Rehnquist, **autor** de tal decisão, **proferida**, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso ***Dickerson v. United States*** (530 U.S. 428, 2000), **daí resultando**, como **necessária** consequência, **a intangibilidade** desse precedente, **insuscetível de ser derogado** por legislação **meramente ordinária emanada** do Congresso americano (“...*Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution...*” – grifei).

Definitiva, sobre esse aspecto, **a lição** de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“*Curso de Direito Constitucional*”, p. 635/636, item n. 9.3.3.3.1, 2007, IDP/Saraiva):

“O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não auto-incriminação, que outorga ao preso e ao acusado em

HC 186797 / RJ

geral o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII).

Tal como anotado por Pertence em magnífico voto proferido no HC 78.708, de que foi o relator (DJ de 16-4-1999), 'o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em Miranda vs. Arizona (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação – 'nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam' –, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade.

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio – as chamadas 'Miranda rules' – não de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: 'while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way'.

Antes do advento do texto constitucional de 1988, o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade e do processo acusatório.

Agora, diante da cláusula explícita acima referida, compete ao intérprete precisar o significado da decisão do constituinte para a ordem constitucional como um todo.

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

A jurisprudência avançou para reconhecer o direito ao silêncio aos investigados nas Comissões Parlamentares de Inquérito.” (grifei)

Resulta claro, portanto, no caso concreto, que a inobservância, por parte da autoridade policial, dessa prerrogativa essencial do investigado prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal teve por consequência, como corretamente advertiu o eminente magistrado de primeira instância, a nulidade do exame pericial realizado, sendo certo, ainda, que a

HC 186797 / RJ

acusação penal **oferecida** pelo Ministério Público Federal **não encontra suporte em nenhum outro** elemento probatório **independente que justifique, de modo pleno**, a própria instauração do processo criminal, **menos ainda** a proclamação, *em face desse mesmo paciente*, de um juízo penal condenatório **com apoio exclusivo** em prova **flagrantemente** inconstitucional.

Nesse contexto, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, **no âmbito** do processo penal condenatório, a garantia constitucional do **devido processo legal**, **cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos, resoluções e decisões do Poder Judiciário, **notadamente** em matérias **que envolvam a atividade probatória** do Estado (“*nulla accusatio sine probatione*”).

A transgressão, pelo Poder Público, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas **em favor** dos investigados **culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, que provoca**, como direta consequência **desse gesto de infidelidade** às limitações **impostas** pela Lei Fundamental, **a própria inadmissibilidade processual** dos elementos probatórios assim coligidos.

Impõe-se lembrar, bem por isso, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, **a inquestionável hostilidade** do ordenamento constitucional brasileiro **às provas ilegítimas e às provas ilícitas**. A Constituição da República **tornou inadmissíveis**, no processo, as provas **inquinadas** de ilegitimidade **ou** de ilicitude (CF, art. 5º, LVI), **tal como tem advertido, em sucessivos julgados, a jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte (**RTJ** 163/682 – **RTJ** 163/709 – **HC 72.588/PB**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 93.050/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER

HC 186797 / RJ

INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA 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 Constituição da República**, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CE, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CE, 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 DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA (‘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**

HC 186797 / RJ

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 venenosa’) 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 da persecução penal, 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 da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cujá 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 – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS ‘SILVERTHORNE

HC 186797 / RJ

LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.."

(**RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Os argumentos que venho de expor, **todos eles amparados** em precedentes do Supremo Tribunal Federal, **conferem**, a meu juízo, *razão jurídica* à pretensão **deduzida** pela parte impetrante, **ainda mais se se considerar** que exames periciais realizados *sem prévia e necessária informação* ao investigado de que este **tem o direito** de recusar-se a colaborar com a autoridade policial (ou judiciária), **considerada**, sob tal aspecto, *a sua prerrogativa contra a autoincriminação*, **qualificam-se**, quanto à sua eficácia probante, **como provas ilícitas**, que, *repudiadas pela própria ordem constitucional*, **reputam-se inadmissíveis** em juízo (**CF**, art. 5º LVI).

Essa **mesma** percepção do tema **tem sido revelada por doutrinadores eminentes** (VÂNIA SICILIANO AIETA, "A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris; LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Viagem Redonda: 'Habeas Data', Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" "in" RDA 213/149-1; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva; GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI, "Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", "in" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, "in" "Os 10 Anos da Constituição Federal", **coordenação** de Alexandre de Moraes, 1999, Atlas; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, "Provas Ilícitas:

HC 186797 / RJ

Limites à Licitude Probatória", p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, **"Código de Processo Penal Comentado"**, p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, **"Ordem Judicial de Busca e Apreensão e Ilicitude da Prova dela Extrapolante"**, "in" RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, **"As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais"**, p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **"Código de Processo Penal Comentado"**, vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva, v.g.), **valendo destacar, ante o relevo de suas observações, a lição** da saudosa e eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (**"Liberdades Públicas e Processo Penal"**, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT):

"A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

.....
Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana." (grifei)

HC 186797 / RJ

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*”.

A razão dessa clara hostilidade da Constituição *às provas impregnadas de ilicitude* **refere-se** ao fato de que o processo penal, **como sempre tenho enfatizado** em sucessivos julgados por mim proferidos nesta Corte Suprema, **qualifica-se, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, como valioso instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica** daquele contra quem se instaurou a “*persecutio criminis*” (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Mostra-se importante ter sempre presente, bem por isso, **a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade**, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz** deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, *que se rege por estritos padrões normativos*, **traduz** atividade *necessariamente subordinada* a limitações de ordem jurídica, **tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem** o poder do Estado, **a significar, desse modo, tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.**

HC 186797 / RJ

É por esse motivo que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. *Ao contrário*, ele representa poderoso *meio de contenção e de delimitação* dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar *a decisiva importância* do processo penal **no contexto** das liberdades fundamentais, **pois** – *insista-se* – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder eventualmente **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”*, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de *“instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”*, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (*“Instituições de Processo Penal”*, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:**

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Tal percepção a propósito da *vocação protetiva do processo penal*, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais *que vigora em nosso País*, **é também perfilhada** por *autorizadíssimo (e contemporâneo)* magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial *como “garantia dos acusados”* (VICENTE GRECO FILHO, *“Manual de Processo Penal”*, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *“Processo Penal”*, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO,

HC 186797 / RJ

“Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato *supostamente* criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “*persecutio criminis*” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cujas prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações

HC 186797 / RJ

significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial 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.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (RTJ 183/371-372, p. ex.), pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem consequências gravosas no plano de direitos e garantias individuais exige obediência ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR,

HC 186797 / RJ

“O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, *v.g.*).

A magnitude desse tema **justifica**, em sua análise, **que esta** Suprema Corte **insista** na asserção **de que os direitos da pessoa humana – constituindo uma pauta essencial de valores a que deve incondicional respeito o Poder Público – impõem-se como limitações insuperáveis ao poder de investigar, ao poder de processar e ao poder de julgar, que assistem, soberanamente, ao Estado, que deve sempre observar, por isso mesmo, os princípios que consagram as garantias fundamentais caracterizadoras do direito a um julgamento justo, regular e público (“right to a fair trial”)**.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **não conheço** da presente impetração, **mas concedo**, de ofício, **a ordem** de “*habeas corpus*”, **para invalidar o acórdão condenatório** proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (**Apelação Criminal** nº 0809501-87.2011.4.02.5101), **restabelecendo-se**, em consequência, de modo pleno, **a sentença penal proferida** pelo Juízo Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, **que absolveu** o ora paciente **com base** no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (**Ação Penal** nº 0809501-87.2011.4.02.5101).

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**AREsp** 1.617.939/RJ), ao E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (**Apelação Criminal** nº 0809501-87.2011.4.02.5101) e ao Juízo Federal da 4ª Vara

HC 186797 / RJ

Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (**Ação Penal** nº 0809501-87.2011.4.02.5101).

Arquivem-se estes autos.

Publique-se.

Brasília, 12 de outubro de 2020.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator