

03/07/2023

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. NUNES MARQUES**
AGTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
AGDO.(A/S) : **JORGE APARECIDO PEREIRA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. COLETA DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. ILICITUDE DA PROVA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição da República, em seu art. 5º, LXIII, garante que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, regra que traduz os direitos fundamentais de qualquer pessoa submetida a investigação ou persecução penal de se manter em silêncio, de não se autoincriminar e de ser advertida quanto a possuir tais prerrogativas.

2. Não havendo a autoridade policial esclarecido ao acusado que ele não era obrigado a produzir prova contra si, é ilícito o material grafotécnico colhido.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual realizada de 23 a 30 de junho de 2023, na conformidade da ata de

HC 186797 AGR / RJ

julgamentos, por maioria, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencidos os ministros André Mendonça e Dias Toffoli.

Brasília, 3 de julho de 2023.

Ministro NUNES MARQUES
Relator

08/02/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) : JORGE APARECIDO PEREIRA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: O Ministério Público Federal interpôs agravo interno contra pronunciamento do então Relator deste processo, ministro Celso de Mello, assim resumido:

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 a participar, ativa ou passivamente, de

HC 186797 AGR / RJ

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 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

HC 186797 AGR / RJ

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 – 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 persecução 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.*).

– 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

HC 186797 AGR / RJ

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.

Sustenta, em síntese, a licitude da prova grafotécnica anulada. Pretende, ao fim, o restabelecimento da condenação do paciente.

A parte agravada apresentou contraminuta, na qual pugna pela manutenção da decisão recorrida.

Adoto, no mais, o relatório contido no pronunciamento questionado, do qual extraio o seguinte fragmento:

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

HC 186797 AGR / RJ

produzir provas contra si próprio (CF, art. 5º, LXIII), 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”.

É o relatório.

08/02/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):

Entendo **não assistir razão** à parte agravante.

O ato impugnado anulou a prova grafotécnica e a condenação imposta ao paciente com base na seguinte premissa: “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)”.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LXIII, garante que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, regra que traduz os direitos fundamentais de qualquer pessoa submetida à investigação ou persecução penal de se manter em silêncio, de não se autoincriminar e de ser advertida quanto a possuir tais prerrogativas.

É certo que o direito de não produzir prova contra si mesmo só pode ser efetivado com a prévia advertência sobre sua existência, entendimento que tem sido observado por esta Corte, conforme ilustra o seguinte julgado:

4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação

HC 186797 AGR / RJ

formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não.

(HC 80.949, ministro Sepúlveda Pertence)

Pois bem. O magistrado sentenciante, ao ressaltar que “a autoridade policial absteve-se de esclarecer ao acusado que ele não seria obrigado a realizar prova contra si”, reconheceu a ilicitude da coleta do material grafotécnico, valendo destacar, no ponto, fragmento da sentença absolutória:

Com relação à validade da prova questionada (exame grafotécnico) pela douda 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.

Na colheita da amostra grafotécnica em exame, a autoridade policial absteve-se de esclarecer ao acusado que ele

HC 186797 AGR / RJ

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.

Concluo, desse modo, não merecer reparo a decisão agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo.

É como voto.

08/02/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
AGTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S)	: JORGE APARECIDO PEREIRA
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão monocrática do então Relator, Ministro Celso de Mello, que não conheceu da ação de *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, ao fundamento de que a condenação penal imposta ao imputado se apoia em prova ilícita, pois obtida por meio da colheita de padrões gráficos do ora paciente sem a prévia advertência de seu direito de não produzir provas contra si próprio e sem a devida assistência por defesa técnica (eDOC 3, p. 1-36).

O agravante sustenta, em síntese, que *“o que é importante, no caso, e que se afigura suficiente para a validade da prova, é que o agravado forneceu o seu padrão gráfico espontaneamente, sem coação de qualquer espécie, ciente da finalidade para a qual o material estava sendo colhido e seria utilizado”* (eDOC 43, p. 9).

Iniciou-se o julgamento virtual, perante a Segunda Turma, na sessão de 17.12.2021 a 7.2.2022. O eminente relator votou no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.

Inicialmente, destaco que, sem dúvidas, a decisão monocrática aqui em análise é uma das várias que nosso sempre decano, Min. Celso de Mello, deixou como legado para a proteção efetiva dos direitos

HC 186797 AGR / RJ

fundamentais no Brasil. Trata-se de importante marco na atuação das forças de persecução penal em um Estado democrático de Direito.

Como premissa, o debate parte de **duas constatações fáticas incontroversas e consolidadas pelas instâncias anteriores**: 1. o imputado produziu prova contra si mesmo sem ter sido avisado do direito de não fazê-lo; e, 2. isso ocorreu sem o acompanhamento de defesa técnica durante a prática do ato em sede policial.

Como anteriormente delineado na decisão monocrática, no caso concreto, o Juízo Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro constatou que, **durante o inquérito policial, não houve prévia advertência sobre o direito constitucional do paciente de não produzir provas contra si próprio** (CF, art. 5º, LXIII), além de **não ter sido assistido por advogado** na ocasião.

Diante disso, vale desenvolver os fundamentos de tais questões, fundamentais à proteção efetiva dos direitos fundamentais no processo penal.

1. Direito de não autoincriminação e aviso de Miranda: voluntariedade e informação no caso de não exercício

O direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, ele é derivado da “*união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)*” (TROIS NETO, Paulo Mário C. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Livraria do Advogado, 2011, p. 104). Foi justamente nesse sentido que a jurisprudência se posicionou no período imediatamente posterior à Constituição (HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 22.10.1991).

Na doutrina, afirma-se que “*o princípio nemo tenetur se detegere*

HC 186797 AGR / RJ

passou a ser considerado direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito à dignidade, consolidando-se como direito fundamental no Estado de Direito” (QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. Saraiva, 2012. p. 478).

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo (art. 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/1992, e art. 8.2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/1992).

Assim, assentou-se que o *nemo tenetur se detegere* determina que “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Saraiva, 2017. p. 104).

Dessa forma, “o *nemo tenetur* é gênero que sofre um processo de clivagem para criar diversas regras, espécies, que visam evitar intervenções não autorizadas pela Constituição, não somente no interrogatório, mas nos diversos meios de prova que dependam de conduta do acusado” (GUEDES, Gabriel P. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: aproximações entre os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado, PUCRS, 2014. p. 80).

Portanto, não se pode afirmar que o direito à não autoincriminação somente impede que o Estado exija que o indivíduo preste declarações, dando uma contribuição ativa para definição de sua culpa. Assim, “não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental” (GIACOMOLLI, Nereu J. *Devido processo penal*. Atlas, 2014. p. 193).

O Supremo Tribunal Federal já consignou que o direito de “permanecer calado”, previsto na Constituição, **deve ser interpretado de modo amplo, e não somente de forma literal com relação a declarações verbais**. Assim também se posiciona a doutrina (CARVALHO, Luis

HC 186797 AGR / RJ

Gustavo G. C. *Processo Penal e Constituição*. Saraiva, 2014. p. 210).

Portanto, o **direito à não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF) não se limita ao direito ao silêncio** – o qual somente veda obrigações declaratórias –, mas, conforme consignado pelo Supremo Tribunal, também abrange outros deveres de colaboração do imputado, **como as imposições de fornecimento de padrões grafotécnicos (HC 77.135-8/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1998)**, de participação em reconstituição de crime (HC 69.026-2/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 1991), de submissão a exame de alcoolemia (HC 93.916, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.2008) e de ser conduzido coercitivamente para prestar esclarecimentos (ADPF 395, de minha relatoria, j. 14.6.2018).

Transcrevo a ementa do julgado no HC 77.135, especificamente em relação ao direito de não autoincriminação no fornecimento de padrões gráficos de próprio punho:

“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

HC 186797 AGR / RJ

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.” (HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 6.11.1998)

Ressalto que, após detida análise aos autos, evidencia-se a falta de suporte probatório mínimo para o oferecimento da acusação penal que não este maculado de grave ilicitude. Ademais, deve-se reconhecer e ressaltar o direito decorrente do investigado de, também na fase investigatória, ser acompanhado por advogado ao ser interrogado.

Por óbvio, em cada caso concreto, tais direitos podem não ser exercidos pelo imputado, mas sempre a autoridade deve assegurar a devida informação sobre tais prerrogativas. Nesse sentido:

“Se será na qualidade similar de suspeito, o depoimento equiparar-se-á a interrogatório, em cujo ato não se lhe pode negar a assistência de advogado (art. 185, caput, do Código de Processo Penal, cc. art. 6º da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), como concretização ou conformação do princípio da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), a qual, como atributo elementar do devido processo legal (due process of law), só é plena à medida que se assegure, enquanto ônus, o exercício de defesa técnica. Sendo os acusados, de regra, pessoas desprovidas de conhecimentos jurídicos específicos, só podem valer-se, às inteiras, do direito ao silêncio, quando, acompanhados de advogado, seja este capaz de adverti-los do risco de autoincriminação às respostas. Tal assistência compõe, aliás, dever jurídico do advogado de prevenir ilegalidade ou abuso de poder contra o constituinte (art. 133

HC 186797 AGR / RJ

da Constituição da República e art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB) (HC 114.139 MC / DF , Min. Cezar Peluso, j. 22.6.2018, grifei)". (RHC 171.571/GO, Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.8.2019)

"Agravos regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação baseada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. Direito ao silêncio violado. 4. **Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito.** Precedentes. 5. Agravo a que se nega provimento". (RHC 170.843 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.9.2021)

Ou seja, por óbvio, o imputado pode optar por se autoincriminar, confessando (até mesmo em sede de acordo penal, como o ANPP ou a colaboração premiada), fornecendo provas às autoridades. Contudo, tal decisão deve ser voluntária, sem coações indevidas, e bem informada, no sentido de conhecer os seus direitos e as consequências de sua eventual decisão.

Não há sentido em afirmar que o imputado tem direito de não produzir prova contra si mesmo se ele puder ser influenciado a se autoincriminar e não souber de tal direito. Portanto, ainda mais em sede policial, o investigado precisa ser informado devidamente sobre os seus direitos, o que deve ser registrado e comprovado pelas autoridades públicas.

2. Assistência por defesa técnica em sede policial

Para assegurar o exercício efetivo do direito de defesa e a devida

HC 186797 AGR / RJ

informação do imputado sobre os seus direitos, é primordial consolidar a importância da assistência por defensor técnico durante os interrogatórios policiais e eventual produção de prova pelo imputado.

Além de atender a outras finalidades, como produzir eventuais provas irrepetíveis, a **investigação preliminar insere-se claramente na lógica fundamental do processo penal**, sendo um **instrumento de limitação ao poder de acusar criminalmente**, um filtro que verifica a existência de justa causa para a abertura do juízo penal. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. RT, 2005. p. 75)

Portanto, os direitos fundamentais precisam ser resguardados em todas as fases da persecução penal, inclusive de investigação preliminar. (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. RT, 2004. p. 198-205; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Lumen Juris, 2001. p. 124-132)

O investigado tem direito a ser **aconselhado por advogado durante as investigações**, e o **defensor pode inclusive apresentar quesitos e razões durante o interrogatório e depoimento do seu cliente**, nos termos da nova redação do art. 7º, XXI, “a”, da Lei 8.906/94 - Estatuto da Advocacia, introduzida pela Lei 13.245/2016:

“XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (vetado).”

Essas medidas encontram guarida nas garantias fundamentais à assistência técnica, ao contraditório e à ampla defesa, aplicáveis inclusive no âmbito administrativo (art. 5º, LXIII e LV, da CF/88). Por esses motivos,

HC 186797 AGR / RJ

divirjo dos entendimentos que concluem pela total e automática não aplicação da garantia do contraditório e do direito de defesa no âmbito do inquérito.

A norma do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94 prevê a **assistência dos advogados aos investigados durante a realização dos interrogatórios e depoimentos de seus clientes**, não estendendo essa prerrogativa aos depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas, sob pena de se extrapolar os limites cognitivos do inquérito e se acarretar um indevido inchaço da fase investigativa.

Ressalto que **há clara distinção entre este caso concreto e o decidido por esta Segunda Turma na Pet 7.612**. Assim, não se pode estender a **restrição lá assentada** no que diz respeito à oitiva de testemunhas também ao próprio interrogatório do investigado.

No meu voto, nos autos da Pet. 7.612 (rel. Min. Edson Fachin, DJe 20.2.2020), assentei que o advogado de defesa não precisa ser intimado para comparecer a oitiva de testemunhas durante a investigação preliminar, mas isso é totalmente distinto quando se trata do interrogatório do próprio investigado.

No campo internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei” (art. 8.2).

Sobre a questão, a Corte Interamericana esclareceu que “desde o início das primeiras diligências de um processo devem ser respeitadas as máximas garantias processuais para resguardar o direito do imputado à

HC 186797 AGR / RJ

defesa” (Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, 2015). No Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009), assentou-se que “a pessoa deve ter acesso à defesa técnica desde o momento em que passa a ser investigada, especialmente na diligência em que se realiza o seu interrogatório”.

Em conformidade constitucional e convencional, deve-se reconhecer e ressaltar o **direito do investigado de, também na fase investigatória, ser acompanhado por advogado ao ser interrogado e exercer o direito à não autoincriminação, podendo permanecer em silêncio.** Por óbvio, em cada caso concreto, **tais direitos podem não ser exercidos pelo imputado,** mas **sempre a autoridade deve assegurar a ele a devida informação sobre tais prerrogativas.**

3. Dispositivo

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental,** mantendo a decisão proferida pelo eminente Ministro Celso de Mello.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : JORGE APARECIDO PEREIRA

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Segunda Turma, Sessão Virtual de 17.12.2021 a 7.2.2022.

Composição: Ministros Nunes Marques (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e André Mendonça.

Hannah Gevartosky
Secretária

03/07/2023

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. COLHEITA DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO ACUSADO. ADVERTÊNCIA EXPRESSA SOBRE USO EM PERÍCIA. DIREITO A NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO E PRINCÍPIO SEGUNDO O QUAL NINGUÉM É OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI PRÓPRIO: NÃO FERIMENTO, NA ESPÉCIE.

1. A não autoincriminação é um direito fundamental de quem é investigado ou processado criminalmente. Tem por propósito a salvaguarda do indivíduo perante os equipamentos estatais de persecução penal, evitando-se excessos e resguardando-o da prática de violências de natureza física ou moral, especialmente nos casos cuja finalidade é obrigar o cidadão a contribuir com a investigação.

2. No caso, de acordo com os elementos que instruem os autos, no ato de colheita do material grafotécnico, o agravado foi claramente advertido de que o material seria utilizado para realização de perícia, especificamente visando a comparação com a escrita constante de documento do Inquérito. O agravado consentiu e forneceu

HC 186797 AGR / RJ

o material grafotécnico, não manifestando contrariedade.

3. Na espécie, ausência de ferimento ao direito a não auto-incriminação e ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio.

4. Agravo regimental ao qual se dá provimento, para denegar a ordem, restabelecendo, como consequência, o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região – processo nº 0809502-87.2011.4.02.5101.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual a Sexta Turma negou provimento ao Agravo em Recurso Especial nº 1.617.939/RJ.

2. Extraí-se dos autos que o agravado foi denunciado, pelo Ministério Público Federal, em razão da prática do crime de tráfico internacional de drogas (art. 33 c/c o 40, inciso I, da Lei nº 11.343, de 2006), porque “na data de 17/02/2011, remeteu para destinatário localizado em Barcelona/Espanha, por meio de encomenda postal EB104226869BR, postada na agência de recolhimento Nossa Senhora da Paz, localizada neste município, substância entorpecente conhecido como cocaína, de uso proscrito no território nacional”.

3. Absolvido pelo Juízo de primeiro grau, o agravado foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, provendo apelação do Ministério Público Federal, impôs a pena de 7 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto de cumprimento.

HC 186797 AGR / RJ

4. A prova que embasou a condenação foi uma perícia grafotécnica, através da qual fora comparado o material gráfico fornecido pelo agravado, com a escrita constante do envelope contendo o entorpecente, apreendido pela Receita Federal. A conclusão do exame pericial foi no sentido da existência de convergências morfogenéticas entre os padrões em questão, atribuindo-se ao acusado a autoria dos grafismos analisados e, conseqüentemente, da postagem da carta contendo 47 gramas de cocaína.

5. O então Relator, eminente Ministro Celso de Mello, deferiu a ordem de *habeas corpus*, monocraticamente, para declarar a nulidade da prova grafotécnica e, conseqüentemente, da condenação imposta ao paciente. Tal conclusão se deu com base na premissa de que não houve, na coleta dos padrões gráficos, a prévia advertência, ao agravado, sobre a prerrogativa constitucional de não produzir provas contra si próprio.

6. Contra essa decisão, insurge-se o Ministério Público Federal, buscando o restabelecimento do título condenatório. Sustenta a licitude da prova grafotécnica anulada.

Apresentadas essas considerações, passo ao voto.

7. Entendo que o caso é de provimento do agravo regimental formalizado pela Procuradoria Geral da República.

8. De início, ressalto não haver dúvida de que **o sistema constitucional brasileiro não permite que o réu seja induzido, ou constrangido, a produzir prova contra si mesmo**, sendo ilícito o dado probatório colhido nessas circunstâncias. No ponto, são irretocáveis as premissas lançadas pelo então Relator, ministro Celso de Mello.

9. O constituinte originário, no Título II da Constituição da

HC 186797 AGR / RJ

República, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, incisos LIV, LV, LVII e LXIII, respectivamente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência e o direito do preso de permanecer silente sem que isso pese contra si.

10. Desses princípios constitucionais deriva o direito de “*não produzir provas contra si*”, que encontra respaldo também na Convenção de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Em seu art. 8º, das Garantias Judiciais, a Convenção declara que toda pessoa tem “*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”.

11. Já na doutrina, afirma-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* passou a ser considerado direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito à dignidade, consolidando-se como direito fundamental no Estado de Direito (QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. Saraiva, 2012. p. 478).

12. Não subsistem dúvidas, portanto, de que a não autoincriminação é um direito fundamental de quem é investigado ou processado criminalmente. Tem por propósito a salvaguarda do indivíduo perante os equipamentos estatais de persecução penal, evitando-se excessos e resguardando-o da prática de violências de natureza física ou moral, especialmente nos casos cuja finalidade é obrigar o cidadão a contribuir com a investigação.

13. Não obstante, neste processo, não verifico ter ocorrido situação de inobservância das normas constitucionais ou ilicitude na colheita da prova.

14. O art. 174 do Código de Processo Penal, especialmente o inciso

HC 186797 AGR / RJ

IV, estabelece o procedimento a ser adotado quando da colheita de material para fins de realização de perícia grafotécnica:

[...]

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever. (grifado por mim)

[...]

15. O dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de o indiciado não poder ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo, caso queira. (HC nº 77.135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/09/1998, p. 16/09/1998).

16. No caso, de acordo com os elementos que instruem os autos, no ato de colheita do material gráfico, **o agravado foi claramente advertido de que o material seria utilizado para realização de perícia, especificamente visando a comparação com a escrita constante de documento do Inquérito, ou seja, a carta encaminhada à Espanha**

HC 186797 AGR / RJ

contendo a droga. O agravado consentiu e forneceu o material gráfico, não manifestando contrariedade.

17. Confira-se o teor do “AUTO DE COLHEITA DE MATERIAL GRÁFICO” juntado aos autos – documento comprobatório nº 17, fls. 6 a 9:

[...]

Aos 07 dia(s) do mês de abril de 2015, nesta DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL EM JUIZ DE FORA, onde se encontrava HUMBERTO DE MATTOS BRANDÃO, Delegado de Polícia Federal, compareceu JORGE APARECIDO PEREIRA, sexo masculino, filho(a) de Jorge Alves Pereira e Leila Maria Garcia Pereira, nascido aos 29/04/1971, (...) a quem pela autoridade foi dito que de seu próprio punho e em presença das testemunhas, bem como de seu advogado fornecesse material gráfico que irá servir de termo de comparação em exame pericial que oportunamente se procederá”.

[...]

18. A colheita do material gráfico utilizado como padrão ocorreu no dia 7 de abril de 2015, na mesma data, e logo após, o agravado ter sido ouvido pela autoridade policial, especificamente sobre os fatos em investigação – documento comprobatório nº 15, fl. 3. Na oportunidade, Jorge Aparecido Pereira negou envolvimento com os fatos investigados, afirmando nunca haver remetido a correspondência, em nome de terceiro, para a Espanha. **É claro, portanto, que ele tinha ciência da finalidade para a qual o padrão gráfico estava sendo fornecido, ao passo que não existe, no processo, qualquer indicativo de que ele tenha sido forçado, enganado, instigado ou, de qualquer modo, constrangido a praticar o ato.**

19. Não foi outra a conclusão a que chegou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Veja-se trecho selecionado do acórdão condenatório:

[...]

HC 186797 AGR / RJ

A materialidade do crime encontra-se comprovada pelo termo de apreensão de substâncias e entorpecentes e drogas afins (fls. 05), pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 07), e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 20/23), o qual conclui que a substância encontrada no interior de correspondência postal destinada a endereço na cidade de Barcelona/Espanha, tratava-se de cocaína.

A autoria do réu igualmente comprovada.

Inicialmente, afasto a ilicitude da prova pericial produzida nos autos. Embora no ordenamento jurídico pátrio vigore o princípio segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII da CRB e no art. 8º, inciso II, alínea "g", da Convenção Americana dos Direitos Humanos), o acusado foi advertido, no termo de colheita de material gráfico (fls. 188) de que o material gráfico a ser colhido serviria de termo de comparação em exame que seria oportunamente realizado, consentindo com sua realização, ao fornecê-lo voluntariamente, não havendo registro de nenhuma resistência ou medida coercitiva ou intimidatória por parte dos policiais a fim de obrigar o réu a colaborar com a prova. (grifado por mim)

Registro que 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.

Nesse passo, o laudo pericial de fls. 183/187 concluiu que os padrões gráficos fornecidos pelo réu convergem com os padrões gráficos que constam do recorte de papelão referente a guia postal da encomenda onde se encontrava a droga.

Por outro lado, o laudo pericial de fls. 66/70 atestou que não foram encontrados elementos de convergência morfogênicas e nos aspectos gerais de escrita dos lançamentos manuscritos realizados na encomenda postal apreendida pela Receita Federal, em confronto com os padrões gráficos apresentados por Marcelo Henrique Caldeira, pessoa que

HC 186797 AGR / RJ

"pretensamente" teria enviado a encomenda.

Tais fatos dão credibilidade às afirmações de Marcelo tanto em sede policial (fls. 35/34 e fls. 131), quanto judicial (fls. 242/243), ao apontar Jorge como o autor do delito, motivado por possível vingança.

[...]

Assim, é de se concluir sobre a existência de suficiente suporte probatório acerca da prática da conduta delituosa apto a sustentar um decreto condenatório, em perfeita consonância com o sistema avaliatório do livre convencimento motivado ou persuasão racional, decorrente do art. 155 em interpretação conjunta com o art. 381, inc. III do Código de Processo Penal. Desta forma, deve o réu ser condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e art.40, inc. I ambos da Lei nº 11.343/06”

[...]

20. A proteção constitucional, ao estabelecer o direito de o acusado não produzir prova contra si mesmo, implica a **proibição de que o investigado seja constrangido a apresentar provas que o comprometam. Inexistindo tal circunstância, não há que se falar em ilegalidade na colheita da prova.**

21. Não se diga que a regra contida no art. 186 do Código de Processo Penal, segundo a qual “*o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas*”, tem aplicação ao presente caso. A norma é específica, estando topologicamente inserida no Capítulo III – do interrogatório do acusado – do mencionado Diploma legal. Inexistindo, no ordenamento jurídico, regulamentação específica quanto a obrigatoriedade de que a autoridade **verbalize** declaração formal no sentido de que o acusado ou investigado tem o direito de não participar da diligência, **o que importa verificar é a existência de constrangimento ilegal – coação física ou moral, instigação, determinação etc –, decorrente da inobservância do princípio segundo o qual ninguém e**

HC 186797 AGR / RJ

obrigado a produzir prova contra si próprio.

22. O que não se pode afirmar é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória - contra si - bastando assim desejar. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos direitos individuais - integridade física, psíquica etc. Não é possível - para além de não ser lícito - a coerção à realização da prova. O ato é de livre determinação. (PACELLI, Eugênia. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 6ª ed. Atlas, 2014. p. 380; 397).

23. Nesse sentido, no caso concreto, não cabe concluir por ilegalidade na realização do ato — colheita do material gráfico —, o qual observou todos os regramentos previstos no Código de Processo Penal, inexistindo, cabe ressaltar, notícia de qualquer constrangimento visando a participação na diligência. Como bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, o agravado forneceu o seu padrão gráfico espontaneamente, sem coação de qualquer espécie, ciente da finalidade para a qual o material estava sendo colhido e seria utilizado.

24. Ante o exposto, divirjo do Relator, com a devida *vênia*, e dou provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal, para denegar a ordem, restabelecendo, como consequência, o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região – processo nº 0809502-87.2011.4.02.5101.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

HC 186797 AGR / RJ

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.797

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : JORGE APARECIDO PEREIRA

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Segunda Turma, Sessão Virtual de 17.12.2021 a 7.2.2022.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros André Mendonça e Dias Toffoli. Segunda Turma, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Composição: Ministros André Mendonça (Presidente), Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Edson Fachin e Nunes Marques.

Hannah Gevartosky
Secretária