

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO DOS TRABALHADORES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:THIAGO BOTTINO DO AMARAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TECIO LINS E SILVA</b>

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da

**ADPF 395 / DF**

ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. *Contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de **não culpabilidade**. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. **Dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. *Dignidade Humana*: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. **Liberdade de locomoção**. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao **direito à não autoincriminação**, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à **presunção de não culpabilidade**. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos

**ADPF 395 / DF**

que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Destacam, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato.

Brasília, 14 de junho de 2018.

**ADPF 395 / DF**

**Ministro GILMAR MENDES**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO DOS TRABALHADORES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:THIAGO BOTTINO DO AMARAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TECIO LINS E SILVA</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** O Partido dos Trabalhadores propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objeto de evitar lesão ao direito de não se autoincriminar, em decorrência de decisões judiciais que determinam a condução coercitiva de investigados ou réus para serem interrogados em procedimentos criminais.

Sustenta que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, que dimana da dignidade da pessoa humana. Afirma que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por incompatível com o direito de não se autoincriminar. Aduz, ainda, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

**ADPF 395 / DF**

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou do réu para a realização de interrogatório. Busca, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal. Requer medida cautelar, para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório.

Distribuída a minha relatoria em 11.4.2016, apliquei, por analogia, o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A Câmara dos Deputados prestou informações (eDOC 11). Relata estar em trâmite projeto de novo Código de Processo Penal, que explicita que o interrogatório é meio de defesa – PL 8.045/2010.

A Presidência da República, em informações (eDOC 12), afirma que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal.

O Senado Federal prestou informações (eDOC 15). Sustenta que a condução para comparecimento não viola o direito à não autoincriminação, na medida em que a prerrogativa de manter-se em silêncio seja respeitada.

O Advogado-Geral da União argui a falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do Código de Processo Penal. Defende a recepção do dispositivo impugnado e sustenta que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal (eDOC 17).

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido (eDOC 19).

Em 8.2.2017, liberei o feito para julgamento do Tribunal Pleno. Incluído o feito no calendário de julgamento do mês de maio de 2017 pela Presidência, não foi o feito chamado.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (eDOC 21) e o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – MÁRCIO

**ADPF 395 / DF**

THOMAZ BASTOS (IDDD) (eDOC 28) requereram o ingresso na causa como *amici curiae*, o que foi deferido (eDOCs 27 e 44).

Em 18.12.2017, véspera do recesso forense, deferida medida liminar, *ad referendum* do Plenário, decisão em face da qual a Procuradora-Geral da República interpôs agravo regimental (eDOC 94).

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB-NACIONAL) (eDOC 90) requereu o ingresso na lide na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido (eDOC 93).

É o relatório.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

(RELATOR) - Presidente, creio que, pela importância do tema, conforme destacado, e pelas belíssimas sustentações aqui produzidas, a partir da emocionada manifestação do Vice-Procurador-Geral Eleitoral e de todos que se ouviram da Tribuna, temos, hoje, um dia histórico. Sem dúvida nenhuma, ninguém discute a relevância desse tema, já isoladamente considerado, e também as circunstâncias históricas por que passamos.

Gostaria, inicialmente, de cumprimentar a presença, na tribuna, na galeria desta Casa, do Doutor Virmond. Devo dizer que é outra Curitiba que se evoca aqui, a Curitiba de Faoro, de 1977. Lá, eu estava como estudante de Direito, no meu penúltimo ano, e assisti àquilo que foi a história marcante da Ordem dos Advogados do Brasil, a Ordem dos Advogados de Faoro - homem que teceu a superação da ditadura. Naquele evento - o Doutor Virmond estava lá -, gente da mais alta estirpe: Pontes de Miranda, Evaristo de Moraes, Oscar Correia.

Lembro-me ainda, Presidente, de Oscar Correia ser



**ADPF 395 / DF**

vaiado pela Ordem dos Advogados, porque defendia o estado de defesa. E, no momento seguinte, eleva-se a voz de Faoro para dizer: É fundamental, na transição, que discutamos todos esses assuntos e que haja, portanto, o respeito ao debate. Não é possível que, em uma convenção como a da Ordem dos Advogados, um homem da elevação de Oscar Correia seja impedido de falar. Era tão sensível falar-se em um tema como aquele estado de defesa ou estado de emergência, que houve uma erupção, uma irritação por parte dos Advogados. Portanto, parece-me realmente uma feliz coincidência histórica a presença, aqui, do Doutor Virmond. Ele é um símbolo dessa grande instituição que foi, e deve continuar a ser, a Ordem dos Advogados do Brasil.

Presidente, trouxe uma longa consideração sobre o cabimento da ADPF, mas não é necessária a leitura. Tenho uma afeição, todos sabem, por esse instituto, posso dizer que sou um dos seus pais, junto com o Professor Celso Bastos.

Em um dia qualquer, nos anos 90, ele me telefonou dizendo ser preciso engendrar mais uma forma de ir ao Supremo Tribunal Federal e que também discutíssemos uma alternativa, e, automaticamente, falamos sobre ADPF. Depois, nos reunimos, no seu

**ADPF 395 / DF**

escritório, junto com Ivis Gandra, Oscar Correia, Saulo Ramos, e fizemos um texto, o qual, posteriormente, veio a ser acoplado ao texto da Deputada Sandra Starling, resultando, com o trabalho de Prisco Viana, nessa Lei 9.882. Hoje, vemos a importância desse instituto, tratando do tema do Direito Pré-Constitucional. Eu apenas fiz registro.

A AGU suscitou o fato de não ter sido juntada a legislação, mas estamos falando do Código de Processo Penal. Portanto, não há nenhum problema em relação a essa omissão, até porque todos temos acesso ao Código de Processo Penal e não temos nenhuma dificuldade para prosseguir no debate.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de duas arguições de preceito fundamental acerca do mesmo tema: a condução coercitiva do imputado para interrogatório.

A ADPF 395 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e ataca a medida tanto na investigação quanto na instrução criminal, baseando-se em alegada violação ao direito à não autoincriminação.

O requerente sustenta que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, que dimana da dignidade da pessoa humana. Afirma que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por incompatível com o direito de não se autoincriminar. Aduz, ainda, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou do réu para a realização de interrogatório. Busca, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal. Requer medida liminar, para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório.

Por sua vez, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da OAB, é mais restrita quanto ao objeto – ataca a medida apenas em fase de investigação –, mas sustenta um rol maior de direitos fundamentais potencialmente violados: princípio da imparcialidade (art. 5º, § 2º, CF c/c

**ADPF 395 / DF**

art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF); princípio do *nemo tenetur se detegere*; princípio do sistema penal acusatório (art. 156, *caput*, do CPP); devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); paridade de armas; ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF).

Início o voto apreciando o agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF 395 contra a medida liminar deferida *ad referendum* do Tribunal Pleno.

Prossigo enfrentando o cabimento das ações e a preliminar de falta de documento indispensável à propositura da ação, arguida na ADPF 395.

Em seguida, transito para a apreciação do mérito, avaliando se a condução coercitiva é medida restritiva a cada um dos direitos fundamentais envolvidos. Concluo esse trecho da fundamentação afirmando a restrição aos direitos à liberdade pessoal e à presunção de não culpabilidade.

Finalmente, avalio se essas restrições são compatíveis com a Constituição Federal, com foco na apreciação da finalidade da medida e da proporcionalidade da restrição.

**1 Agravo regimental**

Na véspera do recesso forense, deferi medida liminar, *ad referendum* do Plenário.

Nos autos da ADPF 395, a Procuradoria-Geral da República interpôs agravo.

A medida liminar foi apreciada e imediatamente liberada ao conhecimento do Tribunal Pleno. Logo, o agravo é desnecessário para provocar a apreciação do Colegiado.

De qualquer forma, nesta oportunidade, estou trazendo a cognição completa da causa à avaliação do Tribunal Pleno, pelo que resta prejudicado o agravo pendente.

## ADPF 395 / DF

### 2 Cabimento da ADPF

As arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF) foram propostas por legitimados – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, conforme art. 103, VII e VIII, da CF, combinado com art. 2º, I, da Lei 9.882/99.

Têm por objeto evitar a lesão ao direito fundamental de não se autoincriminar e aos princípios do juiz imparcial, sistema processual penal acusatório, devido processo legal, paridade de armas, ampla defesa e contraditório. Esses direitos seriam ameaçados pelo art. 260 do CPP e por decisões judiciais que determinam a condução coercitiva de investigados ou réus para serem interrogados em procedimentos criminais.

Quanto ao **parâmetro de controle**, não é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifiquem o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, VII).

No presente caso, apontam-se como parâmetro direitos fundamentais.

Logo, há potencial violação a preceitos fundamentais, questão a ser aprofundada no julgamento do mérito.

**ADPF 395 / DF**

Quanto ao **objeto**, a suposta afronta a preceitos fundamentais resulta de atos do Poder Público – lei e atos jurisdicionais. Atende-se, portanto, à parte final do art. 1º da Lei 9.882/99.

No que tange à **subsidiariedade**, a Lei 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz a afastar a eventual lesão, poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta caso já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, tendo em vista o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.**

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional caso se demonstre que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

**ADPF 395 / DF**

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade para conhecer tanto das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas. (Cf. BVerfGE, 19/268 (273); BVerfGE, 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. ed., München, 1997, p. 162).

A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. (Cf. BVerfGE, 62/230 (232); BVerfGE, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.)

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: *“apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional”*. (Cf. BVerfGE, 91/93 (106))

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que *“tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal”* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias *“não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis”*. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

*“(...) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, ‘a’, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso,*

**ADPF 395 / DF**

ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela” (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.)

Vê-se, assim, que, também no Direito espanhol, tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo o qual “o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos”. (Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.)

Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: “essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais”. (Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.)

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)



**ADPF 395 / DF**

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade **há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional**. Nesse sentido, destaco decisão monocrática do Min. Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de 19.12.2007:

“O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ, 189/395-397, v. g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor: (...) O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, rel. min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n.

**ADPF 395 / DF**

9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v. g.), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de entender-se possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram.

**ADPF 395 / DF**

Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer-se a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma plethora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Lembro-me do caso da importação de pneus usados – ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Ali, o objeto da arguição eram as múltiplas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus contra as normas ambientais. Daí, ter-se admitido a ADPF, em face das decisões judiciais, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação do tema. Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente por entender que havia relevância maior no tema.

Outro caso célebre é o do aborto de fetos anencéfalos – ADPF 54, rel.

**ADPF 395 / DF**

Min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012. Pululavam pelas várias instâncias *habeas corpus* tratando do tema. Em geral, ações que sequer eram julgadas definitivamente. Se o juiz concedia a liminar, julgava-se a ação prejudicada. Se não, normalmente os processos judiciais levavam mais de nove meses, pelo que o Tribunal não tinha oportunidade de analisar essa questão constitucional.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “*não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito*”. (ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, julgada em 1º.12.1993, DJ 16.6.1995).

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

**ADPF 395 / DF**

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 33, o Tribunal acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada, tendo considerado cabível, em princípio, ADPF movida em relação à lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito, proferida em 7.12.2005. (ADPF 33, de

**ADPF 395 / DF**

minha relatoria, julgada em 7.12.2005; cf. também ADPF 46, rel. Min. Marco Aurélio, red. para acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5.8.2009, julgamento não concluído, e ADPF 54 (QO), rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 20.10.2004).

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.

A necessidade de interposição de uma plethora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia sobre a aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

No presente caso, as arguições têm por objeto direito pré-constitucional – art. 260 do CPP – e a prática judicial de determinar a condução coercitiva de imputados para depoimento. A potencial lesão a preceitos fundamentais esgota-se rapidamente após a realização do interrogatório. Dessa forma, mesmo que, em tese, cabível o acesso à jurisdição ordinária, não há tempo hábil para uma resposta jurisdicional voltada para o caso concreto, ainda que liminar.

É fácil ver também que a fórmula da **relevância do interesse público** para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no

**ADPF 395 / DF**

modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura.

O caso concreto tem a necessária relevância. As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual, alegadamente fundada no interesse da investigação criminal.

Por tudo, as arguições de descumprimento de preceito fundamental são cabíveis.

**2.1 Falta de documento indispensável à propositura da ação**

O Advogado-Geral da União arguiu a falta de documento indispensável à propositura da ação, nos autos da ADPF manejada pelo Partido dos Trabalhadores, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do Código de Processo Penal.

A petição inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação – art. 320 do CPC. Na sua falta, o juiz deve determinar que o autor complete a documentação, sob pena de indeferimento da petição inicial – art. 321 do CPC.

O art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99 estabelece que a propositura da ADPF será instruída com cópia do “ato questionado”.

No entanto, os precedentes desta Corte são no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não há dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004.

O ato legislativo impugnado (art. 260 do CPP) está transcrito na

**ADPF 395 / DF**

petição inicial, pelo que dispensável sua juntada em separado.

De resto, quando impugnado ato normativo, a lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. *Contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária.

Máxime se estamos tratando de um código em vigor, ferramenta cotidiana deste Tribunal e dos operadores do direito em geral, como é o caso do CPP.

Por essas razões, o texto da lei federal impugnada não é documento indispensável à propositura da arguição de descumprimento fundamental.

Rejeito a preliminar.

**3 Mérito**

Demonstrado o cabimento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, passo a abordar o mérito.

Início por um esclarecimento, para que a compreensão da fundamentação não seja reduzida por ambiguidade.

Busca-se o reconhecimento de que investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados.

Há outras hipóteses de condução coercitiva que não são objeto desta ação – a condução de outras pessoas como testemunhas, ou de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento, por exemplo. Por óbvio, essas outras hipóteses não estão em causa. Serão mencionadas no curso do voto apenas para ilustração e teste das teses jurídicas em conflito.

Para que não paire dúvida, desde logo esclareço que o emprego não especificado da expressão “condução coercitiva” doravante neste voto fará referência ao objeto da ação – condução do imputado para interrogatório.



**ADPF 395 / DF****3.1 Da prática de conduzir coercitivamente para interrogatório**

O art. 260 do CPP mantém sua redação original, de 1941, segundo a qual se *“o acusado não atender à intimação para o interrogatório (...), a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”*.

Como se verá com mais vagar, a condução coercitiva no curso da ação penal tornou-se obsoleta. A partir da Constituição de 1988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado – direito ao silêncio. A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado – art. 367 do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96.

Entretanto, o art. 260 foi reciclado para, conjugado ao poder do juiz de decretar medidas cautelares pessoais, fundamentar a condução coercitiva de investigados para interrogatório – especialmente, durante a investigação policial.

Parte-se do princípio de que, se o juiz pode o mais – decretar a prisão preventiva – pode o menos – ordenar a condução coercitiva.

Nos últimos anos, essa engenhosa construção passou a fazer parte do procedimento padrão nas chamadas “operações”. Essas investigações policiais costumam se destinar a apurar crimes graves e complexos, empregando técnicas especiais de investigação, notadamente os meios de obtenção de prova mencionados no art. 3º da Lei 12.850/15 (colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e

**ADPF 395 / DF**

informações de interesse da investigação ou da instrução criminal).

Além do número de tomo, as operações recebem um nome de batismo, que designará não apenas o inquérito inicial, mas todos os procedimentos que em torno dele gravitam, e mesmo as apurações desdobradas. Iniciam por uma fase oculta, na qual são empregadas as técnicas especiais de investigação que têm o sigilo como essencial – interceptação de comunicações, ação controlada, etc. A fase oculta transita para a fase ostensiva, em um momento conhecido como deflagração – no qual são executadas, simultaneamente, as medidas probatórias e cautelares que não podem ser escondidas dos investigados, como buscas e apreensões, prisões e interrogatórios.

Na representação por mandados indispensáveis à deflagração, vem-se consolidando a prática de postular a condução coercitiva de investigados que não serão presos.

Muitas vezes, as representações são atendidas e os mandados de condução expedidos.

Para ficar no exemplo mais rumoroso, foram executadas 227 conduções coercitivas na Operação Lava Jato – até 1º.3.2018, de acordo com o *site* lavajato.mpf.mp.br. Apenas para ilustrar, é igual à soma de todas as prisões no curso da investigação – 103 preventivas, 118 temporárias, 6 em flagrante.

Mas a condução coercitiva não é uma exclusividade da Lava Jato. Mesmo investigações de perfil menos ambicioso passaram a valer-se da técnica.

Por outro lado, em inquéritos policiais não batizados como operações, a condução coercitiva é rara ou inexistente.

As conduções coercitivas são um novo capítulo na espetacularização da investigação, a qual ganhou força em nosso país no início deste século.

Em 2008, o Supremo Tribunal reconheceu a gravidade de um dos aspectos desse contexto, a exibição de pessoas algemadas às câmeras de televisão. Em grande medida, tendo em mente essa preocupação, o Tribunal editou a súmula das algemas – Súmula Vinculante 11: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo*”

**ADPF 395 / DF**

*à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.*

No mesmo ano de 2008, o Conselho Nacional de Justiça recomendou *“aos Magistrados Criminais que evitem a utilização das denominações de efeito dadas as operações policiais em atos judiciais”* – Recomendação 18/2008. Infelizmente, embora não revogada, a recomendação resta esquecida.

A espetacularização da investigação culmina na construção de narrativas acusatórias, trazidas ao público mediante entrevistas coletivas dadas por policiais e membros do Ministério Público, no dia da deflagração da operação. Proferidas em momento em que os agentes públicos deveriam estar empenhados em colher e compreender as provas obtidas com a deflagração, as entrevistas são baseadas em opiniões dos policiais e dos membros do Ministério Público, os quais fazem questão de afirmar a culpa de pessoas que sequer foram ouvidas.

Apreciando casos semelhantes, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que, tendo em vista a liberdade de informação, as autoridades públicas podem dar ao conhecimento do público em geral as investigações em andamento, inclusive mediante entrevistas aos órgãos de comunicação social. No entanto, em razão da presunção de inocência, assegurada pelo artigo 6º, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as autoridades públicas devem fazê-lo com *“a discricção e a circunspeção necessárias”* (caso *Alenet de Ribemont v. França*, § 38). A Corte Europeia considerou que o dever de circunspeção alcança mesmo o Ministério Público (caso *Butkevičius v. Lituânia*, § 50).

Em suma, entende-se que as palavras escolhidas pelos agentes públicos ao expressar suas opiniões não devem *“encorajar o público a crer que o acusado é culpado e prejudicar a avaliação dos fatos pela autoridade judicial competente”* (caso *Butkevičius v. Lituânia*, § 53). Em mesmo sentido são os precedentes dos casos *Fatullayev v. Azerbaijão*, § 159; *Garycki v. Polônia*, § 69; *Daktaras v. Lituânia*, § 41; *Arrigo and Vella*

**ADPF 395 / DF**

v. Malta; e Khuzhin and Others v. Rússia, § 94.

Um triste exemplo de violação à presunção de inocência em nosso país foi a investigação sobre o Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luis Carlos Cancellier de Olivo. Apurava-se suspeita de obstrução de apuração interna de irregularidade que teria sido praticada na gestão anterior. Por representação da Delegada de Polícia Federal Erika Marena, a Juíza Federal Janaína Cassol Machado decretou a prisão processual do Reitor e de outros seis acusados, além de cinco conduções coercitivas. Para a execução das medidas, foram mobilizados uma centena de policiais federais.

O valor das operações investigadas não ultrapassaria R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Decretada a prisão preventiva, o caso foi noticiado como se o Reitor fosse o responsável pelo desvio de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais). Logo em seguida ao cumprimento dos mandados, outra magistrada substituiu o encarceramento por medidas cautelares diversas. O caso terminou com o suicídio do investigado.

Resta indubitável que há, na conduta de nossas autoridades, uma clara violação à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana.

Defendo que essas entrevistas são incompatíveis com a presunção de inocência e com a dignidade da pessoa humana. A informação pública oficial deveria ser neutra, transmitida mediante *report* com dados objetivos, fornecidos pelo próprio Poder Judiciário.

Tenho que a divulgação dos fatos investigados precisa ser regulamentada com urgência, se não por lei, ao menos por ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público ou do Conselho da Justiça Federal.

Outro aspecto dessa questão é o “vazamento” sistemático de informações sigilosas constantes de investigações, especialmente aquelas de perfil alto. Nos processos em trâmite no STF, a reiteração desse tipo de conduta foi tamanha que a Ombudsman da Folha, Paula Cesarino Costa, publicou reportagem acusando a Procuradoria-Geral da República de violar o sigilo das investigações de forma deliberada e sistemática (<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/paula-cesarino-costa->

## **ADPF 395 / DF**

ombudsman/2017/03/1867852-um-jato-de-agua-fria.shtml?loggedpaywall. Acesso em 8.1.2018). Muito embora a divulgação de informações protegidas por segredo de justiça seja, em tese, um delito, até o momento não se tem notícia de que nenhuma apuração séria tenha sido empreendida.

A condução coercitiva está inserida nesse contexto de violação a direitos fundamentais, por meio da exposição de pessoas que gozam da presunção de inocência como se culpados fossem.

Ainda que a prática seja empregar a condução coercitiva apenas em investigações, a ADPF 395 impugna o uso da medida em qualquer fase, pelo que assim será analisada.

Início avaliando se a condução coercitiva atinge direitos fundamentais do conduzido.

### **3.2 Direitos fundamentais potencialmente atingidos**

As arguições invocam violação ao direito à não autoincriminação, ao silêncio, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas, à dignidade da pessoa humana e à ampla defesa e ao contraditório.

Passo a analisar se, de fato, a condução coercitiva atinge esses direitos fundamentais, representando uma efetiva restrição a eles. Concluo esta avaliação afirmando a restrição aos direitos à liberdade pessoal e à presunção de não culpabilidade.

Em uma terceira parte, avalio se essas restrições são compatíveis com a Constituição Federal, com foco na apreciação da finalidade da medida e da proporcionalidade da restrição.

#### **3.2.1 Presunção de não culpabilidade**

Quanto à presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas.

## **ADPF 395 / DF**

A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório.

A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que normalmente possa ser aplicado a pessoas inocentes.

O conduzido é claramente tratado como culpado.

### **3.2.2 Da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao ser prevista entre os princípios fundamentais do estado democrático de direito, orienta seus efeitos a todo o sistema normativo, constituindo, inclusive, princípio de aplicação subsidiária às garantias constitucionais atinentes aos processos judiciais.

João Costa Neto, ao comentar o tema com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, afirma que “o indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais (als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss). Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum blossen Objekt im Staate zu machen)” (**Dignidade humana**, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 84.).

Na mesma linha, Günther Dürig sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (**Grundgesetz Kommentar**, Band I, München, Verlag C. H. Beck, 1990, 11 18), de modo que a compreensão do processo como um fim em si mesmo e o homem como objeto desta finalidade agridem a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo e também à dignidade humana.

No caso das conduções coercitivas, resta evidente que o investigado, ou réu, é conduzido eminentemente para demonstrar sua submissão à força. Não há uma finalidade instrutória clara, na medida em que o

## ADPF 395 / DF

arguido não é obrigado a declarar, ou mesmo a se fazer presente ao interrogatório.

Desse modo, a condução coercitiva desrespeita a dignidade da pessoa humana.

### 3.2.3 Direito à liberdade de locomoção

De mesma forma dos preceitos anteriores, a liberdade de locomoção é vulnerada pela condução coercitiva.

A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção de forma genérica, ao enunciar o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), a ser restringido apenas sob observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), e, de forma específica, ao estabelecer regras estritas sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A Carta também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de *habeas corpus* como remédio contra restrições e ameaças ilegais (art. 5º, LXVIII).

A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição.

Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por um período breve.

### 3.2.4 Direito à não autoincriminação

O **direito à não autoincriminação** consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.

Tal direito não constava do catálogo de direitos fundamentais das

**ADPF 395 / DF**

constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o silêncio não será interpretado em prejuízo da defesa.

A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, ou o direito ao silêncio em particular.

O que o texto constitucional enunciou foi o direito à **advertência** quanto ao direito ao silêncio, ainda assim apenas em favor do preso – “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”, art. 5º, LXIII.

O legislador constituinte parece ter sido influenciado pelo ordenamento dos Estados Unidos, mais particularmente pela *Miranda warning*. Naquele país, o direito a não depor contra si mesmo foi introduzido na Constituição pela Quinta Emenda, de 1791. A interpretação da norma constitucional separa o direito ao silêncio do direito a ser advertido dessa prerrogativa. Inicialmente, os investigadores poderiam questionar investigados, sem dar a saber que há um direito constitucional de não responder às perguntas.

No entanto, em 1966, no caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte decidiu que os presos, por sua especial condição de sujeição aos agentes do Estado, devem ser expressamente advertidos quanto à prerrogativa de silenciar (384, U.S., 436). Desde então, vários julgamentos desenvolveram a interpretação do direito a ser advertido, muito embora mantendo suas características essenciais.

No Brasil, o catálogo de direitos consagrou justamente o direito à **advertência** do preso do direito ao silêncio.

Ainda que por via oblíqua, essa disposição é suficiente para afirmar o próprio direito ao silêncio, na medida em que só se adverte de um direito que existe.

E, muito embora expresso o direito à advertência apenas em benefício do preso, o direito ao silêncio em si deve ser lido como extensível a qualquer investigado ou acusado. A avaliação da raiz da previsão norte-americana deixa poucas dúvidas de que a advertência do



**ADPF 395 / DF**

preso pressupõe o direito de qualquer acusado de ficar calado. Naquele ordenamento jurídico, essa prerrogativa está expressa na Quinta Emenda. No Brasil, está implícita na Constituição.

Como ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto, o direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, o direito 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)”. (**Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 104).

Foi justamente nesse sentido que a jurisprudência no período imediatamente posterior à Constituição se posicionou – HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 22.10.1991.

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao CPP.

Atualmente, tanto o direito ao silêncio quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379.

De tudo se retira que, executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício.

O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a

**ADPF 395 / DF**

qualidade da decisão como estratégia defensiva.

Quanto ao ponto, ressalto que o direito ao silêncio é um direito, não um dever. A Constituição Federal assegura a livre manifestação, inclusive a investigados e presos – art. 5º, IV e XLIX.

O direito constitucional ao direito ao silêncio só faz sentido porque o investigado pode optar por falar, e porque suas declarações têm valor. Não fosse assim, o interrogatório seria simplesmente proibido.

A palavra do acusado pode ser essencial à defesa. A versão do imputado pode elucidar os fatos e dissipar suspeitas. Não raro, é a partir do interrogatório que se descobre que o investigado é, em verdade, a vítima.

Não por acaso, a legislação consagra o direito do réu de manifestar-se pessoalmente sobre as suspeitas que contra ele pairam.

Contudo, cabe à defesa decidir por falar ou calar.

Nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação.

Disso concluo que, em princípio, haveria violação ao direito à não autoincriminação.

**3.2.5 Direito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa**

Argumenta-se que a atuação do magistrado que determina a condução coercitiva, em fase de investigação, representa uma iniciativa indevida. Além disso, seria uma atuação que desequilibra acusação e defesa, intervindo no princípio da paridade de armas, decorrência da ampla defesa e do contraditório art. 5º, LV, CF. Por fim, seria medida que impediria o exercício do direito efetivo de defesa pelo imputado.

Na fase de investigação, o juiz atua como garantidor de liberdades. É do sistema constitucional que algumas medidas sejam requeridas a um magistrado, mesmo antes da instauração da relação processual. Várias dessas medidas são expressamente mencionadas na Constituição Federal por exemplo, busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º,

**ADPF 395 / DF**

XII), prisão (art. 5º, LXI).

A imparcialidade não é violada pela atuação do juiz. Pelo contrário, é a imparcialidade do magistrado que garante a liberdade contra intromissões indevidas.

Ao deferir uma medida interventiva, o juiz está aplicando a lei. Não há nisso violação ao equilíbrio das partes na relação processual.

Todavia, a par dessas considerações, o argumento da violação à paridade de armas é gritante.

É bem verdade que a matéria é controvertida, no que diz respeito à aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa à investigação criminal.

A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, uma vez que se não tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio.

Tal orientação não impede, porém, que se reconheça a o direito do advogado do investigado a ter acesso aos autos antes da data designada para o seu interrogatório, com fundamento na norma constitucional em que se assegura o direito de assistência de advogado (art. 5º, LXIII).

Nesse particular, no âmbito dos inquéritos policiais e inquéritos judiciais originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado na regular apuração de fatos.

Note-se, ainda, que a classificação do procedimento como sigiloso não afasta a plena acessibilidade do defensor. Depois que inúmeros HC foram deferidos para garantir o acesso aos autos do inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentadas em procedimento investigatório realizado por órgãos com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Orientação mais extensiva é defendida, entre outros, por Rogério

**ADPF 395 / DF**

Lauria Tucci, que sustenta a necessidade da aplicação do princípio do contraditório em todo o período da persecução penal, inclusive na investigação, visando, assim, dar maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa. Afirma Tucci que a “contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser “um elemento decisivo do processo penal”, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em “mero requisito formal”.

Este posicionamento, contudo, ainda é minoritário na doutrina e não possui repercussão no direito positivo brasileiro.

Não obstante todas essas considerações, esses princípios da ampla defesa e do contraditório devem se impor quando há, ainda que em fase de inquérito policial, aplicação de medidas drásticas que restringem direitos fundamentais, como a condução coercitiva.

Enquanto as autoridades judiciárias, policiais e/ou ministeriais tem amplo e profundo conhecimento da prova já produzida, na maioria das vezes, o defensor do investigado toma conhecimento dos fatos imputados e do conteúdo probatório apenas no dia da condução coercitiva, relegando o *munus* defensivo apenas à observância das formalidades do próprio ato.

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No curso do inquérito policial, o direito à ampla defesa não pode ficar restrito, essencialmente, ao direito à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF), devendo-se oportunizar ao defensor, antes de ouvir o investigado, ter ciência da imputação e das provas já produzidas contra seu cliente. Essa é a interpretação que deve ser conferida à súmula vinculante 14 do STF.

Na linha do que votei na ação penal 470, reafirmo que não há nenhum exagero na constatação de que os direitos de caráter penal, processual e processual penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.

**ADPF 395 / DF**

Como observa Martin Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país — por exemplo, empresas e sindicatos —, por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco: à oposição, aos artistas, aos intelectuais, às minorias étnicas (*Introducción a la teoría del Estado*, tradução de Eugênio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 149-150). O Estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, Estados fascistas, os sistemas do chamado “centralismo democrático”) não se mostram aptos a resolver essa questão.

A solução do dilema — diz Kriele — consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao se definir o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, “*sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções*”. É que, explicita Kriele, “*os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos*” (ob. cit., p. 150).

Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele:

“Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas* desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição” (ob. cit., p. 159-160).

**ADPF 395 / DF**

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (*Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band I, München: Verlag C. H. Beck, 1990, II 18*).

Ainda que haja a necessidade de ordenação ou disciplina legal dessa assistência, é certo que não se poderá negar tal possibilidade.

Trata-se de medida destinada a assegurar a necessária proteção à integridade física e psíquica do preso, bem como oferecer a necessária proteção jurídica aos investigados e acusados em geral.

Convém registrar que alteração legislativa de 2016 passou a prever como direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, introduzido pela Lei 13.245/16.

Todavia, tal medida é insuficiente, devendo ser aplicada, em sua integralidade, a *ratio decidendi* da súmula vinculante 14 do STF, garantido pelo direito à assistência do advogado, associado ao direito ao silêncio.

Feitas essas considerações, acolho o argumento de violação ao direito de defesa.

**3.3 Validade das restrições: o direito de ausência ao interrogatório**

Estabelecido que a condução coercitiva interfere, pelo menos, nos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade de locomoção, à presunção de não culpabilidade e à não incriminação, resta ver se a interferência é incompatível com a Constituição Federal.

A liberdade de locomoção não é um direito absoluto. Pode ser

**ADPF 395 / DF**

restringido, inclusive por atos administrativos. Assim, por exemplo, o controle de trânsito fronteiriço, o controle de entrada em imóveis públicos de uso especial, a interdição de prédios privados em caso de descumprimento de obrigações de segurança, a interdição de vias públicas para obras, o semáforo e o pedágio.

A não culpabilidade tampouco é um direito absoluto. O ordenamento jurídico dispõe de uma infinidade de medidas que representam tratamento desfavorável ao investigado ou ao acusado. Prisão processual, medidas cautelares diversas da prisão, medidas assecuratórias, medidas investigativas invasivas, etc., constroem pessoas no gozo da presunção.

Importa definir se a interferência representada pela condução coercitiva é, ou não, legítima.

A condução coercitiva no inquérito tem uma finalidade – acelerar as investigações.

No entanto, poderia perfeitamente ser substituída por medidas menos gravosas. Por exemplo, em vez de conduzido, o investigado poderia ser simplesmente intimado a comparecer de pronto à repartição pública, caso haja interesse de que seja interrogado. Talvez o ato processual pudesse ser marcado no próprio dia, na medida em que o CPP não prevê anterioridade mínima para intimações. Na melhor das hipóteses para a defesa, aplicar-se-ia o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas previsto no art. 218, § 2º, do CPC, por analogia. Parece seguro afirmar que, na maior parte das investigações, esse prazo seria satisfatório ao interesse da agilidade das apurações.

De qualquer forma, tenho que o caso dispensa que se avance no sopesamento dos interesses em conflito. É possível afirmar, mesmo em abstrato, que a condução coercitiva para interrogatório é ilegítima.

O essencial para essa conclusão é o direito de ausência ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.

Para que a condução coercitiva fosse legítima, ela deveria destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao

**ADPF 395 / DF**

menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.

Veja-se a condução da testemunha, por exemplo. Existe o dever de depor como testemunha – art. 202 do CPP. O testigo deve fazer-se presente na hora e no local assinalados na intimação. Inexiste a prerrogativa de fazer-se ausente.

A condução coercitiva da testemunha faltante é simples meio de exigir o cumprimento do dever de apresentar-se para depor – art. 218 do CPP.

Nesse caso, há uma finalidade claramente estabelecida, a ser afirmada por medidas proporcionais, conferidas pelo legislador.

Em sentido semelhante, a condução coercitiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil” do imputado seria uma possibilidade, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP.

A hipótese de necessitar da presença do réu para identificação é bastante estreita. Na forma do art. 5º, LVIII, da CF, a regra é que a identificação civil é suficiente para fins criminais. As hipóteses de identificação criminal autônoma são bastante restritas (art. 3º da Lei 12.037/09).

Se não pairar dúvida sobre a identidade, pode-se cogitar da condução coercitiva para a qualificação do acusado, correspondente à primeira parte do interrogatório, relativa à pessoa do acusado – art. 187, § 1º, e art. 185, § 10, do CPP. Nesse ponto, o acusado não tem direito ao silêncio. A qualificação foi inserida legalmente como fase do interrogatório, na forma do art. 187 do CPP. Logo, sob tal aspecto, a realização da qualificação poderia justificar a condução coercitiva.

Fato é que as informações sobre a pessoa do acusado chegam aos autos por diversas vias. Antecedentes, por exemplo, podem ser obtidos mediante consultas ao rol dos culpados e ao sistema processual. Dificilmente a qualificação será necessária ao processo, a ponto de permitir a adoção de uma medida consideravelmente radical, como a condução coercitiva.



**ADPF 395 / DF**

De qualquer forma, **nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença, na forma do art. 260 do CPP. O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação, quando o imputado não estiver civilmente identificado, ou quando ocorrerem as hipóteses legais (art. 3º da Lei 12.037/09).**

A diferença dessas hipóteses em relação à condução para o interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente a este último. Pelo contrário, do sistema normativo, o que se deduz é que há um direito subjetivo a não comparecer ao interrogatório, policial ou judicial.

Durante a instrução processual, a ausência do réu solto tem como consequência o prosseguimento da ação penal a sua revelia – arts. 367 e 457 do CPP. Mesmo o réu preso pode abrir mão de estar presente ao próprio julgamento pelo Tribunal do Júri – art. 457, § 2º, do CPP.

O direito de ausência à audiência está bem assentado em nossa doutrina e jurisprudência.

Assinala Eugênio Pacelli que *“o direito ao silêncio ou direito a permanecer calado autoriza a escolha, pelo acusado, da atitude a ser seguida em relação ao comparecimento ou não à audiência de instrução, excetuando-se apenas a hipótese em que sua presença seja uma imposição legal, como no caso, por exemplo, do reconhecimento de pessoas”* – PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 619.

Aury Lopes Júnior afirma que *“estar presente”* é um *“direito do acusado, nunca um dever”* – LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 782.

Guilherme Nucci sustenta que, ao não comparecer, o réu demonstra *“desinteresse de acompanhar a instrução”*, sendo que é *“seu direito e não obrigação de estar presente”* – NUCCI, Guilherme. 11. **Código de Processo Penal Comentado**. ed. p. 715.

Fernando Capez afirma que a presença do réu *“não é indispensável,*

**ADPF 395 / DF**

ficando a critério deste comparecer ou não, conforme entender mais conveniente”. Acrescenta que a ausência “pode ser tida, pelo acusado, como a forma de defesa mais adequada à situação concreta” – CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Sarap. 234.

No âmbito da jurisprudência, menciono, a título de exemplo, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“RESP. PROCESSUAL PENAL. ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DO ACUSADO.

1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio.

2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato.

3. Recurso especial não conhecido.

REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 10.9.2002”.

Há alguma controvérsia sobre a vigência das consequências negativas legalmente previstas para a ausência do réu na audiência – penas da revelia (art. 367 do CPP), quebra do compromisso de comparecimento do acusado em liberdade provisória (art. 327 combinado com art. 350 do CPP) e quebra da fiança (art. 327 combinado com art. 341, I, do CPP). No entanto, tendo em vista que essas disposições não são objeto destas ações, deixo de aprofundar a controvérsia.

No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio.

Aí reside a falácia principal que fundamenta a condução coercitiva: a alegação de que seria um *minus* em relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato,

**ADPF 395 / DF**

menos gravosa do que a prisão preventiva.

A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar. Ademais, sequer existe a obrigação de comparecer para ser ao ato designado para o interrogatório ou para o julgamento.

Por isso, **a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado ou réu não é obrigado a comparecer.** Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Não desconheço que a Primeira Turma deste Tribunal registra precedente reconhecendo a viabilidade jurídica da condução coercitiva de suspeito, o qual não se encontrava em situação de flagrante delito, para prestar esclarecimentos na delegacia – HC 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 6.9.2011. A maioria formou-se com o voto de quatro Ministros – Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ficou vencido o Ministro Marco Aurélio.

Daquela feita, afirmou-se que a polícia judiciária, para se desincumbir de seu mister, pode conduzir testemunhas e suspeitos para depoimento.

O Min. Dias Toffoli, em seu voto-vista, fez constar várias hipóteses em que a custódia ou a retenção de suspeitos pela autoridade policial se configuraria como legítima e necessária:

“I - Na hipótese de cumprimento de um alvará de soltura, enquanto se consulta a Divisão de Capturas ou Vara de Execuções sobre mandados em aberto (por erro ou para cumprimento), é cautela exigida antes de empreender-se a soltura do preso. Se o carcereiro não o conhecer, deverá, ainda, confrontar-lhe a identidade e, se necessário, colher suas digitais para identificação, hipótese em que a resposta poderá demorar algumas horas. Nesse caso, não há crime a investigar, mas o até

**ADPF 395 / DF**

então reeducando que se deve por em liberdade permanecerá custodiado. Trata-se de caso de averiguação.

II - No caso de pessoa contra quem não conste a expedição de mandado de prisão, mas em que haja informação segura de que se cuidaria de foragido de presídio de outro Estado da Federação; enquanto se procede à consulta. Cuida-se, igualmente, de hipótese de averiguação.

III - No caso do indivíduo conduzido ao I.M.L. para averiguação de embriaguez. Se não for caso de flagrante ou lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, estará ele retido ou custodiado. Aqui trata-se de investigação sumaríssima, por haver delito a apurar.

IV - Na formalização de ocorrência envolvendo substâncias entorpecentes, enquanto se aguarda laudo de constatação do I.M.L. Se positivo o exame, o conduzido será preso e autuado em flagrante; se negativo, não será autuado porque não houve crime. Nesse caso, terá ele ficado em custódia, mas na qualidade de investigado. Trata-se, igualmente, de investigação sumaríssima, que não comporta prisão temporária.

V - No caso de cometimento de crime recente, enquanto se aguarda o comparecimento da vítima para reconhecimento pessoal. Se há o reconhecimento, lavra-se o flagrante. Em caso negativo, não subsistindo o flagrante, o cidadão terá ficado custodiado ou retido, sem estar legalmente preso. Cuida-se, também, de investigação sumaríssima, sendo desnecessária e descabida a prisão temporária, porque o resultado da investigação só depende de algumas horas”.

Sem querer aprofundar todas as hipóteses mencionadas, pode-se afirmar que elas têm algo em comum: que a retenção ocorre para avaliação se está presente uma hipótese de prisão – as duas primeiras por ordem judicial; as seguintes, em flagrante delito.

Não se assemelham a uma condução coercitiva para interrogatório, na qual a retenção será sucedida necessariamente da liberdade.

Reitero que, na medida em que não há obrigação de comparecer ao

**ADPF 395 / DF**

interrogatório, não há possibilidade de forçar o comparecimento.

Quanto ao precedente em si, tenho que ele tratava de uma hipótese bastante peculiar, não passível de generalização. A esposa da vítima de latrocínio atraía o suspeito para uma conversa, buscando produzir prova contra ele, sem a participação inicial de agentes policiais. Do encontro, instaurou-se uma desinteligência, em razão da qual os policiais foram chamados e levaram ambos para a delegacia. Na delegacia, o suspeito confessou a autoria do latrocínio.

O foco do debate jurisdicional estava na validade da confissão. É mesmo duvidoso que a validade da condução fosse relevante para o julgamento do *habeas corpus*, na medida em que uma subsequente admissão voluntária da responsabilidade poderia ser considerada uma prova suficientemente autônoma.

Se o precedente, em alguma medida, afirma que os suspeitos podem ser detidos para serem interrogados, registro que com ele não comungo.

A Constituição Federal do Brasil enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI.

Nossa legislação não prevê medidas de detenção de réus ou investigados, fora dos casos de prisão.

Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput*, LIV e LVII.

Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal.

A expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, tampouco foi recepcionada, na medida em que representa uma restrição desproporcional da liberdade, visto que busca uma finalidade não adequada ao sistema processual em vigor.

Neste ponto, convém reiterar que a incompatibilidade da condução coercitiva está restrita ao interrogatório sobre os fatos. A presente ação

**ADPF 395 / DF**

não trata de outras hipóteses de condução coercitiva, como a condução de testemunhas e peritos, ou de investigados ou réus para identificação, qualificação ou outros atos diversos do interrogatório, como a identificação, a qualificação e o reconhecimento, dentre outros.

Sobre a condução coercitiva de testemunhas, abro um parêntese para consignar que investigados não devem ser tratados como testemunhas, como forma de burlar a presente decisão.

Nesse sentido, afere-se intolerável a decisão do Juiz Federal Andre Wasilewski Duszczak, da 1ª Vara Federal de Londrina/PR que, na vigência da medida liminar deferida nestas arguições, determinou a condução coercitiva de 27 (vinte e sete) supostas testemunhas, acolhendo representação do Delegado de Polícia Federal Maurício Moscardi Grillo e requerimento da Procuradora da República Lyana Helena Joppert Kalluf – Pedido de Buscas e Apreensão Criminal 5000409-31.2018.4.04.7009 (eDOC 72). Segundo as apurações até então empreendidas, as pessoas que foram tratadas como testemunhas tinham envolvimento pessoal nos fatos tidos por criminosos. Além disso, essas mesmas pessoas foram alvo de medidas cautelares invasivas à privacidade, como buscas domiciliares. O próprio magistrado registrou que elas tinham considerável probabilidade de virem a ser investigadas ou acusadas.

Aliás, este caso é um desdobramento da Operação Carne Fraca, que mobilizou mais de mil policiais para cumprir mandados em frigoríficos, sem conseguir apurar nada de relevante e causando prejuízo bilionário à economia do país.

É certo que há dificuldade inicial de definir a posição de algumas pessoas frente à investigação, como suspeitos ou testemunhas. São inúmeros os casos de comissões parlamentares de inquérito que convocam investigados na qualidade de testemunha, havendo intervenção judicial para assegurar o direito ao silêncio. Mas, se a investigação se volta contra a pessoa, apontando-se sua colaboração para os fatos e adotando-se medidas probatórias com grande considerável probabilidade de levar a sua responsabilização, ela deve ser tratada como investigada.

**ADPF 395 / DF**

Portanto, é perigoso o precedente de interpretação indevida de decisão do STF, para manter uma conduta reputada inconstitucional.

Em outro precedente perigoso, também na vigência de medida liminar, uma Procuradora da República acompanhou o cumprimento da medida de busca e apreensão domiciliar e, na residência, tomou o depoimento do investigado – Pedido de Busca e Apreensão 505228841.2017.4.04.7000, da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR. Não houve, daquela feita, condução coercitiva, mas membros do Ministério Público Federal acompanharam as buscas. A Procuradora da República Lyana Helena Joppert Kalluf tomou depoimento de investigados que “espontaneamente” se dispuseram a falar. No entanto, não houve advertência quanto ao direito ao silêncio e à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, da CF).

Mais grave, a conduta reforça a preocupação com os poderes de investigação do Ministério Público, os quais foram reputados pelo STF constitucionais e quase irrestritos, sob a sistemática da repercussão geral – RE 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, no qual fui designado redator para o acórdão, Pleno, julgado em 14.5.2015. Na esteira dessa decisão, o Ministério Público vem se assenhorando do papel de polícia investigativa, tanto em inquéritos policiais em andamento, quanto na instauração de uma diversidade de procedimentos internos, sob a denominação de Procedimento Investigatório Criminal (PIC), regulamentado pela Resolução 181/2017 do CNMP. Na prática, os PICs correm sem qualquer controle, com pouca ou nenhuma possibilidade de defesa pelo investigado, muitas vezes de forma oculta.

É absolutamente preocupante a postura que vem sendo adotada pelo Ministério Público em relação à apuração de fatos supostamente delituosos.

De qualquer forma, o relevante para este julgamento é que, de acordo com o direito processual em vigor, a ausência ao interrogatório é uma prerrogativa do acusado, em função da qual sua condução coercitiva para o ato viola direitos fundamentais. Em consequência, o pedido merece acolhida.

**ADPF 395 / DF**

Anoto que esta decisão **não tem o condão de desconstituir interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que o interrogado tenha sido coercitivamente conduzido para o ato.** Como procurei destacar ao longo do voto, estou reconhecendo a inadequação do tratamento dado ao imputado, não do interrogatório em si.

Nesse contexto, não vejo necessidade de debater qualquer relação desta decisão com os casos pretéritos, inexistindo espaço para a modulação dos efeitos da decisão.

**Dispositivo**

Ante o exposto, não conheço do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República e julgo procedentes os pedidos nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

É como voto.



07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**APARTE**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Ministro Gilmar, Vossa Excelência sabe, porque já reporteii isso na Turma - esta é uma oportunidade para dialogar com os Colegas em Plenário -, que, nos deferimentos em ações penais ou inquéritos que estão sob minha relatoria, eu determino a vedação de se dar entrevistas, e toda informação tem que sair do Gabinete do Relator. Todos os agentes, inclusive a Procuradora-Geral da República, assinam um termo de confidencialidade. Assim é que deve ser.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Ministro, Vossa Excelência me permite? Este Plenário, em 2013, chegou ao final de uma ação penal condenatória, que era da minha relatoria, a AP 393, na qual determinei que não se desse notícia, a não ser sobre o resultado do julgamento. Era um caso de um deputado. Nunca se teve nenhuma notícia, nenhuma foto, nada quanto a essa prisão. E foi uma determinação deste Plenário em execução de ação penal, após o trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal adota essa prática que Vossa Excelência acaba de afirmar. E, talvez, seja exatamente isso. As entrevistas não têm sido de juízes. Tenho acompanhado isso *pari passu* pelo Conselho Nacional de Justiça, como Vossa Excelência bem disse. Apenas para ficar claro que, talvez, seja até uma boa prática que os juízes acresçam este dado.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu determino a proibição, a vedação, sob pena de descumprimento da decisão judicial, aos agentes que atuam na operação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Estou dizendo e dando exemplo, Vossa Excelência reconhece, até porque em 2013 já estava aqui, que nunca houve uma foto, nada, absolutamente

**ADPF 395 / DF**

nada.

Apenas para acentuar que os juízes têm sido até pela Enfam, nos cursos para juízes, muito enfatizados quanto a esses dados.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO DOS TRABALHADORES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:THIAGO BOTTINO DO AMARAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TECIO LINS E SILVA</b>

**APARTE**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Vossa Excelência me permite? Vou fazer a leitura do dispositivo que eu coloco em minhas decisões:

A autoridade policial, seus agentes e o Ministério Público Federal deverão zelar pelo sigilo das diligências e de seu resultado, vedando-se a exposição dos envolvidos, entrevistas e manifestações orais e escritas concomitantes ou posteriores ao ato.

Os mandados deverão ser executados com todas as cautelas necessárias à preservação da dignidade dos envolvidos, observando-se o disposto no art. 248 do Código de Processo Penal:

"Art. 248 - Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência."

Para a fiel observância do quanto determinado a respeito do sigilo

**ADPF 395 / DF**

de que se deve revestir a diligência, deverão todos os agentes públicos que dela participarão firmar previamente termo de confidencialidade, sob as penas da lei, a ser lavrado pelo Ministério Público Federal.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

(RELATOR) - É claro que é preciso que se façam as investigações. Não há contraposição entre respeito aos direitos fundamentais e combate à corrupção. Combate à corrupção tem que ser feito nos termos estritos da lei. Quem defende direito alternativo para combate à corrupção já não está no Estado de Direito. Mas, é bom lembrar, assim se fez o nazifascismo. Sentimento popular, "Ah, não pode ser contrariado o *Volksgeist!*" Carl Schmitt, quando aderiu ao movimento hitlerista, dizia: "Aqueles que contrariaram as leis do *Führer* têm que ser punidos." É assim que se alimenta esse monstro.

E o papel desta Corte - por isso quis relembrar a Súmula 11 e a Súmula 14 - é um papel de farol, Presidente. Se nós transgirmos com abusos, não haverá mais mãos a medir. A pergunta é: como vai se comportar o juiz lá em Diamantino, em Cabrobó, se nós autorizamos tudo? É a célebre frase atribuída, Presidente, a Pedro Aleixo, seu ilustre conterrâneo mineiro, quando se discutia a redação ou a edição

**ADPF 395 / DF**

do AI-5, em que alguém teria ponderado a ele, diante das dúvidas suscitadas, das contraditas feitas, o Ministro da Justiça Gama e Silva, de São Paulo, se ele tinha dúvida sobre aquilo que viria das mãos honradas do Presidente da República. Ele disse: "Não, das mãos honradas do Presidente da República, eu não tenho nenhuma dúvida, não tenho nenhum temor; eu temo é o guarda da esquina".

A nossa responsabilidade é essa: se, de fato, transgirmos e autorizarmos vilipêndios aos direitos, vamos estar autorizando o guarda da esquina a fazer a mesma coisa, ou fazer coisa pior.

Técio falou, aqui, de tortura. E nós já sabemos que prisões alongadas para obter, por exemplo, delação, não é outra coisa senão uma forma de tortura. E quem valida isso, transige com a ideia de tortura, subscreve a ideia de tortura.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vou fazê-lo, e tenho obrigação de fazê-lo, até por fazer justiça à gestão da Procuradora-Geral Raquel e, também, à Vossa Excelência. Na verdade, a presença de Vossa Excelência hoje aqui, Vice-Procurador Luciano Maia, mostra que a gente tem que ter esperança.

Às vezes, a gente pensa que as coisas só podem piorar, mas a presença de Vossa Excelência aqui e a presença, hoje, da Doutora Raquel à frente da Procuradoria-Geral da República mostram que as coisas podem melhorar.

Isto foi na gestão "Janot", em que havia, segundo se diz, uma redação talvez maior do que a Globo, em Brasília, de jornalistas, para vazamento de informações. Era uma tropa midiática, Ministro Lewandowski.

E é muito curioso. Ministro Toffoli e eu tivemos, talvez, o privilégio de termos tido uma das últimas conversas, assim, bastante pessoal, com o Ministro Teori: acompanhamos as eleições americanas.

E, enquanto esperávamos o resultado, fomos à Georgetown. Passo ali - foto que, depois, o Ministro Toffoli acho que até já fez circular - e o Ministro Teori, aparece ele de chapéu, fumando um charuto, e conversamos muito. E o Ministro Teori fazia uma crítica e uma autocrítica desse momento e deplorava a sua incapacidade de conter os vazamentos, chateava-se com isso. Vossa Excelência há se lembrar. E dizia: "Temos que nos ajudar a todos, porque isto é um demérito para o Supremo Tribunal Federal."

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Ele chegou a dizer que tomava conhecimento de petições pela imprensa, antes delas chegarem no gabinete dele.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Ministro Gilmar, o que Vossa Excelência está assentando e, agora, acompanhado

**ADPF 395 / DF**

pelo Ministro Dias Toffoli, demonstra que a chamada publicidade opressiva inicia-se antes mesmo da ação penal. Já se coloca o suposto acusado à execração pública, como se fazia na Inquisição medieval.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Tentam pressionar o próprio julgador.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E, claro, diante de fatos que são apresentados na mídia, se faz também o julgamento público do processo.

Eu já tive oportunidade de falar sobre isso. Nós que conhecemos um pouco de jurisprudência penal e de processo penal - e não falamos disso pela capa de processo -, sabemos muito bem do que estamos falando. Eu me lembro, Presidente, de que, certa feita, numa dessas famosas operações - não sei se Anaconda - contra juízes de São Paulo, anunciou-se que um dado juiz teria dólares no Afeganistão. Ofereceu-se uma denúncia contra ele por esse fato, Ministro Fachin, além de tudo o infeliz tinha um nome sírio-libanês: Mazloun. E, como nós, semialfabetizados em matéria de informática, foi fazer a sua declaração de Imposto de Renda na *internet*, no sistema da Receita, e ia escrever lá que tinha 9.800 dólares consigo, queria falar "consigo" e escreveu "Afeganistão". Depois fez uma declaração perante a própria autoridade administrativa, a própria Justiça, dizendo que tinha 9.800 dólares consigo. A ação penal o TRF recebeu, sob a pressão da mídia, como diz Vossa Excelência; o STJ manteve; nós trancamos, na Turma, essa ação absolutamente sem justa causa. O que ele dizia é que tinha 9.800 dólares consigo, não fizera declaração falsa nenhuma.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

É que o Afeganistão é o primeiro país que aparece na lista, por ordem alfabética, da declaração.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas, àquela altura, já estava vilipendiado, amplamente divulgado aquele fato. Eu me lembro disso porque meu filho, um dia - muito pequeno, estudante ainda -, ligou e disse: "Pai, como é essa história de dólares, no Afeganistão, de um juiz?" E eu disse: "Filho, deve ser um empastelamento



**ADPF 395 / DF**

do jornal." Não, não era. Pouco tempo depois, estava eu Relator desse processo.

Nós devemos ler esses casos com cuidado, e sobretudo conhecê-los antes de sair dando opinião. Por isso que eu tenho chamado atenção dos órgãos de imprensa, por isso que eu tenho chamado atenção daquilo que denominei a Terceira Turma do STF, da Globo News, porque é preciso ter responsabilidade, conhecer antes de falar. Até no cancionário popular se diz: primeiro é preciso julgar pra depois condenar. Gente que não conhece o processo, que lida mal com processo penal, sai a opinar; ou que lida mal com qualquer processo, ou não tem nenhuma noção de nada.

Há outro célebre caso, nós julgamos aqui no Plenário, do juiz Haddad, que depois foi Presidente do Tribunal Regional Federal. Esse sujeito foi revirado às avessas, e se dizia que tinha sido sócio de uma construtora, que teria dinheiro indevido e coisas do tipo. Ao fim e ao cabo, o Ministério Público ofereceu uma denúncia no STJ por porte de arma - pasmem os Senhores - de uma caneta-revólver. Era colecionador de armas e teria uma irregularidade num registro de armas, era uma caneta que tinha sido fabricada em Taiwan e estava registrada como americana, ou vice-versa. Nós trancamos essa ação aqui, dizendo que era absolutamente imprópria, mas tanto se disse - e consigo até entender - em relação a esse indivíduo que o STJ, certamente submetido a esse *constraint*, a essa mídia opressiva, acabou por receber a denúncia; uma denúncia, de tudo que tinha. Esse sujeito só não foi acusado, acredito, de ser responsável pela tragédia do World Trade Center.

Então, quem lida com isto tem que ter grande responsabilidade. Não pode sair aí a validar populisticamente qualquer declaração de qualquer procurador ou delegado.

O outro fato grave, que nós já discutimos em outro momento, diz respeito à prática desenvolvida, na gestão do Procurador-Geral de então, de fazer com que os delatores assinassem uma renúncia ao direito do auto sigilo. *Contra legem* flagrantemente, *contra legem* flagrantemente. "Ah, mas ele pode renunciar ao direito." Qualquer um, neófito em Direito, no jardim de infância, percebe que aquela proibição não é uma mera

**ADPF 395 / DF**

proibição afastável, disponível, porque esse contrato é um contrato especial. Ele diz com um contrato que se faz sobre direito de terceiros. É por isso que se protege o terceiro.

Quando a lei diz, Ministro Fachin, que, até a denúncia, o conteúdo da delação não poderia ser revelado, não era para proteger apenas o delator, mas os delatados, Presidente. Mas isso se tornou uma prática totalitária, claramente totalitária, que nós infelizmente homologamos em muitos casos. Não podemos homologar isso aqui. É um claro vilipêndio, é um claro vilipêndio aos direitos fundamentais básicos.

07/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É evidente que, como narrado da tribuna, nas várias sustentações, faticamente esse elemento surpresa - apanhar alguém, às 6 horas da manhã, em sua casa, com este enorme aparato, em geral acompanhado pelas redes de televisão - leva à supressão, talvez à quase impossibilidade, de ter ao seu lado o defensor. Nenhuma dúvida, portanto, quanto à necessidade de refletir também sobre esse aspecto, embora - claro - possa haver a opção de o próprio conduzido falar e, eventualmente, até romper com a ideia do direito ao silêncio e declinar da ideia da não autoincriminação. Talvez haja, nessa estratégia, o propósito de nulificar, pela surpresa, pelo constrangimento, o exercício desse direito.

Veja, Presidente, que nós demos passos importantes a propósito da temática do direito de defesa no âmbito do inquérito, basta dizer do avanço que tivemos com a Súmula 14. Mas sempre se discute, tendo em vista a concepção vetusta do nosso Código de Processo Penal, se se poderia falar no direito de defesa diante de um procedimento de feição inquisitorial. Eu escrevo, no Curso de Direito Constitucional, o seguinte:

"Matéria controvertida diz respeito à aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial. A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, uma vez que se não tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio. Tal orientação não impede, porém, que se reconheça o direito do advogado do investigado" - e, claro, esse direito do advogado do investigado é por metonímia - "a ter acesso aos autos antes da data designada para o seu interrogatório, com fundamento na norma constitucional em que se assegura o

**ADPF 395 / DF**

direito de assistência de advogado (art. 5º, LXIII)."

Mas isso é indissociável do próprio direito ao contraditório e à ampla defesa.

"No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado."

Note-se, ainda, que a classificação do procedimento como sigiloso não afasta a plena acessibilidade do defensor.

Depois que inúmeros HCs foram deferidos para garantir o acesso aos autos do inquérito, como se sabe, o Supremo editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO (154653/RJ)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD

ADV.(A/S) : DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S) (SP131054/)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), não conhecendo do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a liminar e julgando procedente a arguição de descumprimento para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do Código de Processo Penal, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Thiago Bottino do Amaral; pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, o Dr. Guilherme Ziliane Carnelós; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; e, pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**  
**ADV.(A/S)** : **THIAGO BOTTINO DO AMARAL**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -  
IBCCRIM**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -  
IDDD**  
**ADV.(A/S)** : **DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB**  
**ADV.(A/S)** : **TECIO LINS E SILVA**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que se pretende ver declarada a incompatibilidade do art. 260 do Código de Processo Penal com a Constituição da República, por contrariedade aos princípios da imparcialidade (art. 5º, § 2º, da CF), do devido processo penal (art. 5º, inciso LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV), bem como ao sistema penal acusatório e ao direito ao silêncio e ao direito de não produzir prova contra si mesmo (art. 5º, *caput* e inciso LXIII).

O autor pede que se declare como não recepcionada pela vigente ordem constitucional a possibilidade de determinação da condução coercitiva na fase do inquérito, bem como a interpretação ampliativa do citado art. 260, que admite aquela medida sem que ocorra o desatendimento à intimação para comparecer em juízo.

É o breve relato.

Em relação à matéria preliminar, acompanho o nobre relator, Ministro GILMAR MENDES, no que diz respeito ao cabimento da ADPF, uma vez que atendidos seus requisitos, inclusive o da subsidiariedade, como bem salientado no voto de Sua Excelência.

**ADPF 395 / DF**

No MÉRITO, porém, peço escusas para divergir do bem fundamentado voto do Ministro relator

A análise da interpretação constitucional do alcance do artigo 260 do CPP, que prevê a possibilidade de condução coercitiva do investigado/réu, deve ser realizada por meio de cinco tópicos essenciais:

- 1) Amplitude do interrogatório como meio de defesa;
- 2) Previsão constitucional de sistema acusatório (CF, art. 129, I), com ônus da prova ao órgão acusador e respeito ao princípio da presunção de inocência;
- 3) A necessidade de um “*diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*”, como fator legitimador do processo penal;
- 4) O alcance dos poderes compulsórios do Estado em relação aos investigados para garantir a denominada “*confiabilidade de provas e evidências*”;
- 5) Exigência de expressa previsão legal para as hipóteses de restrição de liberdade individual.

A amplitude do interrogatório como meio de defesa, indica T.R.S. ALLAN, engloba não só o “direito ao silêncio”, mas também o “direito de falar no momento adequado”, sob a ótica da impossibilidade de alguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, seja em suas declarações, seja na compulsoriedade de entrega de provas com potencial lesivo à sua defesa na persecução penal. A participação do investigado na investigação ou do réu em seu processo não é apenas um meio de assegurar que os fatos relevantes sejam trazidos à tona e os argumentos pertinentes considerados. Mais do que isso, o direito do acusado em manifestar-se livremente e em ser ouvido no momento processual adequado é intrínseco à natureza do julgamento, cujo principal propósito é justificar o veredicto final para o próprio acusado, como resultado legal justamente obtido, concedendo-lhe o respeito e a consideração que qualquer cidadão merece (*Constitutional Justice*. Oxford: University Press, 2006, p. 12 ss).

**ADPF 395 / DF**

A previsão de interrogatório do acusado em procedimentos sancionatórios, com a consagração do “direito ao silêncio” e do privilégio contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), tornou-se tema obrigatório a ser respeitado em relação ao direito constitucional à ampla defesa, sendo direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário de suas manifestações e a regularidade de seu julgamento, com um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*, como bem salientado pelo citado professor da Universidade de Cambridge.

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

O *caráter voluntário de suas manifestações* na ótica de um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* permite ao acusado exercer livre e discricionariamente seu *direito ao silêncio*, podendo, inclusive, optar pelas previsões legais que autorizem benefícios à sua confissão voluntária ou adesão às hipóteses de colaborações premiadas. São suas opções e de sua defesa técnica. Será o investigado quem escolherá o “*direito de falar no momento adequado*”.

No entanto, em momento algum a imprescindibilidade do absoluto respeito ao direito ao silêncio e ao privilégio da não autoincriminação constitui obstáculo intransponível à obrigatoriedade de participação compulsória dos investigados nos legítimos atos de persecução penal estatal.

A Constituição Federal consagra o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, mas não o “direito de recusa” ao investigado ou réu, ou seja, não lhes é permitido recusar a participar de atos procedimentais ou processuais estabelecidos legalmente dentro do Devido Processo Legal.

Em uma época em que a criminalidade organizada dominada por narcotraficantes e a corrupção generalizada eram fenômenos não tão conhecidos em nosso país, o eminente magistrado e professor



**ADPF 395 / DF**

FREDERICO MARQUES já externava preocupação com essa temática, salientando que o respeito às garantias do investigado ou do acusado não deveriam se constituir em obstáculo à realização de um dos fins mais importantes do Estado, qual seja, o regular e necessário exercício de seu poder punitivo:

“Cumpre lembrar, porém, que, se os direitos do réu são de fato sagrados e invioláveis, impossível é esquecer a relevância dos poderes repressivos do Estado e da tutela penal que ele exerce para a proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em comum. Não podemos pensar só no réu e acusado e esquecer o que representa o crime como atentado à ordem jurídica, ao desassossego geral e à segurança da vida coletiva. As garantias do acusado ficam perfeitamente asseguradas com a defesa ampla que lhe é dada exercer perante os órgãos jurisdicionais (...) Instaurado o processo, acusação e defesa devem ficar em plano de estrita igualdade (...) A estruturação acusatória do processo penal tem por objetivo, justamente, esse equilíbrio entre as partes, para que o juiz dê a cada um o que é seu, aplicando imparcialmente a lei. Mas não se há de exigir que o Estado compareça em juízo de mãos vazias, com a sua função acusatória inteiramente anulada. Da acusação é o ônus probatório. Limitá-la, pois, na fase prévia de investigação, para impedir que colha os elementos informativos imprescindíveis à atuação que deve desenvolver em juízo, é quebrar definitivamente o equilíbrio do sistema acusatório em favor de *Sua Excelência o Réu*, conforme a pitoresca expressão de ASTOLFO DE RESENDE”. (*Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, p. 66- 67).

E concluía o mestre, há mais de seis décadas, que se uma “exacerbada e hipertrofiada mentalidade *pro-réu* continuar ganhando terreno, totalmente inócua acabará sendo a tutela penal do Estado” (*Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, p. 67).

A garantia ao silêncio do acusado consagrada no histórico

**ADPF 395 / DF**

juízo norte-americano “*Miranda v. Arizona*”, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova o interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, o “você tem o direito de ficar calado” (*You have the right do remain silent*), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado, em momento algum, porém, proibiu que o preso ou acusado fosse encaminhado compulsoriamente para interrogatório perante a autoridade competente.

Nesse mesmo sentido, KENT GREENAWALT salienta que o suspeito está normalmente sujeito ao alcance dos poderes compulsórios do Estado necessários para assegurar a confiabilidade da evidência, podendo, se preciso, submeter-se à busca de sua pessoa ou propriedade, dar suas impressões digitais quando autorizado em lei e ser intimado e conduzido para interrogatório. Cabe-lhe, entretanto, escolher até onde vai auxiliar a acusação, oferecendo explicações ou admissões à luz das evidências contra ele, bem como consentir em ser interrogado, respondendo, ou permanecer em silêncio, pois, como observado pelo professor de Colúmbia, “não é constitucionalmente razoável e exigível que alguém traia a si mesmo – *nemo debet prodere se ipsum*”. (*Silence as a Moral and Constitutional Right*, 1981 – 23 William & Mary LR 15, pp. 35-41).

O que não é constitucionalmente possível é a indução ou coação de qualquer natureza realizada por autoridades públicas para obter ou forçar o interrogatório ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis, como decidido pela Corte Suprema Norte-Americana em diversos precedentes: R.v. Baldry (1852) 2 Den 430, p. 445; R. v. Priestley (1965) 51 Cr App R1, Ibrahim v. R. (1914) AC 599; McDermott v. R. (1948) 76 CLR 501).

O Juiz LORD KENNEDY DIPLOCK, da mais alta Corte Inglesa de Justiça, na Câmara dos Lordes, em 1980, no caso R. v. SANG, salientava a problemática da coação direta ou indireta em interrogatórios, e, sem afastar a possibilidade do comparecimento compulsório do investigado, apontou a ilicitude dos depoimentos obtidos por meio de condutas

**ADPF 395 / DF**

opressivas das autoridades públicas, salientando:

A mais séria violação do direito de silêncio consiste em obter ou usar uma confissão produzida por “opressão”, que significa conduta que “tenda ao cansaço, e tenha cansado o livre arbítrio que deveria existir antes que a confissão fosse voluntária” (*R. v. Priestley* (1965) 51 Cr App R1). Tortura, tratamento desumano ou degradante, ou violência são só os mais óbvios e ostensivos exemplos. O direito do réu ao silêncio também demanda a exclusão de uma confissão impropriamente obtida por outros meios que destroem sua natureza voluntária: na *common law*, a regra estabeleceu que “qualquer indução de natureza de promessa ou ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade corrompe a confissão” (*Baldry*, acima, p.445; ver mais em *Ibrahim v. R.* [1914] AC 599). Apesar de a tecnicidade excessiva acompanhar o exame de voluntariedade na prática, o princípio subjacente era que declarações deveriam ser rejeitadas quando “não fossem o resultado da escolha do acusado pelo seu livre direito de falar (*McDermott v. R.* (1948) 76 CLR 501, p.512.)”.

Não é possível que o móvel para decretação de conduções coercitivas, ou mesmo prisões cautelares, seja destruir a natureza voluntária da opção do investigado em prestar informações ou não em seu interrogatório, ou mesmo, colaborar de outras maneiras.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira cláusula de indenidade absoluta aos investigados, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, licitamente fixados pela legislação.

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

**ADPF 395 / DF**

Nesse sentido, importantíssima a advertência da necessidade de conciliação entre o respeito aos direitos e garantias dos acusados e o “exercício pleno dos poderes investigatórios e persecutórios dos órgãos do Estado”, feita por nosso Decano, Min. CELSO DE MELLO, no citado artigo em homenagem aos 20 anos da Constituição Federal, ao ensinar que:

a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido. Ao contrário, a observância dos direitos e garantias constitui fator e legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei se impõe a todos – magistrados, administradores e legisladores”. (*O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 555-559).

Dessa maneira, preservado o absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, os órgãos estatais não podem ser frustrados ou impedidos de exercerem seus poderes investigatórios e persecutórios previstos na legislação, entre eles, a determinação de comparecimento compulsório perante a autoridade competente para a realização de interrogatório, desde que respeitado o artigo 260 do CPP, ou seja, se o investigado não tiver atendido a devida intimação, injustificadamente.

A condução coercitiva realizada, mesmo estando ausente a prévia intimação e, conseqüentemente, a negativa injustificada de comparecimento, acarreta constrangimento injustificável correspondente ao que LORD KENNEDY DIPLOCK, no precedente anteriormente citado, apontou como “indução” ou “ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade”, que tem alta potencialidade de vulnerar a voluntariedade do interrogatório e a própria diligência investigativa.

**ADPF 395 / DF**

A manutenção da constitucionalidade desse diálogo equitativo entre acusação e indivíduo na persecução penal exige, portanto, a estrita obediência da expressa previsão legal.

Na presente hipótese, não restam dúvidas de que a condução coercitiva representa expressiva privação da liberdade de ir e vir, mesmo que seja por algumas horas. Não se permite, portanto, em sede de direito de ir e vir, o denominado poder geral de cautela do juiz, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal.

A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do *Segundo Instituto*, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: “*que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra*”; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal.

Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva.

Ressalte-se, ainda, que de modo algum pode-se entrever na ordem de comparecimento compulsório uma medida estigmatizadora do acusado, uma vez que as razões que o justificam também levaram o legislador a prever idêntica possibilidade em relação à testemunha (CPP, art. 218) e à própria vítima (art. 201, § 1º), desde que, repita-se, tenha havido descumprimento injustificado a prévia intimação.

Não procedem, tampouco, as alegações de que a condução coercitiva somente poderia ser determinada no curso da ação penal; pois o artigo 260 do CPP não fez essa distinção. Presente, entretanto, a cláusula de reserva jurisdicional, seja na fase de investigação, seja na fase processual, por tratar-se de hipótese de restrição ao direito de ir e vir, conforme anteriormente analisado.

**ADPF 395 / DF**

Concluo, na linha desses fundamentos, pela constitucionalidade e legitimidade do instituto da condução coercitiva para interrogatório, na qual será permitida a participação do defensor do investigado, em ambas as fases de persecução penal, nos termos do artigo 260 do CPP, ou seja, desde que o investigado/réu não tenha atendido injustificadamente prévia intimação.

VOTO no sentido da PROCEDÊNCIA PARCIAL das ADPFs 395 e 444, com a DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO do artigo 260 do CPP, para excluir a possibilidade de decretação direta da condução coercitiva, sem prévia intimação, com base no poder geral de cautela do juiz.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

### **ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhora Presidente, eminente Ministro-Relator Gilmar Mendes, eminente Ministro Alexandre de Moraes, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República Doutora Raquel Dodge, advogados que assomaram à tribuna, advogados e advogadas aqui presentes.

À guisa de cumprir, Senhora Presidente, o dever de fundamentação, ou seja, do inciso IX do art. 93; e também atendendo uma legítima convocação feita pelo eminente Ministro Decano, o Ministro Celso de Mello, para que minudentemos, nesta matéria, as questões subjacentes a este tema delicado, complexo e relevante, vou dividir a prolação do voto que trago à colação em dois momentos. Mas há uma antessala em relação à qual gostaria de fazer um registro.

Foi precisamente apenas há 3 anos, quando assumi a cadeira neste Supremo Tribunal Federal, que o eminente Ministro Marco Aurélio completava 25 anos neste Tribunal. E lembro-me de que fui, pela generosidade do então Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, o portador de uma homenagem entregue ao eminente Ministro Marco Aurélio, naqueles dias em que ingressei no Tribunal. Portanto, de um lado, pode-se dizer *tempus fugit*, quer em relação a esses 3 anos, quer em relação aos 28. Mas, ao subscrever as palavras de nosso Decano, quero fazer também o registro da honra, da alegria e do aprendizado que é estar ao lado de Sua Excelência.

Senhora Presidente, a primeira parte do voto, que é a mais breve e sintética, é, a rigor, apenas uma compreensão do panorama que estamos a explicitar, para que eu possa me desincumbir da compreensão que tenho do ponto de vista racional e sistemático desta matéria, à luz de um conjunto de instrumentos tópicos-sistemáticos que deságuam nas conclusões a que cheguei.

**ADPF 395 / DF**

Este panorama coloca em tela que, na ADPF 395, temos dois pedidos principais. O segundo deles, que considero o primordial dentre os dois pedidos principais, é este que está vertido no item 3.2 (ii) da petição inicial da ADPF 395, que é:

"(ii) declarar a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma (...)"

Esse pedido foi julgado procedente pelo eminente Ministro-Relator. O eminente Ministro Alexandre de Moraes, do que venho depreendendo, abrindo divergência, não acolheu o pedido da declaração de inconstitucionalidade.

Há um segundo - na verdade, formulado como primeiro aqui, mas compreendo por esta ordem -, nesta ADPF 395, que é a declaração da não recepção parcial - portanto de uma dada expressão que já foi referida - desse art. 260 do Código de Processo Penal, precisamente na parte em que permite a condução coercitiva para a realização do interrogatório.

Eu estou apenas minudentando esses dois aspectos para explicitar que, na minha compreensão, em relação aos pedidos desta ADPF 395, não estou acolhendo nenhum dos pedidos. E fundamentarei em seguida.

Na ADPF 444, há também dois pedidos, mas um principal e outro subsidiário. O pedido principal repete um dos da ADPF 395, ou seja, o da não recepção do artigo 960; e o outro subsidiariamente trata desses aspectos que o Ministro Alexandre de Moraes vem agora ferir em seu voto, ou seja, subsidiariamente, requer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nesta ADPF 444:

"(...) seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do art. 260 do CPP, a fim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento injustificado do acusado."

O eminente Ministro-Relator, como disse - apenas para rememorar e principiar o voto -, julgou procedente os dois pedidos principais na ADPF 395; e, por via de consequência, também o pedido principal na ADPF 444, que é o pedido da não recepção. E o fez diante dos filtros de controle, quer inseridos na Constituição Brasileira, que são alguns dos incisos do



**ADPF 395 / DF**

art. 5º, nomeadamente os incisos III, LIV, LV, LXIII, e também o § 2º deste mesmo art. 5º, que foi suscitado nas petições iniciais à luz de uma cláusula de abertura para uma certa forma de controle, digamos, de convencionalidade à guisa de observância daquilo que, na ADPF 444, é trazido à colação como o texto normativo vinculante do Pacto de São José da Costa Rica.

Portanto, em face desse panorama que eu pronuncio o voto que trago à colação, Senhora Presidente.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Senhora Presidente, ao tempo em que cumprimento o eminente Ministro Gilmar Mendes pelo seu acutíssimo voto, peço vênua para divergir.

Antes, contudo, permito-me fazer algumas reflexões pois considero, de fato, como repetidas vezes pronunciado da Tribuna, histórica a oportunidade deste julgamento.

A questão atinente à condução coercitiva não deixa de se enfeixar num contexto que remete ao próprio sistema criminal brasileiro.

O Brasil tem sido marcado ao longo de sua história por um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto, porque veiculador de tratamento profundamente desigual entre segmentos mais abastados da sociedade e cidadãos desprovidos de poder econômico ou político.

O debate posto nestas duas ADPFs tem como pano de fundo esse cenário que mancha a paisagem brasileira, que tem na Constituição e seus limites o marco normativo de atuação deste Tribunal. A resposta às questões que emergem de ambas as ADPFs está na Constituição.

Não nos parece, contudo, que a Constituição é um tecido aberto a interpretação de qualquer elasticidade. A liberdade do intérprete é uma liberdade hermenêutica conformada pelo limite da Constituição.

Atente-se, pois, para esse limite, até porque o terror tem diversas faces. Nas ditaduras vem nas sombras. Nas democracias ele se disfarça em apuros linguísticos de verniz a fim de turvar a realidade.

Alterar um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto: esse é o destinatário dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição. Essa é a cruzada constitucional que ainda não se completou. O Estado de Direito, reclamado na VII Conferência da OAB, em Curitiba, e que se projetou nas conquistas democráticas de 1988, requer mais que

**ADPF 395 / DF**

enfrentamento retórico.

A despeito do truísmo desta constatação a flagrante e histórica desigualdade do sistema de Justiça Criminal brasileiro - , creio ser esta uma realidade que deve estar insistentemente presente na órbita das preocupações de todos, sejam advogados, membros do Ministério Público, policiais, defensores públicos e, sobretudo, juízes.

Antes, contudo, quero esclarecer que, sob minha ótica, consoante tenho sustentado, afirmo ser o sistema de Justiça Criminal marcadamente injusto e desigual, e o faço por depreender que esse desequilíbrio tem por causa descompassos em ambos os pratos da balança. Há rigor excessivo contra uma parcela menos abastada da população e injustificada leniência quando poderosos estão às voltas com práticas criminosas.

Faço esse registro porque, se é generalizada a percepção segundo a qual o sistema é absurdamente seletivo e desigual, nem sempre convergem as percepções a respeito de onde se situaria o fator de desequilíbrio.

Há os que propugnam ser o tratamento usualmente dispensado aos menos abastados aquele que deveria, pura e simplesmente, ser estendido à generalidade da população, submetendo-se, então, todos, aos mesmos rigores a que atualmente estão sujeitos apenas os menos abastados.

Alguns sustentam até mesmo um recrudescimento generalizado das sanções e rigor mais intenso por parte dos aparelhos repressores.

A solução para o problema estaria, portanto, em estender a drástica rigidez do sistema penal à generalidade da população, quiçá recrudescendo-o ainda mais.

Outros compreendem que não há nada de errado nas respostas usualmente pífias que o sistema oferece quando se depara com criminosos oriundos de uma camada mais abastada da população. Diante da indubitosa seletividade do sistema, advogam a extensão da leniência com que são alguns tratados à generalidade da população.

Sob essa ótica, a solução para o arrefecimento da seletividade estaria, simplesmente, na contenção do poder punitivo estatal.

Considero importante que se tenha em mente essa diversidade de

**ADPF 395 / DF**

compreensões, porque a busca da solução de um problema passa necessariamente pelo seu correto diagnóstico. Se for generalizada a percepção a respeito da seletividade do sistema penal, as diversas concepções sobre a legitimidade do sistema informam soluções muito díspares quanto ao caminho a ser trilhado para sua superação.

Ocorre que, no âmbito do direito penal e processual penal, a aceitação doutrinária de determinadas teses, mais do que no que diz respeito a qualquer outro ramo do direito, está fortemente marcada pela concepção sobre o papel que deve ser reservado ao direito penal como instrumento de regulamentação de condutas.

Como o direito penal se vale, em regra, da sanção mais grave, a legitimação de seu atuar está sempre em xeque e é bom que assim o seja. O direito penal, mais do que qualquer outro ramo do direito, precisa, sempre, legitimar-se, porque usualmente se vale da mais drástica sanção que um Estado Democrático de Direito se permite impor contra seus cidadãos, que é a privação da liberdade.

As disputas a respeito da capacidade ou não de se construir um discurso efetivamente legitimador do direito penal influenciam marcadamente as concepções doutrinárias e as opções jurisprudenciais a respeito de determinadas teses jurídicas.

Não quero simplificar a complexidade desse fenômeno. Mas, genericamente, pode-se dizer que há uma parcela que compreende injustificada toda e qualquer forma de violência estatal voltada ao encarceramento de um indivíduo, de modo que pugnam pela extinção das penas privativas de liberdade como resposta a toda e qualquer conduta tida por socialmente indesejada.

Há outros ainda, que a despeito de aceitarem um direito penal mínimo, hiperbolizam direitos e garantias processuais, de modo a inviabilizar, ao máximo, a efetivação do direito penal. Entendem que, diante da ausência de justificativas racionais que legitimem o uso da violência por parte do Estado contra seus cidadãos, nada mais resta do que erguer o máximo de barreiras possíveis ao exercício do poder punitivo estatal.

**ADPF 395 / DF**

Num extremo oposto, há os que julgam ser o direito penal, com suas sanções violentas, a panaceia para todos os males, pugnando pelo recrudescimento de penas, ampliação do rol das condutas a serem tipificadas, redução dos direitos e garantias individuais, adoção de práticas policiais voltadas à uma política de tolerância zero. Flertam com o autoritarismo, são coniventes com a violência policial não institucionalizada e com métodos de investigação que desbordam dos limites legais e constitucionais.

De minha parte, compreendo que não há espaço para um direito penal máximo na Constituição. O direito penal, porque se utiliza da violência como forma de sanção, não pode, num Estado Democrático de Direito digno desta designação, ser instrumento de regulação amplamente utilizado. A Constituição exige, como decorrência lógica da proporcionalidade, que o direito penal, e a violência com que se vale para sancionar as condutas das quais se ocupa, sejam para as condutas mais graves.

Por outro lado, embora, creio eu, que todos nos irmanemos na utopia de um dia viver numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade, a Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, na atual quadra de evolução das relações sociais, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo não encontra guarida na Constituição, pois há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.

Cito como exemplo os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º da Constituição, os quais impõem expressamente a adoção de medidas criminais para a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio

**ADPF 395 / DF**

ambiente.

O Brasil, nesse aspecto, não destoa das demais nações, que aceitam a violência estatal institucionalizada pelo direito penal como forma de proteção a direitos fundamentais. O Brasil, aliás, no âmbito internacional, tem sido questionado em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva numa série de acusações que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Cito, como exemplo, o caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão.

Compreendo, portanto, que propugnar pelo déficit de efetividade do direito penal, por qualquer de suas formas, não atende aos ditames constitucionais, que o elege como instrumento de tutela de seus valores mais caros, dentre eles uma série de direitos fundamentais.

Numa República, todos os cidadãos devem ser tratados perante o direito com a mesma deferência e com o mesmo rigor. Não há espaço, numa República, para tratamentos diferenciados entre cidadãos em razão de estirpes, classes sociais, ou qualquer outro elemento diferenciador que não se enquadre dentro de uma concepção de isonomia.

Houve um tempo, inclusive, em que a diversidade de tratamentos era mesmo institucionalizada, sem cerimônias, e declarada expressamente nas regras penais vigentes.

Refiro-me, por exemplo, ao período de maior terror institucional do direito penal brasileiro, vigente até 1830, ano em que passou a vigorar o Código Criminal do Império. Até 1830, o direito penal e processual brasileiros eram regulados pelo Livro V das Ordenações Filipinas, em que as penas criminais cominadas não variavam apenas em razão da gravidade dos fatos previstos, mas variavam também em razão da estirpe do imputado. Nobres eram declaradamente punidos com mais parcimônia. Enquanto aos ditos "peões" se reservava todo o rigor imaginável.

**ADPF 395 / DF**

Menos de 200 anos depois do fim da vigência do Livro V das Ordenações Filipinas, apesar de muitos progressos, ainda nos deparamos diante de um sistema de Justiça Criminal profundamente desigual, o que bem demonstra que a construção de uma república é um processo demorado e, por vezes, sujeito a avanços e recuos.

É fato que já superamos muitas das causas desse tratamento desigual e não podemos deixar de reconhecer que muitos avanços já foram conquistados, quer no que diz respeito ao arrefecimento do rigor excessivo imposto aos economicamente excluídos, quer no que diz respeito à inclusão de poderosos no radar dos aparelhos de repressão penal.

Quanto ao arrefecimento da violência desmedida, no âmbito legislativo, inegável uma descontração vertical do poder punitivo, com a sucessiva adoção de medidas despenalizadoras para delitos de menor gravidade. Desde 1984, com a reforma da Lei de Execuções Penais e da Parte Geral do Código Penal, intensificou-se, no âmbito do Poder Legislativo, a aprovação de leis que permitem, cada vez mais, a substituição das penas privativas de liberdade pela restritiva de direitos, a suspensão condicional do processo e a transação penal, para citar apenas alguns exemplos.

No âmbito do Poder Judiciário, podemos notar também, especialmente após 1988, uma paulatina tomada de consciência a respeito da necessidade de um maior rigor no controle de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Parlamento, mas motivadas por escândalos de ocasião, fortemente marcadas pelo clamor, muitas vezes irracional, das massas exigindo soluções urgentes e radicais para problemas complexos e cuja solução imediata é impossível. Como exemplo, cito a evolução jurisprudencial a respeito da inconstitucionalidade da fixação obrigatória de regime integral (e agora até mesmo inicial) fechado para determinados crimes. Prisões obrigatórias "ex lege" e outras medidas usualmente violadoras do princípio constitucional da individualização das penas foram e têm sido rechaçadas pelo Poder Judiciário.

Outras iniciativas no âmbito do Poder Judiciário são igualmente

**ADPF 395 / DF**

dignas de nota. A organização, pelo CNJ, de mutirões carcerários voltados à revisão de inúmeras situações de absoluta injustiça e degradação do ser humano é um exemplo. Encontraram-se cidadãos em situações deploráveis no que diz respeito aos direitos mais básicos. Condições carcerárias dantescas, degradantes e, diria mais, vergonhosas.

A questão carcerária, finalmente, entrou na órbita das preocupações do Poder Judiciário. Cito, ainda, como elemento fundamental para a contribuição da redução da seletividade do sistema penal, a imposição da realização das audiências de custódia e a declaração do sistema penitenciário brasileiro um estado de coisas inconstitucional, no julgamento da ADPF 347, com as medidas daí resultantes.

Até não muito tempo atrás, condutas altamente danosas e violadoras de bens jurídicos de fundamental importância sequer eram erigidas à categoria de crime. Vide o exemplo do crime de lavagem de capitais, cuja lei que o previu pela primeira vez no Brasil foi promulgada apenas em 1998.

Aqui é preciso abrir um parêntese para uma reflexão sobre o quão difícil é a tomada de consciência a respeito da gravidade de condutas que violam bens jurídicos supraindividuais e, portanto, a esfera jurídica de um número indeterminado de pessoas.

Tem-se a impressão que, quanto mais coletivo o prejuízo causado pelo crime, quanto maior o número de vítimas que suportam difusamente esse prejuízo, menor é a compreensão social a respeito do caráter criminoso dessa conduta.

A esse respeito, lembro as ainda atuais palavras de Edwin Hardin Sutherland, conhecido mundialmente por imprimir notoriedade à expressão "criminalidade do colarinho branco". Esse epíteto, de todos conhecido, ganhou notoriedade a partir de seu discurso no 34º encontro anual da American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), proferido na Filadélfia, em 27 de dezembro de 1939.

Naquela oportunidade, o eminente sociólogo apresentou severas críticas ao fato de que os crimes usualmente praticados por uma classe mais privilegiada de cidadãos tinha tratamento muito mais brando por



**ADPF 395 / DF**

parte das agências responsáveis pela resposta ao fenômeno do crime, em todos os níveis: policial, legislativo e judicial.

Conceber a violência estatal institucionalizada como aplicável ao outro, a alguém com quem é mais difícil estabelecer um processo de identificação e, portanto, de potencial afeto, é usualmente mais fácil.

Criminosos do colarinho branco ostentam estereótipos sedutores. Pessoas assim, criminosas ou não, tendem a ser admiradas e tidas como exemplos de sucesso pessoal. Suas posições sociais são cobiçadas e festejadas.

Ao contrário, quando se depara com favelados, pobres, maltrapilhos, o estigma de criminoso e malfeitor social, portanto de alguém que precisa ser retirado do convívio social, é algo que, infelizmente, tende a ser considerado menos chocante.

A despeito desses óbices, como dito, a história recente tem demonstrado alguns progressos.

Com a ordem constitucional inaugurada em 1988, institucionalizou-se e conferiu-se independência ao Ministério Público, reduzindo-se a influência do poder político e econômico sobre seus integrantes. O regime constitucional dos servidores públicos, contemplando a estabilidade, igualmente, contribuiu para minimizar influências políticas sobre agentes policiais. Tipos penais prevendo condutas altamente danosas a bens jurídicos supraindividuais foram instituídos, tais como, crimes contra a ordem econômica, tributária, relações de consumo, meio ambiente e sistema financeiro nacional. Métodos de investigação mais consentâneos com o enfrentamento à criminalidade organizada de colarinho branco, igualmente, foram instituídos, do qual a colaboração premiada é exemplo mais recente e notório. No âmbito da organização judiciária, pode-se anotar, ainda, a criação de unidades jurisdicionais especializadas no julgamento de determinadas causas ligadas à criminalidade organizada do colarinho branco.

Enfim, muitos passos foram dados na história recente, na direção da superação da seletividade do sistema de Justiça Criminal.

O dia é histórico, sim. Sem dúvida.

**ADPF 395 / DF**

Primeiro, creio eu, nós juízes devemos estar sempre atentos ao nosso real papel no que diz respeito ao combate da criminalidade. Ao Poder Judiciário não foi outorgada função de combater o crime. O crime deve ser combatido pelas agências de repressão: polícia e Ministério Público. Aos juízes, incumbe justamente julgar esse combate, coarctando eventuais abusos e equívocos e impondo o irrestrito cumprimento e observância dos direitos e garantias individuais a todos assegurados pela Constituição. Mas o Judiciário jamais deve desobrigar-se de fazer valer a lei penal de forma igualitária para todos.

Com isso, quero dizer que o magistrado jamais deve renunciar à equidistância que deve manter entre as partes, e jamais deve colocar-se na condição de coadjuvante da acusação, como se a solução para a seletividade do sistema penal fosse virar o jogo a fórceps.

Já me encaminhando para o final, devo registrar que muitos dos recentes avanços obtidos, que importaram no desvelar de uma sucessão de episódios repugnantes, deve-se à determinação e persistência de muitos juízes de primeiro grau, secundados por igualmente valorosos julgadores de segundo grau.

Por fim, devo dizer que todo processo histórico de superação de desigualdades está sujeito a avanços e retrocessos. Ingenuidade pensar que, diante dos últimos avanços, não corre a sociedade o risco de algum retrocesso. Ingenuidade imaginar que a superação meramente parcial das profundas desigualdades que historicamente marcam o sistema de Justiça Criminal do Brasil agrada a todos.

Em toda parte, há quem se empenhe para a manutenção do *status quo*. Jamais dirão que o que desejam é realmente manter a seletividade do sistema penal e a intocabilidade de poderosos. Até porque muitos sequer têm a consciência de que agem impregnados pela identificação que mantém com uma parcela mais abastada da população, a quem é difícil conceber legítimo o emprego da violência estatal institucionalizada. O discurso continuísta vem sempre escamoteado. Ergue-se a bandeira da defesa da democracia e dos direitos e garantias individuais. Para isso, tomam algumas falhas ou desencontros e, por meio de hipérboles, tentam

ADPF 395 / DF

fazer crer que uma nova ordem que está se instaurando é perigosa para as garantias individuais.

Sem desconsiderar e renunciar ao dever que incumbe ao Poder Judiciário de coartar abusos, creio que devemos estar atentos para não nos deixar seduzir por argumentos “*ad terrorem*”.

Sob essa ótica, sem discordar da integralidade das razões invocadas pelo eminente Ministro Relator para fundar suas conclusões e sem descurar das advertências que lança quanto à necessidade de se estar atento a abusos, compreendo possível a decretação judicial da condução coercitiva de investigados, sempre que o for em substituição a uma medida cautelar típica mais grave, das quais são exemplo a prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal e a prisão temporária prevista na Lei 7.960/89.

Não me ponho contrário, em princípio, à tese segundo a qual o magistrado, no âmbito do processo penal, não dispõe de um poder geral de cautela.

Com efeito, leciona a doutrina que a tutela cautelar, no âmbito processual civil, é caracterizada pela atipicidade, de modo que a alegação de perigo da demora, associada à plausibilidade do direito, legitima o exame da matéria em sede de urgência, ainda que inexistam previsão normativa específica que dê azo a tal proceder.

Nesse sentido, cito Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

**“Toda e qualquer providência capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipada. Vale dizer: o pedido de tutela de urgência satisfativa ou cautelar não está limitado à proteção de apenas determinadas situações substanciais. A atipicidade da tutela de urgência, como da tutela jurisdicional em geral, está ligada à necessidade de se oferecer uma cobertura o mais completa possível às situações substanciais carentes de proteção.”** (Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 382, grifei)

**ADPF 395 / DF**

Compreende-se, contudo, que essa lógica, própria do poder geral de cautela, não pode ser simplesmente transportada para a sistemática processual penal. Nessa direção, colho ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho:

**“(…) não se pode cogitar em matéria criminal de um poder geral de cautela, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à legalidade da inteira repressão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.”** (Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57, grifei )

Ainda no sentido da taxatividade das medidas cautelares penais:

**“A figura não se aplica ao Processo Penal, pois um dos pressupostos de qualquer medida cautelar penal é a tipicidade ou legalidade (art. 5º, inc. II, da CF), até porque o Processo Penal existe como um instrumento de tutela da liberdade (citado por Dinamarco, 1987, p. 256), justamente para impor limites ao arbítrio estatal.”** (MASSI, Carlo Velho. A condução coercitiva e o poder geral de cautela do juiz criminal. In advocacia dinâmica: informativo semanal. n. 22, p. 307, 1 jun 2016, grifei ).

Tal visão, a meu sentir, deve ser compreendida precisamente no contexto da dimensão teleológica do devido processo legal, que, aplicável à seara processual penal, configura indubitável fator de proteção do cidadão frente ao poder estatal. Nesse sentido, por todos, transcrevo as

**ADPF 395 / DF**

sempre percucientes lições do ilustre decano desta Suprema Corte:

“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 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**. (...) 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 judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de **salvaguarda da liberdade individual**.” (HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, grifei)

Na mesma direção, menciono precedente, de minha relatoria, em que a Segunda Turma assentou que a exigência do devido processo legal, naquele caso, não poderia funcionar como óbice à absolvição do acusado. Na ocasião, o direito à prova foi examinado à luz da possibilidade, desde logo, de formação do juízo absolutório:

“AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DELITO DE APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. SOBREPOSIÇÃO CONTRATUAL. SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO ANTERIOR À FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência

**ADPF 395 / DF**

consolidada da Corte atesta o não cabimento de habeas corpus contra ato jurisdicional de Ministro ou órgão fracionário do STF. 2. **A exigência de processo penal, expressa na cláusula *nulla poena sine iudicio*, traduz fator de proteção do acusado em face da persecução penal estatal. Precedentes.** 3. Diante dessa finalidade, a existência de provas exibidas pela defesa que demonstrem a inocorrência do fato supostamente criminoso narrado na denúncia, associado à presença de pedido expresso, formulado pelo Procurador-Geral da República, de antecipada extinção da ação penal, autoriza, **desde logo, a formação do juízo absolutório, dispensando-se a produção das demais provas requeridas pela defesa.** 4. Questão de ordem resolvida para julgar desde logo a ação penal improcedente.” (AP 985 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017)

Em suma, a exigência de observância do devido processo impõe interpretação que intensifique a proteção individual em face do Estado. É incompatível com a finalidade dessa cláusula geral, portanto, compreensão que acarrete resultado processual prejudicial ao indivíduo.

Nessa perspectiva, tenho que, embora, via de regra, realmente não se admita, no campo processual penal, a imposição de atípicas medidas cautelares gravosas, tal proceder é admissível e, portanto, mandatário, na hipótese em que esse instrumento seja empregado em favor do acusado ou investigado, notadamente quando permita a substituição de medida cautelar típica que traduza maior gravame ao cidadão.

Assim, nada impede que o magistrado, diante de hipótese em que cabível a decretação da Prisão Temporária e ou da Prisão Preventiva, fundamentadamente, após demonstrar o cabimento dessas medidas mais graves, a substitua pela condução coercitiva caso constate que esta última é suficiente aos fins propostos.

Anoto, como exemplo, hipótese de cabimento de prisão preventiva “*por conveniência da instrução criminal*”, tal como prevê o art. 312, do CPP, ou hipótese de cabimento da prisão temporária “*quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*”, como prevê o art. 1º, I, da Lei

**ADPF 395 / DF**

7.960/89, mas cujos objetivos possam ser atingidos com a breve restrição da liberdade de locomoção do investigado, apenas conduzindo-o para ouvi-lo, sempre lhe assegurando os direitos constitucionais dentre eles o de permanecer em silêncio.

Reforço que a condução coercitiva, como medida cautelar menos gravosa substitutiva, não prescinde da demonstração do cabimento da medida substituída. Ou seja, se não se demonstrar presentes os requisitos da medida mais grave (por exemplo, prisão preventiva ou prisão temporária) a ser substituída, não se permite igualmente a decretação da condução coercitiva substituta.

Feitas essas considerações, julgo improcedentes os pedidos da ADPF 395 e acolho apenas o pedido subsidiário da ADPF 444, pronunciando interpretação conforme ao art. 260 do CPP, ressalvando a possibilidade de decretação judicial e fundamentada da condução coercitiva sempre que decretada substitutivamente a medidas cautelares típicas mais graves como a prisão preventiva e ou a prisão temporária e desde que integralmente presentes os requisitos legais e constitucionais das medidas mais gravosas; e, assim, declarar a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do referido dispositivo, impondo-se prévia intimação e a ocorrência do não comparecimento injustificado do intimado.

É como voto.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, caros Colegas, Advogados, Estudantes presentes, eu começo o meu voto, em primeiro lugar, cumprimentando o eminente Ministro Marco Aurélio pelos 28 anos de admiráveis serviços bem prestados ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça brasileira. O Ministro Marco Aurélio gosta de dizer que nós concordávamos mais quando eu era Advogado do que agora que sou Juiz, mas quero dizer que o meu apreço e a minha admiração por Sua Excelência subsistem rigorosamente idênticos.

A hipótese aqui, Presidente, como já foi devidamente anunciado, é de duas arguições de descumprimento de preceito fundamental que giram em torno do sentido e do alcance do art. 260 do Código de Processo Penal, cujo texto volto a repetir, para encadeamento do raciocínio:

Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo a sua presença.

A disposição, Presidente, parece-me simples, clara e corresponde à prática mundial em relação a essa matéria.

Não obstante isso, as duas ADPFs - que vou decidir em conjunto, Presidente - articulam dois pedidos distintos. O primeiro é no sentido da não recepção, pela Constituição de 1988, da parte desse art. 260, que prevê a condução coercitiva do acusado para fins de interrogatório. Portanto, essa é a primeira discussão: Saber se, em um processo penal já instaurado, o acusado pode ser conduzido coercitivamente para o interrogatório, que é um momento generalizadamente reconhecido como uma prova de defesa.

A segunda questão que está posta é um pedido para que se declare a inconstitucionalidade da condução coercitiva para a tomada de declarações de acusados ou investigados em procedimento de natureza



**ADPF 395 / DF**

criminal, como medida cautelar autônoma. Dessa forma, o segundo pedido é para que, fora de uma ação penal - portanto, antes de instaurada a ação penal -, saber se é possível ou não conduzir coercitivamente uma pessoa que esteja sendo investigada.

Assim sendo, o primeiro caso corresponde à textualidade do art. 260. O segundo caso não guarda qualquer conexão direta com o art. 260.

Eu aqui observo, Presidente - porque considero um fato digno de nota - que a Câmara dos Deputados, ao prestar informações, afirmou que o dispositivo impugnado foi recepcionado pela Constituição Federal, com o *status* de lei ordinária, e pede a improcedência do pedido.

O Presidente da República, também ao prestar informações, pede a improcedência do pedido, pois entendeu:

“a condução coercitiva isolada não consiste em restrição à liberdade ou qualquer outra espécie de segregação, outrossim, trata-se, tão somente, da imposição de cumprimento do dever legal de comparecimento”.

O Senado Federal, por sua vez, afirma:

A condução coercitiva tem papel de concretizar o Direito Constitucional à segurança, com menor grau de restrição ao direito de liberdade do que uma eventual prisão cautelar, temporária ou preventiva - penso até que o Senado Federal intuiu a evidência.

Assim, é forçoso concluir que o Estado-Juiz tem o poder de determinar o comparecimento do acusado ao interrogatório, que é dever do acusado comparecer, e que, caso este não o faça espontaneamente, é poder inerente às funções do Estado-Juiz a determinação do cumprimento dessa ordem, por meio de condução coercitiva.

Portanto, a Câmara dos Deputados, o Presidente da República e o Senado Federal defenderam a validade da norma e pediram a improcedência do pedido.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, depois de ter feito um argumento pelo não conhecimento, que não prevaleceu, também pede, igualmente, a improcedência do pedido. E a Procuradoria-Geral da

**ADPF 395 / DF**

República, também aqui representada pela Doutora Raquel Dodge, no mesmo sentido, pronunciou-se pela improcedência do pedido.

Note-se bem: o Presidente da República, as duas Casas do Congresso Nacional e os dois órgãos técnicos que se manifestaram nesses autos pediram a improcedência do pedido - tanto os órgãos eletivos todos, quantos os órgãos técnicos. Portanto, é necessário um exacerbado ativismo judicial para o Supremo Tribunal Federal sobrepor a sua vontade e a sua valoração dessa matéria por todos esses agentes políticos eletivos e técnicos, todos eles com assento constitucional. Essa é a primeira observação que eu gostaria de fazer.

Em segundo lugar, Presidente, gostaria de fazer algumas observações iniciais sobre o que que essa discussão não envolve. Algumas situações não guardam qualquer relação com a discussão que está sendo posta aqui, a despeito dos argumentos terem sido suscitados. Primeiro, o caso que envolveu o ajudante de pedreiro Amarildo Dias de Souza, no Rio de Janeiro, na comunidade da Rocinha, não tangenciava a figura de condução coercitiva. O que ocorreu com Amarildo, tragicamente, foi uma prisão ilegal, sem ordem judicial, seguida do seu desaparecimento e provável homicídio. Portanto, foi um caso típico de violência policial contra pessoas pobres que não tem nada que ver com condução coercitiva. Ninguém imagina extinguir a polícia porque ocorreu um caso de abuso. O caso, igualmente trágico, do reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Carlos Cancellier de Olivo, tampouco tem qualquer coisa que ver com condução coercitiva. Nesta hipótese, tratava-se de uma prisão temporária decretada pelo juiz, com - ao que se alega, é preciso esperar terminar a investigação - uma alegada exposição indevida do suspeito e a espetacularização do procedimento. Porém, ninguém imagina extinguir a prisão temporária porque ocorreu um caso de má utilização.

Em terceiro lugar, um caso, que esteve nos jornais e foi objeto igualmente de reflexões, envolvendo a esterilização forçada de uma moradora de rua de nome Janaína. Ali se tratava de uma ação civil pública, portanto uma ação de natureza cível, movida pelo Ministério

**ADPF 395 / DF**

Público e acolhida por decisão judicial. Ninguém imagina extinguir a ação civil pública porque ela foi mal utilizada em uma determinada situação. Portanto, eu gostaria, desde logo, de afastar esses casos que foram invocados aqui, penso eu, com todas as vênias, sem pertinência e, menos ainda, equiparação com tortura do período militar. É preciso não ter estado lá para ver, para comparar, um momento difícil que vivemos, mas, ainda assim, muitas vezes melhor do que o que se vivia naquela época. Aliás, e só para fazer um parêntesis, eu, verdadeiramente, prefiro a Curitiba dos dias de hoje à de 1977, auge do regime militar, em que havia tortura, censura e Congresso fechado pelo General Ernesto Geisel. Hoje nós estamos tentando elevar a ética pública e a ética privada no País. Vivemos em um país muitíssimo melhor do que o que se vivia em 1977. Tampouco, Presidente, está-se aqui discutindo práticas ilegítimas, como sejam: vazamentos em procedimentos sigilosos, exposição e humilhação pública de condenados, prejulgamento perpetrado por quaisquer autoridades. Ninguém defende isso. Nem em processo judicial, nem em inquérito policial e nem em nenhum ato do Estado qualquer um desses desvios deve ser tolerado.

Há uma outra reflexão que considero muito importante de ser feita, quando se discute casos penais perante o Supremo Tribunal Federal.

Os tribunais constitucionais, em todo o mundo democrático, têm dois grandes papéis: proteger as regras do jogo democrático e proteger os direitos fundamentais. Em matéria de proteção dos direitos fundamentais, inclusive e, sobretudo, de minorias, os tribunais constitucionais podem e, em muitas situações, devem, a meu ver, atuar construtiva e criativamente, porque é assim que se protegem pelo mundo afora os direitos dos homossexuais, dos negros, das populações nativas, de uma maneira geral, e de mulheres, que não são uma minoria, mas, em muitas partes do mundo, inclusive aqui no Brasil, para muitos fins, são um grupo vulnerável. E, portanto, a interpretação constitucional típica - como imagino que deva ser - deve produzir decisões que sigam o seguinte itinerário. Primeiro lugar, toda decisão de um tribunal constitucional deve-se reconduzir a uma norma jurídica, seja um

**ADPF 395 / DF**

princípio, seja uma regra, e deve-se ater aos limites e possibilidades semânticas oferecidas por essa norma. Essa é a dimensão normativa da interpretação constitucional, que é inarredável porque, do contrário, não se trataria de uma interpretação jurídica.

Segundo passo, a meu ver, a decisão de uma corte constitucional deve preservar, sempre e sempre, e em primeiro lugar, os princípios fundamentais e os direitos fundamentais inscritos na Constituição. E cabe deixar claro que direitos fundamentais protegem as pessoas contra a vontade das majorias, portanto, não há popularidade ou impopularidade que possa deter um juiz em fazer o que é certo, justo e legítimo, na preservação dos valores e dos direitos fundamentais. Essa é a dimensão deontológica de uma decisão judicial.

E, em terceiro e último lugar, superadas essas duas etapas, ou seja, feita a remissão normativa adequada e respeitados os valores e os direitos fundamentais, o juiz deve produzir, aí sim, o melhor resultado possível para a sociedade. Essa é a dimensão pragmática da sua decisão. Só se chega a dimensão pragmática depois que se acolheu a dimensão normativa, a dimensão deontológica. E, aí sim, se produz o melhor resultado para a sociedade.

Eu estou explicando isso porque, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além desses papéis de Corte constitucional, proteção da Democracia e proteção dos direitos fundamentais, desempenha uma larga competência penal, diferentemente do que se passa na maior parte dos países do mundo.

Eu queria deixar claro, claríssimo, que nada do que eu disse sobre interpretação constitucional se aplica à interpretação penal. A interpretação penal segue a estrita legalidade. Não deve ser nem construtiva, nem criativa, quando seja evidentemente contrária ao réu. Portanto, não se criam tipificações. Não se criam penas. Não se exacerba nada que vá contrariamente ao interesse do réu que não esteja explicitado em lei. A reserva legal existe para proteger precisamente os acusados em matéria penal. Eu explicito isso: Em matéria penal, não existe criatividade judicial, vigora a legalidade estrita.

**ADPF 395 / DF**

E desafio qualquer pessoa a demonstrar uma decisão condenatória minha que não tenha sido baseada em prova idônea ou inequívoca, porém, Presidente, eu aplico a todos, ricos e pobres, o mesmo Direito Penal. Não trato os pobres como se fossem invisíveis, nem os ricos como se fossem imunes, nem viro os olhos para o outro lado se o réu for poderoso.

Num país que sempre cultivou uma cultura de desigualdade, na qual existem superiores e inferiores, e isso foi destacado no magnífico voto do Ministro Luiz Edson Fachin, essa divisão entre os que estão ao alcance da lei e os que estão acima da lei, essa postura igualitária, que tentamos implantar aqui, diversos de nós, provoca choro e ranger de dentes, mas a velha ordem precisa ser empurrada para margem da história; e o nosso papel é empurrá-la.

Ninguém, Presidente, deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva ou um direito penal onipresente, mas aqui é de novo preciso fazer um esclarecimento em que existem confusões deliberadas: O Estado que pune o empresário que ganha a licitação porque pagou propina a um agente administrativo não é um Estado policial; é um Estado de Justiça. O Estado que pune o dirigente de instituição financeira que obtém ganhos superiores aos outros, porque paga propina para obter *inside information*, não é um Estado policial; é um Estado de Justiça. O Estado que pune o agente político que achaca empresas sob ameaça de prejudicar arbitrariamente os seus negócios não é um Estado policial; é um Estado de Justiça.

Portanto, o choro e ranger de dentes é contra um Direito Penal mais igualitário; não é contra o punitivismo. E acho que não podemos participar do pacto oligárquico que protege essa gente.

O art. 260 do Código de Processo Penal, Presidente, constou da redação original, que está em vigor desde 3 de outubro de 1941. Portanto, está em vigor há quase oitenta anos, trinta dos quais sob a vigência da Constituição de 1988. Concorre a uma passagem para Zurique, na Suíça, para as Ilhas Virgens ou para as Ilhas Cayman quem adivinhar o que aconteceu de novidade no Brasil para justificar a súbita indignação contra

**ADPF 395 / DF**

a condução coercitiva tantos anos após a sua vigência - quase oitenta anos de vigência, trinta anos sob a Constituição de 1988. Eu arrisco um palpite: é que o Direito Penal finalmente vai chegando, aos poucos, com atraso, mas não tarde demais, ao andar de cima, aos que sempre se imaginaram imunes e impunes, gente que paga tudo com dinheiro vivo, que desconhece o sistema bancário, gente que vive de dinheiro fácil, gente que vive com dinheiro dos outros, gente que vive com dinheiro desviado.

E agora que juízes corajosos rompem esse pacto oligárquico de impunidade e de imunidades e começam a delinear um Direito Penal menos seletivo e a alcançar criminosos do colarinho branco, há um surto de garantismo. É o mal travestido de bem.

Violência policial, Direito Penal do autor, abuso de autoridade judicial, nada disso faz parte da minha visão de como deve funcionar o sistema punitivo no Brasil. O Direito Penal deve ser moderado, sério e igualitário.

Como escreveu Ademar Borges de Souza Filho:

O Estado brasileiro criou uma expectativa de impunidade sistemática para um grupo de pessoas que tradicionalmente dispunham de poder político e econômico.

E acrescenta:

O sistema de Justiça Criminal brasileiro se institucionalizou com base na cultura da ilegalidade em relação aos excluídos e da impunidade em relação aos privilegiados.

Continua:

Precisamos de um processo de integração dos excluídos (integração de baixo para cima) e dos privilegiados (integração de cima para baixo). Em suma ninguém deseja universalizar, transferindo dos mais pobres para os mais ricos um Direito Penal de abusos, de desrespeito aos direitos fundamentais, de tolerância com a violência policial. A equalização que precisamos é um Direito Penal mais manso no andar de baixo e mais sério no andar de cima e sobretudo igualitário.

É a luz dessas reflexões, Presidente, que eu passo a decidir a questão. E há duas questões de Direito, como observei no início do meu voto.

**ADPF 395 / DF**

Primeiro, um pleito de não recepção pela Constituição de 88 da parte do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que prevê a condução coercitiva para fins de interrogatório. E o segundo ponto é a declaração de inconstitucionalidade de condução coercitiva do investigado.

Começo pelo primeiro ponto. A condução coercitiva do acusado para interrogatório, que é a previsão expressa do art. 260.

Aqui, Presidente, faço a seguinte observação: o ato que, genericamente, identifica-se como interrogatório do acusado, divide-se, na verdade, em duas partes distintas. Esta é a dicção do art. 186:

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

Portanto, a primeira parte do interrogatório é para qualificação do acusado, e para que se lhe dê ciência - porque ele deve ter esse direito - da acusação que a ele está sendo feita. E a segunda parte do interrogatório é que é a arguição sobre os fatos propriamente ditos.

Relativamente à primeira parte, ao comparecimento para ser identificado e tomar ciência da acusação, o acusado tem o dever de comparecer, como respeito à Justiça e às necessidades da Justiça, no âmbito do Processo Penal.

E, aqui, faço uma observação que é muito importante, e que me foi passada pelo atual secretário, Ministro de Direitos Humanos. É que, cerca de 1/3 das pessoas que estão presas, estão presas, ou erradamente, ou com o nome errado; ou porque há homonímia, ou porque prestaram informação falsa sobre a sua qualificação. Não fiz a pesquisa, mas, apenas para documentar que há um problema, sim, em relação à qualificação e à identificação de quem está sendo enviado para o sistema penal.

E, em segundo lugar, há atos processuais em que a presença do acusado é indispensável, até porque envolve reconhecimento pela testemunha. Como é que o sujeito pode se recusar a participar de um ato em que a presença dele é indispensável?

E, em terceiro lugar, acho que o juiz deve ter o direito, quando não o

**ADPF 395 / DF**

dever, de identificar, pessoalmente, a pessoa que ele vai sentenciar; e olhá-la nos olhos, e colher a sua impressão pessoal. De modo que, relativamente a qualificação e reconhecimento do acusado, que é a primeira fase do interrogatório, acho que simplesmente não há como abdicar do dever de exigir o comparecimento do acusado.

Agora, uma vez tendo comparecido e tendo sido identificado e qualificado, ele tem assegurado o seu direito de permanecer calado, o seu direito de permanecer em silêncio. Este é direito à não autoincriminação. Portanto, a não autoincriminação não significa inexistir um dever de comparecer, significa existir o direito fundamental de permanecer calado.

E, mais do que o direito de permanecer calado, o direito à não autoincriminação significa mais, significa que o juiz não poderá, em razão do silêncio do acusado: 1) tomar os fatos como verdadeiros; 2) aumentar a pena do acusado; 3) considerar tal conduta como crime de desobediência. Ou seja, não é possível trazer-se qualquer prejuízo para o acusado, pelo seu comparecimento ao interrogatório e exercício do direito de permanecer calado, mas, comparecer, ele tem que comparecer.

E, para que não haja nenhuma dúvida, só cabe condução coercitiva se ele tiver sido intimado e tiver, injustificadamente, deixado de comparecer. Aí sim, é possível a condução coercitiva. Porém, escuta - é exatamente isso que está escrito na norma que leio novamente -: "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato, (...) a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença." Se ele não atender à intimação. De modo que, acho que o texto normativo é claríssimo ao estabelecer qual é o requisito que autoriza a condução coercitiva, Presidente.

Então, por essas razões, considero constitucional o art. 260, na sua face, na sua literalidade, na sua dicção expressa. Portanto, julgo improcedente o pedido quanto a esse primeiro debate.

A segunda situação tratada nessas duas ações, na verdade, mais na segunda do que na primeira, que é a da OAB, diz respeito a condução coercitiva do investigado, ou seja, não ainda do acusado contra o qual se instaurou uma ação penal. Vale dizer, o que se discute é saber se é



**ADPF 395 / DF**

legítimo, mediante ordem judicial, portanto, sob reserva de jurisdição, que a autoridade leve o investigado a prestar depoimento forçadamente, mesmo que ele não queira fazê-lo espontaneamente.

Eu gostaria de dizer que esta possibilidade não é explicitada em parte alguma do 260. Eu li, reli, procurei, olhei na outra página, olhei o parágrafo único, não está dito nada disso aqui no art. 260.

Porém, há uma prática - como foi dito pelo eminente advogado, doutor Thiago Bottino, da tribuna -, há uma prática de se utilizar, como medida cautelar, a condução coercitiva do investigado em determinadas situações. Repito que não consigo extrair esta previsão do art. 260, mas facilmente eu a extrairia dos artigos que cuidam das medidas cautelares penais, lá na frente.

Eu penso, porém, aqui, Presidente - e acho que esse é um ponto crucial do debate relativamente à medida cautelar -, penso que é possível a condução coercitiva do investigado como medida cautelar.

E aqui vou fazer um ponto antes de prosseguir. Como regra geral, o investigado deve ser intimado para comparecer, sem condução coercitiva, e deverá comparecer. Somente se ele, intimado, não comparecer, é que eu acho que ele pode ser conduzido coercitivamente.

Essa é a primeira observação importante. Portanto, analogicamente estou aplicando o 260, que vale para os acusados, também para os investigados.

Entretanto, há uma situação diferenciada que precisa ser enfrentada. É que há situações em que o juiz pode decretar a prisão temporária ou mesmo a prisão preventiva. Portanto, há situações em que o juiz pode decretar uma previsão cautelar, pois, nos casos em que ele pode decretar a prisão cautelar, se ele se convencer que a simples condução coercitiva é suficiente para produzir o resultado desejado, é esta alternativa que ele deve utilizar.

A prisão temporária, Presidente, vem regulada na Lei 7.960 de 1989, cujo art. 1º diz o seguinte:

"Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito

**ADPF 395 / DF**

policial;"

São aquelas situações excepcionais em que haja risco de fuga, risco de ocultação da prova, risco de destruição da prova, intimidação de testemunha. Nesses casos, é legítima a prisão cautelar. Pois, se o juiz entender que, sendo possível a prisão cautelar, ele pode satisfazer a demanda da Justiça por mera condução coercitiva, penso que seria um absurdo dizermos que ele não pode determinar a condução coercitiva. Tem que determinar o mais, quando ele está satisfeito com o menos.

Portanto, penso que aqui o mandamento constitucional da proporcionalidade, na modalidade vedação do excesso, é plenamente aplicável. Se há um modo menos severo de eu atender a demanda da Justiça, menos restritivo a um direito fundamental, que é a liberdade de ir e vir, por qual razão haveríamos de impor a prisão cautelar, que é um meio mais gravoso?

Eu penso que aqui não há sentido em invocar a falta de previsão expressa dessa medida cautelar, porque a legalidade estrita, em matéria penal, milita a favor do réu.

Se eu posso ter uma medida alternativa, ainda que não expressa, que é mais benéfica para o réu, por qual razão eu abdicaria dela? Até porque, a meu ver, está implícito no poder de prender, que é mais, o poder de mandar coercitivamente. E se alguém quiser radicalizar o que seja a condução coercitiva, é uma prisão temporária de curtíssimo prazo, por que eu teria que decretar uma prisão? E, na verdade, nem é isso, mas, se se radicalizar, se poderia dizer isso.

E também aqui, no caso da condução coercitiva como medida cautelar, com base na Lei nº 7.960, e não no 260 do Código de Processo Penal, o investigado tem o direito de permanecer calado, tem o direito à não autoincriminação. Aliás, ele tem mais direito do que apenas o direito à não autoincriminação, ele tem todos os direitos que a Constituição lhe assegura: o direito à integridade física e moral; o direito de ser assistido por advogado - muito importante deixar isso realçado -; e o direito à identificação dos responsáveis pela sua condução coercitiva.

Presidente, essa possibilidade da condução coercitiva do

**ADPF 395 / DF**

investigado, quando haja um fundamento razoável - ou *probable case*, como gosta de citar o Ministro Celso de Mello -, é a prática da maioria das democracias do mundo, posto que, em boa parte delas, não se exige sequer a ordem judicial, a própria polícia pode fazer a condução, ao passo que esta que estou considerando legítima é uma condução coercitiva que não pode ser efetivada sem reserva de jurisdição, sem prévia determinação judicial.

E aqui eu cito o *non arrest detention*, nos Estados Unidos; o *investigative detention*, no Canadá; o *garde à vue*, na França; e o *fermo di indiziato di reato*, na Itália. Todas essas medidas equiparáveis à condução coercitiva.

Presidente, eu vou apenas procurar alinhar a minha posição com a do Ministro Luiz Edson Fachin, porque eu estava julgando inteiramente improcedente o pedido com estas explicitações: primeira, é legítima a condução coercitiva do acusado quando, devidamente intimado para comparecer ao interrogatório, não atender ao chamado; segunda, o acusado tem o direito de permanecer em silêncio, sem que disso lhe advenha qualquer consequência, e tem o direito de ser assistido por advogado; terceira, é legítima a condução coercitiva do investigado nas hipóteses em que seria legítima a decretação de prisão cautelar, seja temporária, seja preventiva, também aqui com o direito de permanecer em silêncio e de ser acompanhado por advogado.

Por essas razões, eu estava julgando o pedido inteiramente improcedente. O Ministro Fachin, no entanto, julgou o primeiro pedido inteiramente improcedente e o segundo pedido procedente. O pedido que Vossa Excelência julgou parcialmente procedente, Ministro Fachin, foi relativo à medida cautelar ou à condução coercitiva para o interrogatório?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - O que acolhi foi o pedido subsidiário da ADPF 444, manifestado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que requereu subsidiariamente a declaração da inconstitucionalidade de uma interpretação ampliativa do 260. E eu considero que a hipótese do não comparecimento, justificado ou injustificado, a depender da compreensão que se tem, gera uma

**ADPF 395 / DF**

interpretação ampliativa que não se agasalha, e precisaria de uma interpretação conforme para se agasalhar o teor do art. 260. Portanto, estou acolhendo o pedido subsidiário da ADPF 444.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Ministros, apenas para deixar claro para todos o que o Ministro Fachin acaba de dizer que ele aquiesce no sentido de julgar procedente. O pedido está textualmente:

(...) "subsidiariamente, caso não seja acolhido o pedido anterior, requer seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do art. 260, do Código de Processo Penal, afim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento injustificado do acusado"

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Não. A minha dificuldade aqui é que o dispositivo diz assim - porque o Ministro Fachin considerou constitucional, nas hipóteses que especificou, a condução coercitiva como medida cautelar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Tal como Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Tal como eu. Então, nessa parte, estamos de pleno acordo; na outra, também estamos de pleno acordo. Eu acho que só cabe condução coercitiva se, intimado para o interrogatório, não atender injustificadamente. Pensamos assim também.

Só que eu leio, no 260, é isso que diz que:

"Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, (...), a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença."

Portanto, eu tenho um pouco de dificuldade de interpretar conforme a Constituição para dizer o que já está dito, mas, como há total congruência entre as nossas posições, acho que vou aguardar até o final dos outros votos para ver se justifica nós nos reajustarmos aqui mutuamente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Eu

**ADPF 395 / DF**

preciso computar o voto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu estou acompanhando o Ministro Fachin.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência vota no mesmo sentido do Ministro Edson Fachin, ou seja, julgando parcialmente improcedente.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, não, ficou uma dúvida do Ministro Fux que eu gostaria de deixar claro: Deve-se intimar, seja o acusado, seja o investigado previamente. Porém, nas hipóteses em que admitida a prisão cautelar, é possível a condução coercitiva independentemente da intimação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim. A mesma coisa do Ministro Edson Fachin.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Estou explicitando para o Ministro Luiz Fux que me perguntou aqui. E, aí, como ele tinha dúvida, eu esclareci para todo mundo.

Pois não, Ministro Celso, com muito gosto.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Trate-se do investigado (fase **pré**-processual) **ou cuide-se** do réu (fase judicial), a **conclusão só pode ser uma**: a ordem de condução coercitiva **está necessariamente sujeita à reserva de jurisdição**.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** – Sempre!

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Isso **significa, portanto, que, em hipótese nenhuma**, a condução coercitiva poderá ser determinada pela autoridade policial **ou** pelo Ministério Público, **considerada** a incidência, *na espécie*, da reserva **constitucional** de jurisdição.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Em nenhuma hipótese.

**ADPF 395 / DF**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**  
Sempre com a reserva de jurisdição.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Sempre com reserva de jurisdição, e, como regra geral, com intimação prévia. Só por exceção, a condução coercitiva será legítima sem intimação prévia. Qual é a exceção? As hipóteses em que poderia ser decretada a prisão cautelar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Sim. No que estão de acordo, inclusive, não muito longe do Ministro Alexandre de Moraes.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O meu posicionamento é a possibilidade da condução coercitiva somente após prévia intimação e recusa.

Eu entendo - e vou ouvir os debates, posso até adequar - mas eu entendo que não há possibilidade legal de uma hipótese de decretação de prisão que seja absolutamente idêntica à condução coercitiva para interrogatório.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Por isso, Vossa Excelência exclui a possibilidade de decretação direta da condução coercitiva.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente. Todas as hipóteses de prisão, seja prisão temporária, seja prisão preventiva, exigem mais do que isso, exigem que, mesmo preso e levado a interrogatório, e, eventualmente opondo o direito ao silêncio, continue preso. Não há uma hipótese específica de prisão para se obter o interrogatório. Então, nas hipóteses em que o juiz entender que é caso de decretação de prisão, ele vai ter que fundamentar, e, é sempre mais do que a condução coercitiva, senão não haveria razão para existência da condução coercitiva.

E aproveito, aqui, também para fazer só uma consideração e um aditamento ao meu voto. Quando - e, aí, concordo com a colocação do Ministro Luís Roberto -, se discute a cautelaridade, seria o mais correto realmente se discutir na parte de cautelares. Porém, o Código de Processo Penal só regulamenta a condução coercitiva nesse artigo, não nas cautelares. E a interpretação que vem sendo dada, e ambas as ações pedem exatamente uma definição, é, em relação ao art. 260: Os juízes, com base nele, vêm dizendo que, excepcionalmente, podem, com poder geral de cautela, determinar a condução coercitiva.

**ADPF 395 / DF**

Por isso, e disse a Vossa Excelência, eu não dei uma interpretação conforme, porque seria repetir, a meu ver, o texto da Lei. Eu excluí uma possibilidade, que é exatamente a possibilidade da cautelaridade.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O voto de Vossa Excelência, Ministro Alexandre, **não atribui** competência à autoridade policial **para ordenar**, na fase **pré-processual** da "*persecutio criminis*", a condução coercitiva da pessoa sob investigação penal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, só da autoridade judicial, nem Ministério Público, nem autoridade policial.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Até agora, todos no mesmo sentido quanto a isso.



13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, dirijo a todos os meus cumprimentos, hoje em especial ao eminente Ministro Marco Aurélio, pelo aniversário de 28 anos no exercício da jurisdição constitucional. Eu sempre identifiquei o dia 13 de junho como a data de nascimento de Fernando Pessoa – 13 de junho de 1888 – e também como o dia de Santo Antônio. Agora, sei que o dia 13 de junho é também o dia da chegada de Vossa Excelência a esta Casa, e isso já há longos 28 anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? De mãos dadas com o Colega o ministro Carlos Velloso.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Pois não, Ministro Marco Aurélio.

Eu também cumprimento o eminente Relator pelo sempre percuciente voto. E faço questão de destacar as belíssimas sustentações orais proferidas na assentada anterior, não só pelo Vice-Procurador-Geral da República, doutor Luciano Maia, como também por todos os advogados que ocuparam a tribuna. Para mim, foi um verdadeiro deleite ouvir as sustentações.

Tenho de destacar, ainda, os belíssimos votos da divergência, a partir do voto do Ministro Alexandre de Moraes, do Ministro Luiz Edson Fachin e do Ministro Luís Roberto Barroso.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhora Presidente**, apresento a todos os meus cumprimentos, e em especial ao eminente Ministro Marco Aurélio, pelo aniversário, neste 13 de junho - dia não só de Santo Antônio, mas também do nascimento de Fernando Pessoa e dos 28 anos de exercício da jurisdição constitucional por Sua Excelência-, e ao eminente Relator, pelo sempre percuciente voto.

Destaco ainda as belíssimas sustentações orais proferidas na assentada anterior, tanto pelo Vice-Procurador Geral da República, Dr. Luciano Maia, como dos advogados que ocuparam a tribuna.

E destaco por fim os votos da divergência proferidos pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, com premissas das quais comungo no que tange ao Estado de Justiça, ao tratamento penal igualitário a ricos e pobres, e à recusa em considerar qualquer cidadão como invisível ou imune.

Em exame, como já amplamente explanado, - e à luz da Constituição, de que esta Suprema Corte é a guardiã, duas **arguições de descumprimento de preceito fundamental, propostas, a ADPF 395, pelo Partido dos Trabalhadores, e a ADPF 444, pela Ordem de Advogados do Brasil, ambas questionando a condução coercitiva do investigado para interrogatório, sob a ótica da higidez constitucional, objetivando o reconhecimento da não recepção parcial do art. 260 do CPP pela incompatibilidade com o texto de 1988 no que pertine a garantias fundamentais do cidadão.**

**Um pouco mais amplo - também hoje já se enfatizou -, o objeto da ADPF 395, enquanto** questiona a medida em qualquer fase da persecução penal, investigativa ou processual, de modo a alcançar o interrogatório não só do investigado como também o do réu.

Superada a fase de conhecimento das ADPFs, passo ao exame do

**ADPF 395 / DF**

mérito das ações propostas.

O dispositivo questionado possui redação já lida e relida, mas que volto a ler para melhor explicitação de ideias:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Há que analisar, reafirmo, a compatibilidade do texto lido apenas na parte em que autoriza a **condução coercitiva do investigado ou réu para ser interrogado** perante a autoridade competente. Não está jogo, portanto, a viabilidade da condução coercitiva no tocante a pessoas que ostentam outra condição nas fases pré-processual e processual, vale dizer, testemunhas e peritos, sempre condicionada, a condução, nos exatos termos da lei, perdoem-me a metáfora, ao seguinte tripé (i) prévia intimação; (ii) não comparecimento; e (iii) ausência de justificativa hábil para o não comparecimento.

Em qualquer hipótese, sendo indiscutível que a condução coercitiva possui **caráter restritivo da liberdade**, é imprescindível esteja em consonância com os parâmetros constitucionais vigentes, a cumprir uma função que a legitime perante o ordenamento jurídico.

Sabido que, em sua essência, as medidas cautelares pessoais são válidas para permitir a regularidade da instrução processual ou assegurar a aplicação da lei penal, possuindo, em regra, características instrumentais no sentido de preservar a higidez ou a eficácia do provimento jurisdicional.

Nessa linha, a condução coercitiva para o interrogatório é medida restritiva de liberdade **desprovida, a meu juízo, de justificativa cautelar**, porquanto a Constituição Federal estabelece, entre o rol de garantias constitucionais, o direito ao silêncio, o direito da não auto-incriminação, consagrando modelo de processo penal que prioriza a voz do acusado como forma de autodefesa, e não como meio de prova, o que foi

**ADPF 395 / DF**

lembrado, de resto, com acuidade, da tribuna pelo Dr Tiago Bottino (art. 5º, LXIII, CF). Daí resulta que, não se fazendo presente para o investigado ou réu o interrogatório como imposição legal, sua condução sob vara para este fim, diante de seu não comparecimento a despeito de prévia intimação da autoridade policial ou judicial, confronta, enquanto medida restritiva de liberdade, o texto constitucional.

Recordo que, a teor do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Também, por óbvio – e bem o destaca a doutrina -, “poderá permanecer calado o acusado solto, bem como qualquer pessoa que se encontre na situação fática equiparada à de acusação, mesmo que, por exemplo, tenha sido arrolada como testemunha” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, RT, 4ª Ed, p. 446).

Repasso doutrina entendendo se tratar o direito ao silêncio de garantia extensiva ao investigado, indiciado ou réu e a abranger todas as fases da investigação e do processo por sua conjugação com a ampla defesa (art. 5º, LV) e a presunção de inocência (art. 5º LVII)(NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, Editora Forense Ltda., 4ª Ed, p. 343; SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*, Editora Forense Ltda., 3ª Ed, p. 448-9; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, Editora Atlas Ltda., 21ª Ed, p. 43).

Nesta Suprema Corte também já se entendeu que “o direito ao silêncio – enquanto **poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa** relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la” (HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16-2-2001 grifamos), “corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa e não pode ser interpretada em seu desfavor” (HC 91.514, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 16-5-2008).

**ADPF 395 / DF**

O interrogatório apresenta-se, portanto, ao investigado ou réu, a partir da Constituição de 1988, uma faculdade de, após a devida orientação profissional, apresentar sua versão dos fatos; e enquanto faculdade, só ao investigado ou réu cabe exercê-la, ou não.

Assim, concludo, a garantia constitucional de permanecer em silêncio impede qualquer imposição legal ou judicial ao investigado ou réu para efeito de interrogatório a qualquer autoridade. E mais, nenhuma consequência a ele desfavorável pode advir dessa opção.

Reitero, se a narrativa dos fatos pelo investigado ou réu, em qualquer modalidade de interrogatório, é ato facultativo, acompanhado das seguintes garantias - (i) direito de entrevistar-se prévia e reservadamente com o seu defensor (art. 185, § 5º, CPP), (ii) ser cientificado do inteiro teor da acusação, (iii) ser informado expressamente sobre o direito de permanecer em silêncio – nada justifica comparecimento forçado, sob vara, para sua realização.

Como decorrência do direito constitucional ao silêncio, apresenta-se ao imputado - na minha compreensão, com todo respeito aos que entendem de forma diversa -, o direito de não comparecer ao ato investigativo ou processual designado para ouvi-lo sobre os termos da acusação, vale dizer, se não está obrigado a depor, não pode ser obrigado a comparecer para fazê-lo.

Esse entendimento certamente contraria a compreensão de que a constrição pessoal para interrogatório, principalmente durante as investigações policiais, constitui oportunidade importante para colheita de elementos da infração, a impedir combinação de versões pelos acusados bem como eventual influência nas diligências de busca e apreensões.

**ADPF 395 / DF**

Nada obstante, como ensina a professora Maria Elizabeth Queijo:

Referida objeção traz à tona a questão atinente à opção do processo penal entre a prevalência do interesse social na eficiência da persecução penal e do mito da verdade material sobre a tutela da dignidade e liberdade do indivíduo, que não deixa de ser também de interesse público trata-se, em resumo da escolha do legislador entre um processo ético, ditado por regras de respeito à pessoa e repulsa às arbitrariedades estatais e um processo que busca a verdade a qualquer custo inserido no modelo inquisitorial. (O direito de não produzir prova contra si mesmo. Editora Saraiva, 2ª Ed, p. 238).

Não é possível divorciar a análise da redação do art. 260 do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, do momento histórico em que editado, sob a vigência da Carta autoritária de 1937.

Aqui observo que o CPP ainda prevê em seu art. 198: “o silêncio do acusado não **importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz**”.<sup>1</sup> Redação atual do art. 198 do CPP, não recepcionada pela Constituição Federal e superada pela vigência da Lei n. 10.792/2003 que alterou a redação do art. 186, fazendo constar em seu parágrafo único: “O silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Portanto, a redação do art. 260 pela condução coercitiva do acusado para interrogatório, consentânea com a ordem constitucional de então, autorizava a utilização do silêncio do acusado como elemento de convicção judicial inclusive para decretar a condenação do réu. Seguiu-se

---

1 Redação atual do art. 198 do CPP, não recepcionada pela Constituição Federal e superada pela vigência da Lei n. 10.792/2003 que alterou a redação do art. 186, fazendo constar em seu parágrafo único: “O silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

**ADPF 395 / DF**

naqueles tristes tempos a linha autoritária: quem cala (silencia sobre os fatos imputados), consente (com a punição legal).

Essa visão sobre o **anacronismo do dispositivo** é apontado na doutrina:

Parece mesmo que o art. 260 tinha importância antes de a Constituição haver consagrado o direito ao silêncio, para que o Juiz pudesse valer-se das regras dos arts. 186, última parte, e 198, ambos do CPP. **Tendo tais normas sido revogadas parece claro que com elas também desapareceu no particular a razão da condução coercitiva.** (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, 14ª Ed, p. 794 – grifamos).

A redação do art. 260 do CPP **não se compatibiliza, no ponto impugnado**, com os novos ventos trazidos pela Constituição que está a completar trinta anos. Incabível, pois, qualquer exigência ao investigado ou réu para prestar depoimento ou comparecer para fazê-lo.

O texto do art. 260 do CPP está, pois, a merecer redução de modo a adequá-lo à ordem constitucional vigente. Colho doutrina nesse sentido:

Além do silêncio não constituir instrumento contrário ao interesse do réu, inexistente supedâneo constitucional para consignar as perguntas que ele responder, pois inerente a sua imunidade. Muito menos se deve colher os motivos que o levam a exercer um direito. Cada um age como quiser quando no contexto da legalidade. O mesmo se diga da determinação de condução coercitiva para que o acusado compareça em juízo para ser interrogado. **Ora, se não há qualquer dúvida quanto à sua identificação, inexistente motivo lógico para obrigá-lo a exercer um direito. Seria violência gratuita a condução à força para que diga ao magistrado que não deseja se manifestar sobre a imputação.** (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, Editora Forense Ltda., 4ª Ed, p. 342-3 - grifamos).

**ADPF 395 / DF**

Desse modo também a condução coercitiva prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determina para simples interrogatório – meio de defesa no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade -, **é de se ter por revogada, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia ao silêncio** (PACELLI. Curso de Processo Penal, Obra citada, p. 43-4 – grifamos).

Observo, igualmente, que a Suprema Corte, ainda que debruçando-se sobre a prisão temporária, assim já se manifestou:

**DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL).** O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: **em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade.** Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das restrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 19-12-2008).

Anoto que o tema da condução coercitiva para a simples qualificação do investigado a meu juízo não está em jogo, **incólume** a parte final do dispositivo que permite a condução do imputado para “qualquer ato que,



**ADPF 395 / DF**

sem ele, não possa ser realizado”, hipótese em que se legitima ante o risco para aplicação da lei penal, autorizando inclusive a decretação da prisão preventiva (art. 313, parágrafo único, CPP).

Com esses argumentos, com as vênias de estilo à qualificada divergência, acompanho o Relator, **julgando procedentes os pedidos principais de ambas as ADPFs.**

**É como voto.**

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

### **ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Excelentíssima Senhora Presidente, ilustres Representantes do Ministério Público, Senhores Ministros, ilustres Advogados, Estudantes aqui presentes!

Senhora Presidente, eu também não poderia deixar de cumprimentar os Advogados que assomaram a tribuna, os Colegas que me antecederam e, principalmente, o voto do Ministro Gilmar Mendes, pela sua densidade e pelos seus argumentos aqui trazidos.

Por outro lado, esse é um dever emocional dos mais expressivos, que é o de cumprimentar os 28 anos do Ministro Marco Aurélio no exercício da judicatura no Supremo Tribunal Federal, sendo certo que, além dos 28 anos, eu sou obrigado a denunciar aqui uma certa anciania, porquanto somos amigos há mais de 40 anos. O Ministro Marco Aurélio, inclusive, deu-me a honra de estar presente na minha posse como Juiz do Tribunal de Alçada. O Ministro Marco Aurélio tem muitos anos de judicatura, mas realmente o seu brilho é invulgar aqui no Supremo Tribunal Federal.

Senhora Presidente, como eu voto em quinto lugar, muito já se disse. Então, vou estabelecer três premissas com as quais eu já estou de acordo para poder, depois, passar àquilo que eu tenho a ressaltar, talvez trazendo alguns elementos um pouco diferentes, para não me tornar repetitivo.

Bom, a primeira premissa é que, no meu modo de ver, literalmente, o art. 260 do Código de Processo Penal, quer por interpretação histórica, quer pela análise da sua própria dicção, é constitucional. O interrogatório ou uma condução coercitiva, intimado, com a presença do advogado.

Em segundo lugar, em qualquer que seja a condução coercitiva, eu preservo o direito ao silêncio e também à possibilidade da assistência jurídica, da presença do advogado. Na verdade, eu quero - e acho que

**ADPF 395 / DF**

essa é a questão central - dedicar-me à temática relativa à condução coercitiva por ordem judicial, que vem ocorrendo por meio de medidas judiciais adotadas no curso de investigações criminais, notadamente nos casos em que os delitos são praticados contra a Administração Pública. São delitos, digamos assim, de última geração, em relação aos quais os meios probatórios não estavam preparados para enfrentá-los.

Por isso, eu gostaria até de invocar o provérbio português que diz "*Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa*", para dizer que aqui foram suscitados fatos e tragédias históricas para fundamentar a impossibilidade da condução coercitiva. Assim é que se mencionou a época da ditadura, que eu, por força da minha geração, vivenciei essa época na qual, inclusive, o velho e saudoso professor Heleno Cláudio Fragoso entrava na sala de aula e dizia: "*Boa-noite, pessoal do DOPS, boa-noite, pessoal do SNI! Os senhores estão trabalhando, mas eu também estou, e vamos começar a aula*". Vossa Excelência conhece de livros, porque sua geração já é outra.

Entretanto, a verdade é que há o exemplo das pessoas carregadas da ditadura ou, pior ainda - porque eu trago isso no meu genoma -, o caso do holocausto. Esses exemplos, essas barbáries, não podem servir de base para uma fundamentação relativa à condução coercitiva, que é levada a efeito como medida penal contra crimes do "colarinho branco", praticados contra a Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vossa Excelência me permite?

Não se esqueça que, recentemente - nós estamos ainda sob esses efeitos -, por conta desse tipo de investigação, claramente malconduzida, suicidou-se em Florianópolis o Reitor da Universidade, a quem foi imputado fato com o qual ele não tinha nada a ver.

Portanto se desenha, realmente, um Estado claro de modelo policialesco.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, eu vou respeitar a posição de Vossa Excelência, porque - resguardado o direito ao silêncio - eu ouvi silenciosamente todo o voto de Vossa Excelência.

**ADPF 395 / DF**

Então, eu gostaria só de dizer que, evidentemente, ninguém aqui preconiza medidas arbitrárias capazes de induzir a um suicídio. Absolutamente, nada disso!

O que me parece completamente anômalo é se sustentar, com base em tragédias históricas como a ditadura e o holocausto, a impossibilidade de se realizar conduções coercitivas praticadas contra organizações criminosas sofisticadas, através de crimes de lavagem de dinheiro contra a Administração Pública. "*Uma coisa é uma coisa; outra coisa é outra coisa*". Então, nós estamos aqui no campo da "*outra coisa*".

Pois bem, resguardado o direito ao silêncio, o direito à assistência do advogado e à constitucionalidade do art. 260, eu verifico alguns aspectos que não foram aqui mencionados e que eu gostaria de abordar.

Em primeiro lugar - talvez por isso até a intervenção do Ministro Gilmar -, não estamos julgando nenhum caso concreto. Nós estamos em um controle abstrato de constitucionalidade, para verificar se é lícito ao juiz penal, no exercício da jurisdição criminal e no afã de impor a ordem penal estatal, utilizar de medidas, dentre as quais a condução coercitiva do investigado. E aí já se parte da premissa de que há um inquérito ou uma ação penal, com reserva de Justiça, por ordem judicial.

Eu entendo que a condução coercitiva é, digamos assim, engendradora, porque há atos que dependem única e exclusivamente do investigado. Então, o ato é personalíssimo, e ele precisa prestar a sua colaboração.

Sucedem que - e isso é muito importante que se destaque -, até na sua própria origem, esse direito ao silêncio foi instituído para impedir a mentira, as falsas versões. Então, o direito ao silêncio não significa dizer que se erige, *a fortiori*, o direito a mentira. O direito ao silêncio é o direito de ficar calado. Agora, o Estado tem o direito de evitar que um determinado investigado combine versões que possam frustrar a atividade estatal.

Aqui foi mencionado, evidentemente, o fato de que, quando se pretende violar a instrução penal, quando se pretende combinar versões que trazem malogro para a prova dos autos, nós estamos diante de um

**ADPF 395 / DF**

*periculum in mora* para o processo. E, quando estamos diante de um *periculum in mora* para o processo, entram em cena as denominadas medidas cautelares. As medidas cautelares são medidas de preservação do resultado útil do processo civil ou do processo penal. Não se pode impedir que o juiz que vai ter o dever de julgar não possa estar municiado dos elementos necessários para que possa plasmar a sua decisão.

Ora, o que a lei prevê para impedir a frustração da instrução criminal? A lei prevê a prisão preventiva. Cabe prisão preventiva toda vez que o réu pretenda frustrar a investigação criminal. Se um investigado, que tem direito ao silêncio, quer combinar versões, para frustrar a instrução criminal, evidentemente que aí entram em cena as medidas cautelares. A mais rigorosa é a prisão preventiva. Mas, como muito bem destacado pelo Ministro Barroso, a medida de condução coercitiva é *alium*, porém, *minus*. É uma medida diferente, porém menos. É muito menos do que a prisão preventiva, a condução coercitiva.

E, nesse particular, o que ocorre é que o impedimento da condução coercitiva e essa controvérsia que ora se trava visam, evidentemente, a viabilizar, de alguma forma, a destruição de provas, porque quem trabalha nos processos penais tem verificado que a condução coercitiva é útil ao resultado do processo penal. Através das conduções coercitivas, as partes têm oferecido elementos de convicção ao juízo.

Então digo eu que o direito ao silêncio não é o direito de destruir provas e nem o direito de obstar a instrução criminal. É um direito de não incriminação. Ou seja, o acusado não pode ser o que a doutrina anglo-saxônica denomina de *witness against himself*. Ele não pode ser uma testemunha contra ele mesmo. Esse é o direito ao silêncio. Contudo, se é verificado que a parte pretende frustrar a instrução criminal é claro e evidente que o Direito dispõe de instrumentos capazes de evitá-lo. Na própria sede anglo-saxônica de onde promana o direito ao silêncio, os professores Alex Stein e Daniel Sandman, fazendo análise do direito ao silêncio, à luz da Quinta Emenda - em um belíssimo trabalho publicado em Harvard, *The Right to Silence* - assentam que não se pode transmutar o

**ADPF 395 / DF**

direito ao silêncio em direito de combinar versões, em direito à mentira, em detrimento da sociedade, que é o que ocorre quando se combinam versões para frustrar a instrução penal. E eles concluem, nessa obra - que é tratada à luz da Quinta Emenda, que deu *ratio* do direito ao silêncio -, que o superdimensionamento desse direito não pode ser levado a cabo a ponto de interditar o Estado de promover a aplicação do ordenamento penal - fazendo coro com aquilo que afirmado pelo Professor Roberto Alexi que o Estado tem o direito fundamental de fazer valer a sua ordem penal.

Eu quero lembrar que já estabeleci como premissas o direito de não se autoincriminar e o direito ao silêncio e à assistência do advogado. Esses autores, exatamente a pretexto de chamarem a atenção para o possível superdimensionamento desse direito, eles citam um primeiro caso: *Schmerber versus Califórnia*. Então eles dizem: *A Corte entendeu que a retirada de amostra de sangue do réu para teste de alcoolemia - isso num país democrático que criou o direito ao silêncio que está na Quinta Emenda -, em uma época na qual inexistem etilômetros capazes de realizar a medição pelo hálito, não viola o privilégio contra a autoincriminação - nós aqui temos o bafômetro.*

Em *Gilbert versus Califórnia*, igualmente, não se reputou violadora da referida cláusula constitucional a conduta de exigir do réu o fornecimento de amostra de sua caligrafia.

Um outro caso, *Dow versus United States*, o Tribunal considerou lícita a exigência de que o réu assinasse um formulário autorizando bancos estrangeiros a entregar os registros da sua conta.

Ao contrário do que o senso comum pode sugerir, a garantia contra a autoincriminação - que é uma garantia que eu aqui assento como imperiosa e necessária - não equivale a um salvo-conduto para que o réu obstrua a instrução penal impunemente. É também o que aponta o Professor Willian I. Stuntz, ao afirmar, quando a aplicação comum do privilégio contra a autoincriminação parece causar algum risco aos poderes do Estado regulador, a Suprema Corte Americana frequentemente limita esse privilégio.

**ADPF 395 / DF**

E aí cito o caso *Brogan versus United States*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos - e ela é citada porque ela é a guardiã da Quinta Emenda que deu ensejo ao nosso direito ao silêncio - decidiu que a garantia contra a autoincriminação não confere ao investigado o direito de prestar declarações sabidamente falsas. Assentou a Corte que nem o texto nem o espírito da Quinta Emenda da Constituição Americana conferem um privilégio para mentir.

E, no direito brasileiro, não há o direito do investigado ou réu combinar falsas declarações com outros suspeitos. Então, como é que tem sido utilizada a condução coercitiva concedida pelos magistrados brasileiros? Tem sido concedida sob o pálio da tutela cautelar. E o que é a tutela cautelar senão um instrumento a serviço do processo que é um outro instrumento? Ou seja, essa tutela cautelar participa exatamente da *ratio* das medidas cautelares diversas da prisão - eu já afirmei que a prisão é muito pior, o Ministro Barroso fez esse destaque também. Aqui há uma medida que é outra medida, porém, menos.

O que diz o art. 319 com medidas cautelares diferentes da prisão preventiva? O juiz pode decretar o comparecimento em juízo, nas condições fixadas por ele, para ser informado ou para que haja uma justificativa de atividades; o juiz pode proibir o investigado de manter contato com pessoas determinadas à luz das medidas cautelares diversas da prisão. É evidente que, com reserva de jurisdição, com a presença de advogado, com o direito ao silêncio, é evidente que é legítima e constitucional a condução coercitiva determinada pela Justiça.

Dir-se-á: "*Bom! Mas aí essa condução coercitiva causa uma surpresa!*" Ora, é da essência das medidas de preservação de utilidade de processo, das medidas cautelares, que o sucesso dessas medidas dependa exatamente da surpresa.

Vamos raciocinar no caso simples: se um sócio quer dissolver a sociedade e avisa ao outro que vai dissolver a sociedade e partilhar os bens, um dos sócios dilapida o patrimônio. E aí, na hora da partilha, não haverá bens a repartir.

*Mutatis mutandis*, se o juiz pode isso tudo e, nunca, ninguém arguiu

**ADPF 395 / DF**

a inconstitucionalidade da prisão preventiva por obstrução da instrução criminal, nunca se arguiu a inconstitucionalidade das medidas alternativas da prisão cautelar com esse comparecimento em juízo para que o juízo possa se informar. Nunca se arguiu a inconstitucionalidade da proibição de um investigado manter contato com outros. Nós aqui já chancelamos a possibilidade de um homem casado não entrar em contato com a sua esposa que fazia parte da organização criminosa.

Diante de todo esse quadro, a condução coercitiva, mediante ordem judicial, portanto, obedecido o devido processo legal, viabilizando a presença do advogado, permitindo o direito ao silêncio, ela é inconstitucional? Absolutamente entendo que não, Senhora Presidente.

Tenho aqui um voto escrito, e, evidentemente, a essa altura, não seria sequer razoável que eu o lesse, mas também não seria legítimo que eu usasse aqui o direito ao silêncio e parasse exatamente agora. De sorte que eu gostaria, Senhora Presidente, de concluir que o art. 260, no meu modo de ver, é constitucional. A condução coercitiva tal como tem ocorrido, por ordem judicial, é constitucional por força das medidas cautelares que são autorizadas pelo magistrado, ou seja, medidas adotadas com reserva de justiça, assegurada a presença do advogado, assegurado o direito ao silêncio, assegurada a integridade física e psíquica do investigado. Evidentemente que, qualquer abuso, qualquer erro deve ser coibido, inclusive esse a que o Ministro Gilmar acaba de se referir. Então, na verdade, esse respeito à integridade física e à integridade psíquica do acusado leva também aos cuidados no momento dessa condução coercitiva.

Por que o Supremo Tribunal Federal autorizou excepcionalmente o uso das algemas? Autorizou excepcionalmente o uso das algemas na preservação de um investigado que pode ter um abalo psíquico capaz de se suicidar. Evidentemente que o Estado deve se prevenir contra essas questões.

Portanto, Senhora Presidente, obedecido o direito ao silêncio, à não incriminação, reserva de justiça, presença de advogados e familiares, no meu modo de ver, com a devida vênia, é constitucional a condução



**ADPF 395 / DF**

coercitiva do art. 260. E a condução coercitiva que tem produzido resultados muito eficientes nesses processos modernos de criminalidade de última geração, para a qual os meios probatórios estavam ainda muito incipientes para enfrentá-la.

13/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:** O Requerente assenta a admissibilidade da medida alegando ofensa aos preceitos fundamentais contidos no art. 5º, *caput* (liberdade individual) e LXIII (direito ao silêncio), da Constituição. Os objetos de controle seriam, de um lado, norma anterior à Constituição (art. 260 do CPP) e, de outro, interpretação do ordenamento conducente à decretação de medida cautelar atípica de condução coercitiva.

Reputo atendido o requisito da subsidiariedade para reconhecer cabível a presente ADPF. A possibilidade de impugnação de controvérsias do gênero por meio das vias recursais ordinárias não afasta o cabimento da Arguição, cuja natureza objetiva lhe confere efetividade distinta dos mecanismos processuais de cunho individual. Conforme pretende o Requerente, há necessidade de fixação vinculante da interpretação constitucional adequada para os casos de decretação de medida de condução coercitiva em feitos penais. Em casos semelhantes, admitiu esta Corte o cabimento da ADPF e reconheceu cumprido o requisito da subsidiariedade, conforme demonstram os seguintes precedentes:

“Subsidiariedade – art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. **Relevância do interesse público como critério para justificar a admissão da arguição de descumprimento.** Caso concreto: **Institucionalização de prática aparentemente**

**ADPF 395 / DF**

**contrária à Constituição.** Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação. Cabimento da ADPF.” (ADPF 388, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016)

“E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) – AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) – EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE ALEGADAMENTE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS – INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes. **A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse “writ” constitucional.** – A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação

**ADPF 395 / DF**

de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.” (ADPF 237 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014)

Em sentido análogo: ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015.

Reconheço, portanto, o cabimento da ADPF.

**MÉRITO**

Quanto ao mérito, não merece prosperar a presente Arguição.

Contrariamente ao alegado na inicial, a decretação de condução coercitiva, só por si, não configura qualquer ofensa ao direito fundamental previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição, segundo o qual “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”. Com efeito, o art. 260 do Código de Processo Penal, objeto desta ADPF, ao dispor sobre a condução coercitiva do réu para comparecimento ao interrogatório, não importa violação ao direito do acusado ao silêncio; tampouco há mácula a esta garantia nos casos de decretação da condução coercitiva com caráter cautelar, nos termos do art. 282 do CPP. É o que se passa a expor.

O art. 260 do CPP assim dispõe: “*Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*”. Consoante se depreende da leitura do dispositivo, a norma permite ao juízo valer-se da medida de condução coercitiva a fim de sanar eventuais

**ADPF 395 / DF**

dúvidas quanto à identidade do acusado, incluindo a sua fisionomia e dados pessoais.

O ordenamento brasileiro, ao acolher o privilégio contra a autoincriminação, certamente não o ampliou a ponto de permitir ao réu negar-se a contribuir para a sua devida identificação. O acusado que fornece qualificação equivocada para obter vantagem ou prejudicar terceiro pratica o crime de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal. Mais ainda, a recusa em fornecer à autoridade dados concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência configura a infração prevista no art. 68 da Lei de Contravenções Penais. A intervenção penal nessas hipóteses se justifica porque a recusa do agente em colaborar com a persecução penal pode causar danos a terceiros. O interesse público, então, transcende a mera frustração da investigação ou processo criminal, sendo objetivo da tutela penal evitar a persecução ou mesmo a condenação de inocentes.

O interrogatório, conforme detalha o Código de Processo Penal, divide-se em “*duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos*” (art. 187 do CPP). A respeito da primeira parte do interrogatório, confira-se o art. 187, § 1º, do CPP:

“CPP, art. 187, § 1º: Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.”

Não há dúvidas, portanto, de que o direito constitucional à não autoincriminação é inaplicável aos atos processuais que se destinam à correta identificação do suspeito ou acusado, máxime porque o erro quanto à qualificação pode importar em erro judiciário prejudicial a

**ADPF 395 / DF**

outrem. Outra não é a dicção do art. 186 do Código de Processo Penal, que expressamente esclarece não se estender o direito ao silêncio à fase de qualificação, *in verbis*:

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

O direito de permanecer calado, dessa maneira, apenas tem lugar “depois de devidamente qualificado” o réu.

Além das hipóteses fundamentadas de necessidade de presença física do acusado para esclarecimentos quanto à sua qualificação, há outras hipóteses legítimas de decretação da condução coercitiva que não causam prejuízo ao direito constitucional do acusado à não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CRFB). Essa garantia constitucional impede tão somente que o acusado seja submetido à condução coercitiva como meio exclusivo para constrangê-lo a falar contra a sua vontade. No entanto, a condução coercitiva, em muitas situações, revela-se mecanismo eficaz de preservação da instrução penal, a fim de impedir que, após a deflagração de determinada operação criminal, o suspeito destrua provas, constranja outros alvos da investigação ou mesmo combine versões com outros envolvidos no fato apurado.

Embora seja verdade que o acusado tem direito ao silêncio, este não abrange o direito de deteriorar os elementos de prova necessários à elucidação das circunstâncias do ilícito. O denominado privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur seipsum accusare*) é garantia prevista na quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual: “Ninguém deve ser compelido em qualquer processo penal a depor contra si mesmo” (“*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”). A origem da cláusula remonta ao Direito Inglês

**ADPF 395 / DF**

dos séculos XV e XVI, quando puritanos suspeitos de heresia eram forçados a prestar juramento de depor conforme a verdade antes de saber a natureza das acusações contra eles; as inquirições normalmente diziam respeito às suas crenças religiosas e às daqueles que compartilhavam dessas crenças (LEVY, Leonard. *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*. Oxford University Press, 1968).

Nos dias atuais, aponta-se como razão de ser da referida garantia o objetivo de evitar que réus, sendo obrigados a prestar depoimento, realizem falsas afirmações, cuja não veracidade nem sempre poderá ser verificada, o que, a um só tempo, diminuiria a credibilidade de defesas formuladas pelos réus em geral e poderia prejudicar um inocente falsamente imputado por outro acusado. Nesse sentido, anotam os Professores Daniel Seidmann e Alex Stein:

“o direito ao silêncio ajuda a diferenciar entre o culpado e o inocente criando um modelo no qual sinais de culpa e de inocência, vindos de diferentes suspeitos e acusados, são separados uns dos outros mais claramente do que seriam sem esse direito. (...) o direito permite a um suspeito culpado uma alternativa atrativa à imitação de um suspeito inocente por meio de mentiras que obscureceriam as diferenças entre o culpado e o inocente, reduzindo, conseqüentemente, a plausibilidade de declarações prestadas por suspeitos inocentes. De posse dessa alternativa, muitos suspeitos culpados optariam pelo silêncio em vez da mentira. E o fariam sem o receio de que suas mentiras pudessem ser descobertas e subsequentemente trazidas a juízo como prova de culpa. Se o direito ao silêncio não estivesse disponível, esses suspeitos teriam optado pelas mentiras, em detrimento da sociedade.”

(No original: “*the right to silence helps to differentiate between the guilty and the innocent by creating a framework within which guilt and innocence signals, coming from different suspects and accused, are separated from one another more clearly than they would have been separated without the right. (...) the right affords a guilty*

**ADPF 395 / DF**

*suspect an attractive alternative to imitating an innocent suspect through lies which obscure the differences between the guilty and the innocent and, consequently, reduce the plausibility of accounts given by innocent suspects. Equipped with this alternative, many guilty suspects would opt for silence instead of lying. They would do so out of fear that their lies would be unveiled and subsequently brought to court as evidence of guilt. If the right to silence were unavailable, these suspects would have opted for lies, to the detriment of society."*  
SEIDMANN, Daniel J.; STEIN, Alex. The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege. *In: 114 Harvard Law Review* 430, 2000)

Os três requisitos para a incidência do privilégio, conforme o texto da Constituição norte-americana e reconhecido pelos estudiosos, são (i) a coação, (ii) a incriminação e (iii) o depoimento. A jurisprudência da Suprema Corte daquele país interpreta esses requisitos de forma rígida, à medida em que o superdimensionamento da garantia pode inviabilizar a tarefa do Estado de promover a aplicação do ordenamento penal. Assim é que no caso *Schmerber v. California* [384 U.S. 757 (1966)], a Corte entendeu que a retirada de amostra de sangue do réu para teste de alcoolemia, em uma época na qual inexistiam etilômetros capazes de realizar a medição pelo hálito, não viola o privilégio contra a autoincriminação. Em *Gilbert v. California* [388 U.S. 263 (1967)], igualmente não se reputou violadora da referida cláusula constitucional a conduta de exigir do réu o fornecimento de amostras de sua caligrafia. Por sua vez, em *Doe v. United States* [487 U.S. 201 (1988)] o Tribunal considerou lícita a exigência de que o réu assinasse um formulário autorizando bancos estrangeiros a entregar os registros de sua conta. Entende a Suprema Corte que a Constituição apenas protege o réu contra tentativas de forçá-lo a revelar o conteúdo de sua mente ("*to disclose the contents of his own mind*", *Curcio v. United States*, 354 U.S. 118, 128 (1957)).

Ao contrário do que o senso comum pode sugerir, a garantia contra a autoincriminação não equivale a um salvo-conduto para que o réu



**ADPF 395 / DF**

obstrua a instrução penal impunemente. É também o que apontava o falecido Professor da Universidade de Harvard William Stuntz, ao afirmar que, *verbis*: “quando a aplicação comum do privilégio contra a autoincriminação parece causar algum risco aos poderes do Estado regulador, a Suprema Corte frequentemente limita o privilégio” (“*when standard application of the privilege against self-incrimination appears to pose some danger to the regulatory state’s ability to regulate – the Supreme Court often limits the privilege.*” STUNTZ, William J. *et alii*. *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel*. Aspen, 2005. p. 786). Por isso, no caso *Brogan v. United States* [522 U.S. 398 (1998)], a Suprema Corte dos EUA decidiu que a garantia contra a auto-incriminação não confere ao investigado o direito de prestar declarações sabidamente falsas. Assentou a Corte que nem o texto, nem o espírito da 5ª emenda à Constituição conferem um privilégio para mentir (“*neither the text nor the spirit of the Fifth Amendment confers a privilege to lie.*”).

Da mesma forma, quanto ao Direito brasileiro, não há um direito do investigado ou réu a combinar declarações falsas com outros suspeitos, nem a destruir elementos de prova que poderiam ser alvo de medida de busca e apreensão em seu desfavor. Havendo elementos que indiquem um provável comportamento dessa natureza, reputam-se presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, sem que se possa cogitar de qualquer ofensa ao mandamento insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição. Assim sendo, é evidente a legitimidade de decretação judicial de medida menos gravosa de condução coercitiva, caso seja suficiente para afastar o mesmo risco que se pretenderia ver cessado por meio da prisão.

A respeito da compatibilidade da medida de condução coercitiva com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente com relação à sua viabilidade na fase pré-processual, cito o seguinte precedente da Primeira Turma deste Egrégio Tribunal:

**ADPF 395 / DF**

“Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de

**ADPF 395 / DF**

eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. (...)”

(HC 107644, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011)

Vale mencionar, ainda, que o art. 319 do CPP prevê como medidas cautelares diversas da prisão o “*comparecimento periódico em juízo*” (inciso I), a “*proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*” (inciso II) e a “*proibição de manter contato com pessoa determinada*” (inciso III), sendo certo que, nos termos do art. 282, § 1º, do mesmo diploma, as “*medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente*”. Por conseguinte, a fim de evitar o perecimento de provas após o início de uma operação policial, é lícita a decretação da medida cautelar de comparecimento a juízo, à sede do Ministério Público ou à da autoridade policial, proibindo-se que o sujeito mantenha contato com outros alvos da operação e evitando a sua presença nos locais de cumprimento de ordens de busca e apreensão ou semelhantes. Durante o cumprimento da medida, pode ser oferecida ao indivíduo a oportunidade de prestar depoimento, respeitado o seu direito de entrevistar-se previamente com seu advogado e também o de manter-se em silêncio, nos termos do que garante a Constituição.

A condução coercitiva, desse modo, revela-se medida menos gravosa em relação à prisão preventiva, cuja decretação deve ser reservada às hipóteses nas quais outras cautelares não sejam capazes de afastar o *periculum in mora* concretamente identificado (art. 282, § 6º, do CPP). Em qualquer caso, a referida medida cautelar deve ser devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, demonstrando-se, nos termos do art. 282 do CPP, a sua *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, bem como a sua *adequação* à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Nesse contexto, o pedido do Requerente da ADPF nº 395 para “*declarar a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida*

**ADPF 395 / DF**

*cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal” se revela contraditório, na medida em que inexistente cautelaridade em medida decretada com o único intuito de colheita de depoimento de sujeito processual dotado do privilégio de permanecer em silêncio. Ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, não há que se falar em natureza cautelar, de modo que o pedido de declaração de inconstitucionalidade é inócuo relativamente a conduções coercitivas exclusivamente destinadas à obtenção de declarações do réu ou investigado – a ofensa, nessa hipótese, seria diretamente ao art. 282 do Código de Processo Penal.*

Nos casos em que a condução coercitiva for regularmente decretada com supedâneo nos artigos 260 ou 282 do Código de Processo Penal, não há qualquer mácula à Constituição a considerar, restando incólume o direito do réu ao silêncio, conforme demonstrado. Consequentemente, não merece acolhimento o pedido da exordial da ADPF nº 395. Finalmente, quanto ao pedido da ADPF nº 444, entendo, conforme demonstrado, que a condução coercitiva pode ser decretada inclusive na fase pré-processual, uma vez preenchidos os requisitos ora delineados.

*Ex positis*, voto pela improcedência das ADPFs.

**13/06/2018****PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****OBSERVAÇÃO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, permita-me uma pequena observação. Ouvi com toda a atenção o voto do Ministro Fux, que foi imediatamente posterior ao meu. Queria deixar bem claro que entendo que a minha compreensão diz com a condução coercitiva para efeito de interrogatório, única e exclusivamente. Porque se tiver alguma cautelaridade que se imponha no que diz respeito à aplicação da lei penal, no que diz respeito a uma série de providências que possam justificar alguma medida dentro do poder de cautela do juiz, que ela seja adotada pela utilização dos institutos próprios, que, do meu ponto de vista, não se confundem com condução coercitiva.

Só para explicitar o meu voto.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu apenas fui buscar a origem dessa possibilidade da condução coercitiva para interrogatório e verifiquei que, nesse berço, a ideia gravitante é exatamente o impedimento, a combinação de versões falsas, que impliquem a obstrução da instrução penal, que é uma das causas que autoriza a medida cautelar. E, aí, ao invés da prisão preventiva, entendo que esta medida é árdua, porém, menos. É uma pequena divergência que nós temos, como sempre, sempre pequenas.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Perfeitamente. Eu só quis explicitar bem a minha compreensão.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministra Rosa, Presidente, de qualquer forma, também fiz questão - e esse foi o pedido, e isso já foi discutido -, e essa foi a delimitação que fizemos.

Não estávamos discutindo qualquer outra abrangência. Até podemos discutir - e o fazia com Ministro Celso aqui - sobre essa questão da condução coercitiva para reconhecimento. Já temos manifestações na jurisprudência, no sentido de que não há obrigatoriedade, por parte do

**ADPF 395 / DF**

acusado, de, eventualmente, participar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**  
Vossa Excelência até falou isso no voto.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

É, exatamente, honrando-me com citação de voto proferido por mim na Turma, em que declinava quatro situações em que a condução é lícita, segundo meu olhar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E procurei mostrar, nesses casos - foi decisão da Primeira Turma -, que eram casos típicos, realmente de prisão - isso está no meu voto - provisória.

Portanto, o que se usou, foi a alternativa, mas, claramente, porque a pessoa se negava a comparecer - por exemplo, a situação de comparecimento -, para fins de reconhecimento; Vossa Excelência, então, delineava.

Entretanto, aí, são hipóteses em que, inclusive, pode caber a prisão provisória.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -** Senhora Presidente, queria também aproveitar essa pequena oportunidade de dizer que ninguém está contestando, aqui, o poder geral de cautela do juiz. Isto é algo praticado desde sempre na esfera processual.

O que me preocupa é, exatamente, estarmos criando uma nova modalidade de prisão, quer dizer, inclusive, em usurpação ao princípio da reserva legal, ou seja, além da prisão preventiva e da prisão temporária, estamos criando a prisão instantânea, se admitirmos esta condução coercitiva para fins de interrogatório.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO (154653/RJ)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD

ADV.(A/S) : DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S) (SP131054/)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), não conhecendo do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a liminar e julgando procedente a arguição de descumprimento para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do Código de Processo Penal, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Thiago Bottino do Amaral; pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, o Dr. Guilherme Ziliane Carnelós; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; e, pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2018.

**Decisão:** Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que julgava parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto, e os votos dos Ministros Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, e o voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à

sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário



14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Como bem destacado pelo eminente Relator, Ministro **Gilmar Mendes**,

“[t]rata-se de duas arguições de preceito fundamental acerca do mesmo tema: a condução coercitiva do imputado para interrogatório. Em ambas, foi requerida a concessão de medida liminar, *ad referendum* do Plenário, tendo em vista a proximidade do recesso judiciário.

A ADPF 395 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e ataca a medida tanto na investigação quanto na instrução criminal, baseando-se em alegada violação ao direito à não autoincriminação.

Sustenta que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, que dimana da dignidade da pessoa humana. Afirma que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por incompatível com o direito de não se autoincriminar. Aduz, ainda, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou do réu para a realização de interrogatório. Busca, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal. Requer medida liminar, para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para

**ADPF 395 / DF**

interrogatório.

Por analogia, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A Câmara dos Deputados prestou informações (eDOC 11). Relata estar em tramitação projeto de novo Código de Processo Penal, que explicita que o interrogatório é meio de defesa – PL 8.045/2010.

A Presidência da República, em informações (eDOC 12), afirma que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal.

O Senado Federal prestou informações (eDOC 15). Sustenta que a condução para comparecimento não viola o direito à não autoincriminação, na medida em que a prerrogativa de manter-se em silêncio seja respeitada.

O Advogado-Geral da União argui a falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do Código de Processo Penal. Defende a recepção do dispositivo impugnado e sustenta que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal (eDOC 17).

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido (eDOC 19).

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (eDOC 21) e o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD) (eDOC 28) requereram o ingresso na causa como *amici curiae*, o que foi deferido (eDOCs 27 e 44).

Por sua vez, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da OAB, é mais restrita quanto ao objeto – ataca a medida apenas em fase de investigação. Sustenta que as conduções coercitivas violam os princípios da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); do direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF); do princípio do *nemo tenetur se detegere*; do princípio do sistema penal acusatório (art. 156, *caput*, do CPP); do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF). Afirma que o art. 260

**ADPF 395 / DF**

do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal. Aduz que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado para a realização de interrogatório. Subsidiariamente, busca a declaração da incompatibilidade com a Constituição Federal da interpretação do art. 260, que permite a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação sem intimação prévia e ausência injustificada.

Por analogia, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP) requereu o ingresso na causa como *amicus curiae* (eDOC 12), o que foi deferido (eDOC 22).

A Câmara dos Deputados prestou informações (eDOC 21). Relata estar em tramitação projeto de novo Código de Processo Penal, que explicita que o interrogatório é meio de defesa – PL 8.045/2010.

A Presidência da República, em informações (eDOC 23), afirma que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal.

O Advogado-Geral da União defende a recepção do dispositivo impugnado e sustenta que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal (eDOC 26).

O Procurador-Geral da República opina pela improcedência do pedido (eDOC 28)”.  
”

Em 18/12/17, o Relator **deferiu** a medida liminar postulada

**“(...) para vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das**

**ADPF 395 / DF**

provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

**É a síntese do necessário.**

Louvo o eminente Relator por seu substancioso voto, ao qual adiro integralmente.

**Francesco Carnelutti**, em clássica obra, afirmava que “as algemas, também as algemas, são um emblema do direito; quem sabe, pensando bem, o mais autêntico de seus emblemas, embora mais expressivo que a balança e a espada. **É necessário que o direito nos ate as mãos**” (**As Misérias do Processo Penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo : Editora Pillares, 2009, p. 25, grifei).

O simbolismo da frase do eminente penalista italiano é de uma magnitude ímpar: “**é necessário que o direito nos ate as mãos**”, **que o direito contenha voluntarismos, que nos submetamos todos ao império do Direito posto.**

O processo penal, não podemos jamais nos olvidar, é um instrumento de contenção do poder estatal.

Nas palavras de **Beling**, citado pelo jurista argentino **Julio Bustos Juan Maier**,

“(…) el Derecho penal no le toca ao delinciente un solo pelo e y sus reglas sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho penal no actúe realmente; el que se entiende con el hombre real, de carne y hueso, es el Derecho procesal penal” (**Derecho Procesal Penal: fundamentos**. 2. ed. 3. reimpressão Buenos Aires: Del Puerto, 2004. Tomo I, p. 260).

**Prosegue Julio Maier:**

“Por se tratar de regras jurídicas diretamente destinadas dirigidas à realização do poder de punir do Estado, a correlação entre o sistema político imperante e o conteúdo do Direito processual penal é ainda mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo jurídico, incluindo-se o Direito penal

**ADPF 395 / DF**

material” (op. cit., p. 260).

Assim, enquanto as regras abstratas (*que como tal, nas palavras de Maier, não tocam um só fio de cabelo do delinquente*) do direito penal não descem ao plano concreto, é o direito processual penal que atinge o homem real, de carne e osso.

Especificamente no caso de restrição à liberdade de locomoção, vigora o **princípio da legalidade estrita**, razão por que, nessa específica seara, não existe poder geral de cautela.

Como assenta a doutrina,<sup>1</sup>

“[o] processo civil, dada a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei

Trata-se do chamado poder geral de cautela, anteriormente previsto no art. 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado, como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (art. 297)

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (art. 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.<sup>2</sup>

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto ‘legalidade da repressão’, como exigência de tipicidade (*nulla coactio sine lege*) das medidas cautelares,<sup>3</sup> a

---

1 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 416-418.

2 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 315-316.

3 SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 69.

**ADPF 395 / DF**

implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza<sup>4</sup>

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.<sup>5</sup>

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.<sup>6</sup>

Nem se invoque a proporcionalidade para legitimar a adoção de medida cautelar atípica, ainda que a pretexto de ser mais favorável ao imputado.

Como já ressaltamos neste trabalho, a proporcionalidade é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais, e não uma válvula ajustável ao talante do intérprete para justificar suas violações. Repita-se, uma vez mais e sempre, que a proporcionalidade não pode ser transformada em 'gazua apta

---

4 GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs).\_\_\_\_\_. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp.395-396. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 420. CARO, Agostino de. **Trattato di procedura penale**. In SCALFATI, Adolfo (org.).Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier. 2012. p. 708

5 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 782. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 759-761.

6 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 759-761. LOPES JÚNIOR, 2012, p. 781-782. GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46.

**ADPF 395 / DF**

a arrombar toda e qualquer garantia constitucional<sup>7</sup>”.

Nesse sentido, **Francesco Carrara** já advertia que “as cautelas com que a lei cuida de restringir as prisões preventivas constituem o critério sobre o qual se deve julgar **o grau de respeito outorgado à liberdade civil de um povo**”, acrescentando que a “lei deve preestabelecer **taxativamente** os casos em que se pode dar o encarceramento preventivo” (**Programa de direito criminal**. Parte Geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2, p. 393, grifos nossos).

Embora o eminente penalista italiano estivesse a tratar da prisão preventiva, a **ratio** de seu pensamento em tudo se aplica ao regime jurídico da condução coercitiva.

Com efeito, o princípio da taxatividade (**numerus clausus**) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e **não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei**.

Nos termos do art. 260 do Código de Processo Penal, “se o acusado **não atender a intimação** para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Analogamente, os arts. 201, § 1º, e 218 do Código de Processo Penal estabelecem que, se o ofendido ou a testemunha, **regularmente intimados**, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sua inquirição, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva.

Como destacado pela doutrina,

“(...) a **ratio** da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.

Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia

---

7 HC nº 95.009/SP, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 19/12/08.

**ADPF 395 / DF**

recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.

(...) Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se o imputado goza do privilégio contra a autoincriminação?

**Não bastasse isso, excluída a hipótese de recalcitrância em atender ao chamamento de autoridade, não existe previsão legal para a condução coercitiva, ainda que fundada em suposto perigo para a investigação, sendo vedada a invocação do poder geral de cautela.**

**Dessa feita, ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor ao investigado a condução coercitiva, ao arripio do art. 260 do Código de Processo Penal e do princípio da taxatividade, ao argumento de que se trataria de uma medida mais benéfica que a prisão temporária ou preventiva.**

Mais uma vez, não há espaço para aplicações analógicas, ainda que a pretexto de favorecer o imputado”<sup>8</sup>

**Guardadas as devidas proporções, a espetacularização da condução coercitiva - *convertida, muitas vezes, em mero instrumento para vexar e constranger* - nos remete, numa retroação de mais de 400 (quatrocentos) anos, à sombra das Ordenações Filipinas - *que entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603 e cuja parte criminal vigorou no Brasil até o Código Criminal do Império (1830).***

O Livro V das Ordenações do Reino (Código Filipino) previa diversas medidas infamantes.

Assim, os mouros e judeus deveriam usar sinais para que fossem reconhecidos: os primeiros deveriam trajar “uma lua de pano vermelho de quatro dedos, cosida no ombro direito, na capa e no pelote” e os

---

8 CAPEZ, Rodrigo, op. cit., p. 422.



**ADPF 395 / DF**

judéus, uma carapuça ou chapéu amarelo.

No caso de consentimento do marido com o adultério de sua mulher, ambos seriam obrigados a usar “capellas de cornos”, espécie de grinalda com chifres, com as quais seriam açoitados (Título XXIV, item 9).

A mulher condenada como alcoviteira estava obrigada a usar, sempre que saísse de casa, polaina ou enxaravia (espécie de touca) vermelha na cabeça (Título XXXII, item 6).

Havia, para diversos crimes, previsão ainda de açoitamento com baraço (grossa corda ou corrente atada ao pescoço) e “pregão” (confira-se, v.g., o Título XLV – assuada, isto é, ajuntamento de pessoas para motim ou arruaça; o Título LX, item 1 – “abrir porta ou entrar em casa com ânimo de furtar”; e o Título LXIX – ciganos que violem proibição de entrar no Reino).

Relembro que a espetacularização das prisões cautelares e o uso abusivo de algemas como instrumento de execução pública do imputado, ao melhor estilo das medidas infamantes previstas nas Ordenações Filipinas, levaram este Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº 11:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

De modo análogo, em minha compreensão, é chegado o momento de esta Suprema Corte, na tutela da liberdade de locomoção, zelar pela estrita observância dos limites legais para a imposição da condução coercitiva, sem dar margem para que se adotem interpretações criativas que atentem contra aquele direito fundamental.

É como voto, cumprimentando, uma vez mais, o eminente Relator.

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores cujo escopo é a declaração de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal e da prática de condução coercitiva para realização de interrogatório.

O requerente aduz, em síntese, que:

"o preceito fundamental violado é a liberdade individual, seja em sua dimensão abstrata como garantia individual (art. 5º, *caput*, da Constituição), seja especificamente na liberdade assegurada aos indivíduos de que não sejam compelidos, de qualquer forma e por qualquer meio, a produzirem provas contra si mesmo em processos criminais (art. 5º, LXIII, da Constituição)".

Ressalta, outrossim, que

"a vedação de autoincriminação constitui preceito fundamental que se encontra ameaçado em razão da legislação infraconstitucional prévia à edição da Constituição de 1988 (Art. 260, do CPP), bem como em razão da prática judiciária de determinar a condução coercitiva como medida cautelar autônoma para obtenção de depoimento de pessoa suspeita, investigada, indiciada ou acusada, no curso de investigação criminal, inquérito policial ou processo judicial." Nessa linha, sustenta que "em um sistema punitivo adequado aos ideais de um Estado democrático de direito, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais

**ADPF 395 / DF**

especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado, ou reservar-se e não se autoincriminar".

Por fim, assevera que "a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo".

Ato contínuo, a Câmara dos Deputados informou que o dispositivo impugnado foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei ordinária.

O presidente da República, por sua vez, entende que

"a condução coercitiva isolada não consiste em restrição à liberdade ou qualquer outra espécie de segregação, outrossim, trata-se, tão somente, da imposição de cumprimento do dever legal de comparecimento".

Já o Senado Federal asseverou que

"a condução coercitiva tem papel de concretizar o direito constitucional à segurança com menor grau de restrição ao direito de liberdade do que uma eventual prisão cautelar (temporária ou preventiva)". Defende que, "assim, é forçoso concluir que o Estado-Juiz tem o poder de determinar o comparecimento do acusado ao interrogatório, que é dever do acusado comparecer e que, caso este não o faça espontaneamente, é poder inerente (implícito) às suas funções do Estado-Juiz a determinação do cumprimento desta ordem por meio da condução coercitiva".

O parecer do Ministério Público Federal pela improcedência do pedido contém a seguinte ementa:

**ADPF 395 / DF**

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 260 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS DO PROCESSO PENAL. DEVER DE DECLARAR OU PRODUZIR PROVA CONTRA SI. INEXISTÊNCIA. DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. CARÁTER PREFERENCIAL DA MEDIDA ANTE OUTRAS MAIS GRAVOSAS. RESTRIÇÃO RAZOÁVEL DA LIBERDADE INDIVIDUAL POR CURTO PERÍODO. DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O ART. 5º CAPUT E LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a possibilidade de o Poder Judiciário exercer poder cautelar para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade.

2. Deferimento da medida prevista no art. 260 do Código de Processo Penal em face de réus ou investigados não afronta, por si, os princípios da liberdade individual e da vedação a auto-incriminação, porquanto não acarreta ao conduzido dever de produzir prova em seu desfavor.

3. Desde que justificada, condução coercitiva assegura efetividade da persecução penal e confere eficácia a outras medidas acautelatórias do processo penal, sem interferir de forma irrazoável na liberdade do conduzido.

4. Parecer por improcedência do pedido”.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, gostaria de dizer que a jurisprudência garantista deste Supremo Tribunal Federal, em matéria penal, não constitui nenhuma novidade e sempre foi construída a partir de casos que envolviam pessoas pobres, desempregadas, subempregadas ou de pequeno poder aquisitivo.

**ADPF 395 / DF**

Cito como exemplo a Sumula Vinculante 11, que proibiu o uso indiscriminado de algemas; a Súmula Vinculante 26, que autoriza a progressão de regime para aqueles que tenham praticados crimes denominados hediondos, desde que preencham as condições objetivas e subjetivas; e a Súmula Vinculante 26, que não permite a manutenção de condenados em regime prisional mais gravoso na falta de estabelecimento adequado para a progressão.

Recentemente, a Segunda Turma desta Corte concedeu um *habeas corpus* coletivo para libertar aproximadamente 4.500 mulheres grávidas, lactentes e mães de crianças até 12 anos, presas preventivamente, ao arrepio da lei, todas hipossuficientes economicamente, e mais cerca de 2.000 crianças, que se encontravam detidas com elas.

Assim, é preciso registrar que o permanente combate que o Supremo tem travado contra arbitrariedades de todo o gênero, praticadas por parte das mais distintas autoridades, se volta exatamente para a proteção das pessoas mais débeis do ponto de vista social e econômico, e que são justamente aquelas que superlotam o nosso degradante sistema prisional.

Ainda há pouco foi amplamente noticiado pela imprensa que, em abril deste ano, 153 jovens foram conduzidos coercitivamente à prisão, ou, como se dizia num passado ainda recente, foram “presos para averiguações”, simplesmente porque estavam se dirigindo a um baile funk em Santa Cruz, na zona oeste do Rio de Janeiro, supostamente organizado por milicianos, pagando entre 10 e 20 reais o ingresso.

Somente 11 possuíam antecedentes criminais. Poucos dias depois, praticamente todos foram libertados, a pedido do próprio Ministério Público. Alguns perderam o emprego, outros sofreram toda a sorte de violências e grande parte foi permanentemente estigmatizada. A Defensoria Pública anunciou que iria pedir indenização ao Estado pelas

**ADPF 395 / DF**

detenções ilegais.

Portanto, voltar-se contra as conduções coercitivas para depor, sem prévia intimação e sem a presença de advogado, claramente abusivas, nada tem a ver com a proteção de acusados ricos e nem com a tentativa de dificultar o combate à corrupção, que todos queremos ver debelada, mas inclusive a corrupção institucional, que corresponde à deliberada e consciente violação, por parte de algumas autoridades, das garantias constitucionais, que têm por fundamento a dignidade da pessoa humana.

Não me impressionam também exemplos tirados da jurisprudência de outros países, ditos democráticos e civilizados, pois a realidade brasileira é completamente distinta deles.

Sim porque a cada 25 ou 30 anos vivenciamos um retrocesso institucional em nosso país, pelo menos desde a proclamação da República, em 1889, momentos em que retornam aquelas temíveis batidas nas portas das casas, de madrugada, prenunciando o sequestro de seus moradores, muitos dos quais jamais voltaram ao convívio de seus entes queridos.

Feito esse brevíssimo registro, inicio o exame da matéria de fundo asseverando que o precedente de minha lavra invocado no voto do eminente Relator trata de caso que não se assemelha à hipótese em debate nestes autos.

Com efeito, da leitura das peças processuais que instruem a inicial daquele processo, especialmente o termo de interrogatório e o relatório de investigação, é possível verificar que, buscando chegar ao autor do assassinato, a esposa da vítima marcou um encontro com o paciente, sob o pretexto de que este seria ressarcido da devolução pelo banco de um cheque que estava em seu poder, documento este que, justamente, havia desaparecido do escritório da vítima no dia do crime.

**ADPF 395 / DF**

Ato contínuo, a esposa da vítima solicitou a presença de policiais para acompanharem a conversa e, dessa forma, chegar, eventualmente, a autoria do crime investigado. Em virtude das divergências entre as versões apresentadas pela esposa da vítima e pelo paciente durante o diálogo, todos foram conduzidos à autoridade policial para prestar maiores esclarecimentos, tendo o paciente, nesse momento, confessado o delito.

Diante destas circunstâncias especialíssimas é que afirmo ser possível, naquela hipótese, a condução dos envolvidos à presença da autoridade policial para prestarem maiores informações, sem que houvesse a necessidade de mandado judicial ou que se estivesse em situação de flagrante delito.

Nota-se, portanto, que o pano de fundo do precedente indicado pelo Ministro Gilmar Mendes é completamente diverso do caso ora *sub judice* e não pode, justamente em razão da sua excepcionalidade, servir de paradigma para a discussão da tese envolvendo a constitucionalidade do disposto no art. 260 do Código de Processo Penal.

Pois bem, *in casu*, relembro que o referido Código trata da condução coercitiva em diferentes artigos, que autorizam, *a priori*, a presença compulsória de testemunhas (art. 218), do ofendido (art. 201, §1º) do perito (art. 278) e do próprio acusado (art. 260) em caso de injustificada ausência mesmo após regular intimação.

Em todas essas situações, em regra inseridas na fase instrutória da persecução criminal, a pessoa conduzida está, ainda que momentaneamente, privada de sua liberdade, o que subordina a execução do ato, inegavelmente constrangedor, a um rigoroso controle jurisdicional, consoante o previsto no sistema de direitos e garantias individuais (art. 5º da Constituição da República).

**ADPF 395 / DF**

Ora, foi justamente com a intenção de refrear abusos, cada vez mais frequentes diante da transformação da prisão em verdadeiros espetáculos midiáticos, que esta Suprema Corte editou a Súmula Vinculante 11, cujo conteúdo reproduzo abaixo:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Ressalte-se que a utilização de algemas tem por finalidade impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que isto possa ocorrer e bem assim para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

Pois bem, transportando-se essas premissas para o caso sob análise, entendo, na linha do argumento central desenvolvido no voto do Ministro Relator, que o direito constitucional ao silêncio previsto no art. 5º, LVIII da Constituição Federal, por si só, já seria suficiente para paralisar os efeitos da condução coercitiva do réu para o interrogatório, principalmente diante de sua flagrante inutilidade. Sobre o direito ao silêncio, vide, em especial, HC 75.257/RJ, Relator o Ministro Moreira Alves, HC 78.708/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, HC 79.812-MC/SP, Relator o Ministro Celso de Mello e RE 199.570/MS, Relator o Ministro Marco Aurélio.

Note-se, a propósito desse cenário de privação de liberdade, que se cria um estado psicológico no qual o exercício do direito ao silêncio é propositalmente dificultado, segundo o que bem destacado no parecer



**ADPF 395 / DF**

apresentado por Tiago Bottino, o qual também cita a conclusão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América por ocasião do famoso julgamento *Miranda versus Arizona* (384 U.S. 436, 1966), *verbis*:

"É óbvio que tal ambiente interrogatório é criado para nenhum outro fim que não para subjugar o indivíduo à vontade de seu interrogador. Esta atmosfera carrega seu próprio emblema da intimidação. Estejamos certos, esta não é intimidação física, mas é igualmente destrutivo da dignidade humana. [...]. A menos que sejam empregados meios de proteção para dissipar a compulsão inerente num ambiente de prisão, nenhuma declaração obtida a partir do réu pode realmente ser o produto de sua livre escolha".<sup>1</sup>

Mas não é apenas a garantia referida acima que contrasta com o disposto no art. 260 do Código de Processo Penal, porquanto também o parágrafo único do art. 186 deste mesmo diploma legal, torna o ato ainda mais desnecessário, uma vez que não prevê nenhuma consequência jurídica para o réu que fizer a opção de manter-se calado, *verbis*:

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

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

Ora, conduzir coercitivamente o acusado, com todos os gastos e

---

1 No original: *"It is obvious that such an interrogation environment is created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of his examiner. This atmosphere carries its own badge of intimidation. To be sure, this is not physical intimidation, but it is equally destructive of human dignity (...). Unless adequate protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of its free choice"*.

**ADPF 395 / DF**

constrangimentos que isso representa, não apenas com o deslocamento desnecessário das forças policiais, senão também pelos inúmeros incidentes que podem decorrer deste ato de violência autorizado pelo Estado-juiz, apenas para realizar a qualificação do réu em juízo, não parece minimamente razoável.

Na esteira deste entendimento, ressalto que se o réu for devidamente intimado para o seu interrogatório e não comparecer no dia e local indicados na intimação, outra consequência não poderá ser extraída, senão a de que preferiu simplesmente não comparecer, não havendo nestas hipóteses a necessidade de adiamento de audiências ou a realização de diligências para trazê-lo ao Fórum “debaixo de vara”.

A propósito, no julgamento do HC 96.219 MC-SP, o Ministro Celso de Mello deixou consignado o seguinte:

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

De fato, ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si, do que decorre, por outro lado, a proibição por parte do Estado de tratar suspeitos, indiciados, acusados ou réus como condenados (*vide*, nesse sentido, RTJ 176/805-806, Relator o Ministro Celso de Mello).

Nessa linha de raciocínio, deve-se asseverar que o ônus da prova compete sempre a quem acusa e que o círculo de proteção em torno da pessoa do réu deve ser preservado como garantia de todos e não apenas daquele que, circunstancialmente, é alvo da acusação.

**ADPF 395 / DF**

Dessa forma, por mais que se possa ceder ao clamor público, os operadores do direito e sobretudo os magistrados, os quais estão subordinados ao império da lei, devem evitar a adoção de atos que viraram rotina nos dias atuais, tais como o televisionamento de audiência sob sigilo, as interceptações telefônicas ininterruptas, o deferimento de condução coercitiva sem que tenha havido ao menos a intimação prévia do acusado, os vazamentos de conversas sigilosas e de delações não homologadas, as prisões provisórias alongadas, dentre outras violações inadmissíveis no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é lapidar a lição do Ministro Celso de Mello ao afirmar que:

"Na realidade, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que nunca se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão estatal e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta, ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. É sempre necessário registrar que a pessoa sob investigação penal do Estado não está obrigada a responder ao interrogatório das autoridades policiais ou judiciárias, podendo exercer, sempre, de modo inteiramente legítimo, em face dos órgãos estatais, o direito ao silêncio, além de não precisar demonstrar a sua inocência, eis que, como se sabe, incumbe, ao Ministério Público, a comprovação plena da culpabilidade dos que sofrem a '*persecutio criminis*'".

E ainda que

"Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito

**ADPF 395 / DF**

positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes" (HC 83.947/AM, Rel. Min. Celso de Mello).

Por fim, aplica-se, *in casu*, a restrição prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), cujo art. 7, item 2, prevê que

“ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor a condução coercitiva como medida alternativa à prisão preventiva, porquanto a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade são garantias fundamentais abrigadas no art. 5º, LIV, cujo enunciado é de clareza solar: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A respeito deste tema, veja-se a valorosa lição de Aury Lopes Jr., para quem:

“No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral da cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para ‘poderes gerais’, pois todo o poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito

**ADPF 395 / DF**

respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giurídica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais e patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrições de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais poderes gerais de cautela. Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto” (*in* Direito Processual Penal. São Paulo. Saraiva. 14<sup>a</sup> edição. p. 584).

Na mesma direção, cito também o escólio de Rodrigo Capez, no sentido de que:

“No contexto do princípio da legalidade, insere-se a questão da condução coercitiva de investigado para prestar depoimento em inquérito policial, objeto, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF 395, relator o ministro Gilmar Mendes, ainda não julgada.

Nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal, ‘se o acusado não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença’.

**ADPF 395 / DF**

Analogamente, os artigos 201, § 1º, e 218 do Código de Processo Penal estabelecem que, se o ofendido ou a testemunha, regularmente intimados, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sua inquirição, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva.

Como se observa, a *ratio* da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.

Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.

Essa medida não tem justificação constitucional, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio. Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se ele goza do privilégio contra a autoincriminação?

Não bastasse isso, excluída a hipótese de recalcitrância em atender ao chamamento de autoridade, não existe previsão legal para a condução coercitiva, ainda que fundada em suposto perigo para a investigação, sendo vedada, como já exposto, a invocação do poder geral de cautela.

Dessa feita, ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor ao investigado a condução coercitiva, ao arrepio do artigo 260 do Código de Processo Penal e do princípio da taxatividade, ao argumento de que se trataria de uma medida mais benéfica que a prisão temporária ou preventiva.

Mais uma vez, não há espaço para aplicações analógicas, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.

Finalmente, o princípio da taxatividade (*numerus clausus*) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente

**ADPF 395 / DF**

previstas. O próprio rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei." (Artigo publicado no site Consultor Jurídico disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>, consultado em 20/3/2018).

Por todas essas razões, acompanho integralmente o voto do Ministro Relator para julgar procedente o pedido e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, constante do art. 260 do Código de Processo Penal.

É como voto.

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO DOS TRABALHADORES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:THIAGO BOTTINO DO AMARAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TECIO LINS E SILVA</b>

**APARTE**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa**

Excelência me permite uma consideração, Ministro Ricardo Lewandowski?

A propósito dessa questão, é bom lembrar - e não me canso de destacar - que, depois de muitos anos, mais ou menos nove ou dez anos da decisão do Tribunal que validava a constitucionalidade do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, veio, aqui, um *habeas corpus* da relatoria do Ministro Marco Aurélio - que já votara anteriormente pela inconstitucionalidade do art. 2º. Esse *habeas corpus* é um daqueles casos



**ADPF 395 / DF**

clássicos impetrado por um preso com os papéis que obtivera na cadeia. Portanto, não trouxe um advogado, ele próprio o impetrou em seu favor. Quer dizer, um feito desse tipo nos mostra realmente o significado ímpar, efetivo e simbólico do *habeas corpus*. E obviamente que se tratava de um réu pobre. Muitos advogados notáveis postularam e escreveram teses sobre esse tema que veio à Suprema Corte.

Eu já disse, em algum momento, em palestras, que, se tivéssemos a vertente hollywoodiana dos Estados Unidos, esse caso daria um filme, como as *Trombetas de Gideão*. Então, apenas para mostrar a responsabilidade. E, claro, se fizemos uma viagem na história do Supremo Tribunal Federal, veremos uma história digna, exatamente valorando o *status libertatis*.

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o Tribunal está dividido. A partir do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, tem-se quatro votos no sentido de entender-se que o artigo 260 do Código de Processo Penal, no que prevê, expressamente, a condução coercitiva para o interrogatório, não foi, nessa parte – ressalte-se bem –, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Há outros quatro votos em sentido diametralmente oposto, baseados na inexistência da incompatibilidade a que me referi, ressaltada no voto do ministro Gilmar Mendes e nos votos que se seguiram, na ordem, da ministra Rosa Weber, do ministro Dias Toffoli e do ministro Ricardo Lewandowski.

Costumo, Presidente, abraçar o poder de síntese ao votar e resumir a compreensão sobre o conflito de interesses. Mas tem-se não só a divisão – a divisão do Colegiado –, substancial divisão, as duas linhas a que me referi, em termos de interpretação, como também a importância maior da matéria, presente a quadra vivenciada, presente a cidadania, presentes garantias e franquias legais e constitucionais. Por isso, vou tomar o tempo do Colegiado com certa catilinária, ou seja, com razões, com articulações sobre o contexto em si.

Interpretação, Presidente – não nego, não posso negar –, é um ato de vontade, acionado pelo Estado-juiz, pelo Estado-acusador, pela Defensoria Pública e pela defesa privada, pelos senhores advogados. Mas é, acima de tudo, ato vinculado ao Direito positivo, ao Direito posto pela Casa Legislativa – no caso federal, o Congresso Nacional.

Não é dado, a partir do enfoque a que me referi – de ser a interpretação um ato de vontade –, estabelecer o critério de plantão, por melhor que seja o objetivo. Lembro, sempre, que, em Direito, o meio justifica o fim, mas, jamais, o fim ao meio.

**ADPF 395 / DF**

Daí ter-se que lançar mão de métodos de interpretação: o histórico; o teleológico, buscando-se o objetivo da norma, alvo da interpretação; o sistemático e o integrativo, para alcançar-se a finalidade da própria norma.

O intérprete não pode atuar a partir de ideologias. Interpretação não tem rosto. Processo não tem capa. Processo tem, unicamente, conteúdo. E devo dizer, Presidente, que a legislação é linear, não se aplica apenas àqueles envolvidos em possível prática de corrupção, não se aplica tão somente considerado o denominado crime do colarinho branco. Não são apenas esses acusados que são conduzidos; são os envolvidos, em geral, em conduta criminosa.

Queremos, no Brasil, correção de rumos? Queremos, no Brasil, dias melhores? Queremos todos nós, ainda que esses dias melhores não sejam para a geração atual, e, sim, para as futuras. Mas não cabe partir como que para o justicamento, sob pena de ter-se a Babel, de não se ter mais segurança jurídica, vivendo a sociedade a sobressaltos, dependendo o desfecho dos processos-crime da concepção, até mesmo ideológica, que o julgador faça de certa matéria.

Não me canso de dizer, Presidente, que Direito é ciência. E por que é uma ciência propriamente dita? Porque possui princípios, institutos, expressões, vocábulos com sentido próprio. E a pureza na interpretação, a pureza de linguagem, no que não se pode confundir institutos jurídicos, é importantíssima, em termos de prestação jurisdicional, em termos de desfecho de certo processo.

O Estado-julgador, por ser Estado, detém o monopólio da força. Exercemos, como julgadores, atividade sublime. Portanto, devemos, passo a passo, cobrar-nos responsabilidade quanto às compreensões, quanto às conclusões sobre o ordenamento jurídico. Devemos manter absoluta equidistância. E volto à tecla: processo não tem rosto, não tem capa; processo tem conteúdo.

Devemos abandonar o calor, próprio aos leigos, das emoções. A impropriedade de considerar-se emoções é manifesta. E, em época de crise, como a vivenciada no Brasil atualmente, devemos, até mesmo, ser

**ADPF 395 / DF**

ortodoxos na interpretação do arcabouço normativo legal e constitucional. Precisamos estar imunes às paixões. Se indagarmos ao cidadão comum, evidentemente, dirá que o processo-crime deve ser tocado a ferro e fogo, chegando-se imediatamente à condenação. Mas não cabe endossar essa óptica.

Valho-me de trecho de discurso que, ontem, foi pronunciado no Senado da República, por Senador do PMDB do Paraná, o Senador Roberto Requião, dando um testemunho dele, Senador, sobre a Senadora, Presidente do PT, é certo – mas não há qualquer estigma ante essa qualificação –, Gleisi Hoffmann.

O que disse o Senador? Terei sempre presentes essas palavras. Disse: "não há moralidade em um Sistema Judiciário que faz da licença hermenêutica, da liberdade hermenêutica, a lei; que acusa, processa e condena segundo a visão de mundo dos juízes, segundo simpatias ou antipatias". Repito: o juiz não julga a partir de visão apaixonada, leiga sobre a realidade. Julga segundo o Direito positivo, aprovado por quem de direito. As palavras do senador Roberto Requião são muito oportunas, Presidente, no que há esse afã de chegar-se, como disse, a melhores dias, a correção de rumos.

Eis o tema em debate: harmonia, ou não, com a Constituição Federal, da cláusula do artigo 260 – não de todo o artigo, vou dizer daqui a pouco por quê – do Código de Processo Penal, no que encerra a denominada condução coercitiva. Leio, para registro nos anais do Tribunal, o teor desse dispositivo, tal como se contém:

"Se o acusado não atender à intimação" – impõe-se seja intimado para a audiência de instrução do processo-crime – "para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença."

Durante muito tempo, assentou-se que não podia haver Júri sem a presença do acusado. Hoje, ante os ares constitucionais da Carta de 1988, há artigo do Código de Processo Penal prevendo a continuidade, ainda

**ADPF 395 / DF**

que ausente. E há mais! O que ocorre, Presidente, se o acusado é citado por edital e não credencia profissional da advocacia para a defesa técnica? Tem-se, pelo disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, que se verifica, automaticamente, a ordem de prisão? Não, a suspensão do processo e do prazo prescricional, contendo a parte final do artigo 366, para chegar-se a esse ato que implica a inversão do processo-crime, no que direciona a apurar-se para, selada a culpa, prender-se, referência ao artigo 312 do mesmo Código.

Segue-se, no artigo 260, a previsão – por isso, digo que está no artigo 260 – da condução coercitiva. Ou seja, fica o acusado com a liberdade de ir e vir cerceada.

Ontem, conversando com o ministro Celso de Mello, lembrou-me que o mestre da Nacional de Direito – e convivi com ele e muito aprendi – Hélio Tornaghi já dizia, no passado, que a condução coercitiva não deixa de ser uma prisão. Poderíamos cogitar de prisão relâmpago. E geralmente, no Brasil, ocorre após o clarear do dia, após as seis horas, já que não se pode adentrar a residência, a não ser no caso de flagrante delito, antes das seis horas, com o acompanhamento da imprensa.

O parágrafo único prevê que "o mandado" – que mandado é esse? O de condução coercitiva, mandado de prisão, como rotulei, relâmpago – "atenderá aos requisitos do artigo 352" do mesmo Código instrumental.

E o artigo 352 revela que o mandado deve noticiar o objetivo.

Para que a condução coercitiva – e é importante ter-se presente esse fato? Para o interrogatório. Prevê o inciso VI do mesmo artigo 352 o Juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer – deverá, não, comparecerá, porque, mediante condução coercitiva, não atua no campo da livre manifestação da vontade, é conduzido pela autoridade policial.

Presidente, não somos saudosistas, não temos a menor saudade da época em que o regime no Brasil se mostrou de exceção. Hoje, o regime é essencialmente democrático, ante a Carta de 1988, primeira Carta que versou, antes da estrutura do Estado, os direitos dos cidadãos em geral, inclusive os sociais. E a Constituição, Lei das leis, está no ápice da pirâmide das normas jurídicas. A Constituição submete a todos

**ADPF 395 / DF**

indistintamente. Submete o Executivo, submete o Legislativo e submete o Judiciário, inclusive o órgão de cúpula, que é o Supremo.

Não é pelo fato de não haver, acima do Supremo – e seria um contrassenso se houvesse –, órgão incumbido de rever as próprias decisões que levará os integrantes a despedirem-se da função que a própria Constituição pedagogicamente revela – de guarda dela, Constituição Federal.

A norma do artigo 260 vem de época em que o Governo era autoritário, Governo Vargas. Por isso é que o Código de Processo Penal foi introduzido, no cenário normativo, mediante decreto-lei, o de nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, consentâneo com o momento vivenciado, em que havia um Estado de força propriamente dito.

E chegou-se ao ponto, Presidente, de ter-se, no cenário a que aludi, normativo, um preceito a versar a prisão para averiguação. Refiro-me ao artigo 59 da Lei já expungida do cenário, que se mostrou com denominação pomposa, Lei de Segurança Nacional, também aprovada por decreto-lei. Vale dizer, não houve a aprovação, como também não houve do Código de Processo Penal, pelos representantes do povo brasileiro, os deputados federais, pelos representantes dos Estados, os senadores. E o artigo 59 previu essa pérola, que é a prisão para averiguação, ao dispor:

"Durante as investigações policiais, o indiciado" – simples indiciado – "poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito, até trinta (30) dias, comunicando-se" – jogou-se aqui um confete, algo lírico, apenas para constar – "a prisão à autoridade judiciária competente."

Que autoridade? A autoridade judiciária militar.

"Esse prazo" – de 30 dias – "poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou." – como autoridade do inquérito.

**ADPF 395 / DF**

Presidente, página virada quanto à Lei de Segurança Nacional, considerados os ares constitucionais vivenciados.

O que se tem no cenário, em termos de custódia? Tem-se a prisão em flagrante – quando o cidadão é surpreendido na prática do crime –, que não serve mais, em termos de perpetuação da custódia, como título, já que deve ser afastada ou transformada em custódia preventiva. Quanto à prisão temporária, há dispositivos impondo requisitos exaustivos, que podem, uma vez presentes, desaguar nessa espécie de cerceio à liberdade de ir e vir.

O artigo 1º da Lei nº 7.960/1989 prevê expressamente, no inciso I, que a prisão temporária deveria mostrar-se indispensável, imprescindível – é o vocábulo utilizado no preceito – às investigações de um inquérito policial, que, de qualquer forma – e o requisito é cumulativo –, requer que se constate que o indiciado não tem residência fixa ou que não forneceu elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, mas – mais um requisito – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria – indícios de autoria – ou participação nos crimes mencionados de forma exaustiva. E, nesse rol, não se tem, Presidente, a corrupção.

Segue-se que essa prisão dita temporária, para ser realmente temporária, está balizada no tempo. É implementada por cinco dias, prorrogáveis por mais cinco – artigo 2º da Lei a que me referi.

E há casos em que o prazo é maior, crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo. A prisão temporária, então, extravasa os cinco dias, período prorrogável, chegando-se a trinta dias, também prorrogáveis por idêntico espaço.

Presidente, volto e digo que o Direito é uma ciência; volto e digo que o Direito é o positivo, é o que está na legislação e nada mais, não cabendo criar-se o denominado critério de plantão, sob pena de partir-se para o Direito alternativo, aquele que se dizia achado nas ruas, volátil ante a vontade da população.

Ao lado da prisão temporária, há a preventiva, ou dita processual.

**ADPF 395 / DF**

Tem-se que, também quanto a ela, por ser um ato gravoso, considerada, até mesmo, a dignidade do cidadão, a respeitabilidade do cidadão junto aos iguais, deve atender-se a requisitos: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a necessidade de preservar a instrução criminal, a necessidade de preservar campo propício à aplicação da lei. E não basta fazer referência ao que está no artigo 312. Há de ter-se situação concreta que revele, de forma escancarada, estreme de dúvidas, que em jogo estão os bens referidos: a ordem pública, a ordem econômica, a preservação de campo à aplicação da lei e a viabilidade da instrução criminal.

Quanto à instrução criminal, por exemplo, os pronunciamentos judiciais apontam que há de se ter ato concreto do investigado, ou do réu, se já existente o processo-crime, voltado a embaralhar a instrução processual. Vez por outra me defronto com *habeas corpus* e implemento liminar em que, simplesmente, colega – e não digo que seja um colega de piso, mas, sim, de primeira instância – evoca, em pronunciamento que serviria para qualquer processo, o artigo 312. Sem dizer por que, sem fundamentar a decisão, conclui que em jogo se faz a ordem pública, que em jogo se faz a ordem econômica, que em jogo se faz a instrução criminal e também a aplicação da lei penal.

Essa prisão vige por prazo indeterminado? Não. E, muito embora já tenha ficado vencido, na minha Turma, em situação concreta na qual a custódia provisória chegou a sete anos – não houve a concessão da ordem pelo excesso de prazo –, o instituto do excesso de prazo, no contexto constitucional e legal, há de ser observado. Em geral, tendo em conta o somatório de lapsos alusivos a atos processuais, a prisão preventiva não pode extravasar 125 dias, projetando-se de forma indeterminada no tempo, como se o investigado, o simples acusado, estivesse a cumprir uma pena.

Há de ser lembrado, Presidente, ressaltando-se a valia do princípio da culpabilidade, que execução provisória de qualquer título pressupõe o retorno ao estágio anterior, isso a partir do momento em que o título seja modificado. E ninguém devolve ao acusado, ao inocente, a liberdade



**ADPF 395 / DF**

perdida, e perdida a partir de ato de força, do Estado-juiz, discrepante da ordem jurídica.

Há também prazo especial para duração da preventiva. Tenha-se presente a Lei de Tóxicos. O prazo de 125 chega a 186 dias.

Presidente, há um princípio que não me canso de mencionar, porque sou ledor de Jacob Bazarrian – armênio que migrou para o Brasil e atuou em São Paulo –, o princípio lógico racional do determinismo. Esse princípio está abordado no livro *O problema da verdade: – e a verdade é sempre relativa – Teoria do Conhecimento*. Menciona Jacob Bazarrian algo encontrado da época de Leucipo, segundo o qual nada nasce sem causa, mas tudo surge por alguma razão e em virtude de uma necessidade. A prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva ou processual enquadram-se no princípio do determinismo, porque há um objetivo, harmônico com a ordem jurídica.

Mas e a condução coercitiva? Já disse que implica – e, rememorando lições alcançadas nos bancos da Nacional de Direito, lembrei-me do que dizia, ante o que colocado pelo decano, Hélio Tornaghi –, não há a menor dúvida, Presidente, cerceio à liberdade de ir e vir, cerceio que apontei momentâneo, relâmpago, a ocorrer mediante ato de força praticado pelo Estado, em razão de mandado expedido.

A teor do disposto no artigo 260 do Código de Processo Penal, o que visa, entre outros fenômenos, a condução coercitiva – e por isso não há razão de ser para ela? Visa o interrogatório do investigado ou réu. Na maioria das vezes, apenas retrata o desgaste da imagem do cidadão frente aos semelhantes, o perfil do cidadão, o maltrato à dignidade do cidadão. Por essa razão, deve ser encarada com rigor maior. A condução coercitiva não atende ao princípio do determinismo. Mais: a prisão preventiva não atende ao critério da utilidade, ao pragmatismo.

E volto a Jacob Bazarrian, segundo o qual a inteligência não alcança a sua finalidade senão quando conduz a uma ação eficaz. A ideia verdadeira – acrescenta – é aquela que tem bom êxito.

Do êxito quanto ao desgaste não há a menor dúvida. Quanto a colher-se, sempre, elementos, não ocorre.

**ADPF 395 / DF**

Presidente, a resposta quanto à razão de ser da condução coercitiva está na Constituição Federal, a revelar que não existe – a não ser, repito, sob o ângulo do desgaste irreparável do conduzido. Vem-nos do inciso LXIII do principal rol das garantias constitucionais da Carta de 1988 – o artigo 5º – que "o preso" – e há prisão na condução coercitiva, não ocorrendo a espontaneidade no comparecimento a Juízo ou perante a autoridade policial – "será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Ora, revelado, a mais não poder, no artigo 260 do Código de Processo Penal, que o objetivo da condução coercitiva é o interrogatório, é ter-se ideia do contexto criminoso mediante a fala do acusado, e, se pode ficar calado, qual é a razão de ser desse ato de força?

Presidente, conluo ressaltando que a condução coercitiva é um ato gravoso que solapa o perfil do conduzido; é um ato que cerceia a liberdade de ir e vir do cidadão; é um ato que fragiliza o homem, no que alcança e coloca em dúvida o próprio caráter. E visa o interrogatório, que se realizará em termos de perguntas, mas não necessariamente de respostas, já que – é garantia constitucional – pode o conduzido permanecer calado.

O artigo 260 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 – isso quanto à condução coercitiva, não é a intimação para audiência –, ante o direito do cidadão, qualquer cidadão, ainda que envolvido em crime de corrupção – já que se potencializa muito a série de escândalos com que nos defrontamos –, ao silêncio – direito constitucional. A intimação para audiência de instrução e julgamento atende ao devido processo legal. Mas a falta de comparecimento não deságua – ao contrário do que previsto no artigo 260 da Constituição Federal – na condução coercitiva.

O ato de responder a perguntas – não me refiro às testemunhas, não me refiro a peritos que atuem no processo – é, por natureza, espontâneo.

Não coabitam, Presidente, o mesmo teto a prática – e, nos dias atuais, abusiva – de condução coercitiva e o ato espontâneo que é o de

**ADPF 395 / DF**

prestar esclarecimentos. Por isso, a previsão, quanto à condução coercitiva, contida no artigo 260 do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Carta que um grande homem público brasileiro, do Estado-país de São Paulo – Ulisses Guimarães –, apontou como Carta não do justiceiro, mas como Carta-cidadã.

Prolato o quinto voto – há inversão do julgamento até aqui, já que, até o voto da ministra Rosa Weber, Sua Excelência o ministro Gilmar Mendes estava isolado – acompanhando Sua Excelência e declarando que a condução coercitiva não sobrevive.

Paga-se um preço por viver-se em um Estado de Direito. É módico, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, ao arcabouço constitucional. Vale relembrar Rui: com a lei, dentro da lei, porque fora da lei não há salvação.

É como voto.

14/06/2018

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Supremo Tribunal Federal, Senhora Presidente, **defronta-se**, neste processo, com questão **impregnada** de extrema importância e de altíssimo relevo, pois envolve a **definição** sobre a extensão dos poderes do Estado em face dos direitos e garantias que a Constituição da República **outorgou** às pessoas eventualmente sujeitas, por suposta prática delituosa, a atos de investigação criminal **ou** de persecução penal em juízo.

**Registro**, também, que o teor do voto que vou proferir nada mais revela e traduz senão posição que **tenho invariavelmente adotado** nesta Corte a respeito, precisamente, das relações entre o poder do Estado, de um lado, e os direitos fundamentais da pessoa, de qualquer pessoa, de outro, que venha a ser submetida à ação investigatória e punitiva dos órgãos de persecução criminal.

**Sabemos todos**, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados **quase 30 anos** de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento** das instituições democráticas e **na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce o espírito virtuoso** que anima e informa a ideia de República.

O **novo** Estado constitucional brasileiro, **fundado** em bases genuinamente democráticas e plenamente legitimado pelo consenso dos governados, **concebeu** a Suprema Corte de nosso País – que sempre se **caracterizou como solo historicamente fértil** em que germinou e se

**ADPF 395 / DF**

desenvolveu a semente da liberdade – **como verdadeiro** *espaço de defesa e proteção* das franquias individuais e coletivas, **além de representar**, em sua atuação institucional *como órgão de cúpula* do Poder Judiciário nacional, **um veto permanente e severo** ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes e ao desvio e deformação da ideia de Estado Democrático de Direito.

**Se é certo**, *portanto*, Senhora Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, *por excelência*, **um espaço** de proteção e defesa das liberdades fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** *imparciais, isentos e independentes*, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** *resultantes do clamor popular e da pressão das multidões*, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura **a qualquer réu** mediante instauração, em juízo, *do devido processo penal*.

**A questão da legitimidade** do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares e da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que *“a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”* (grifei).

**Assim como a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se **como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento** da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, **notadamente** daquelas sob investigação do Estado (**RTJ** 112/1115 – **RTJ** 172/159 – **RTJ** 180/262-264 – **RTJ** 187/933-934 – **RTJ** 193/1050, *v.g.*), **também esse ilustre magistrado federal**, no trabalho

**ADPF 395 / DF**

que venho de referir, **põe em destaque** o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em “*ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica*”.

A **liberdade humana**, *inclusive a de qualquer pessoa* sob investigação criminal ou perseguição penal, **não** constitui **nem** se qualifica *como simples concessão do Estado*.

**Ao contrário**, a liberdade **traduz** *um dos mais expressivos privilégios individuais*, **além de configurar inquestionável direito fundamental de qualquer pessoa**, cuja origem tem sua gênese no texto da **própria Constituição da República**.

**Os postulados constitucionais** *que consagram a presunção de inocência*, de um lado, **e a essencial dignidade da pessoa humana**, de outro, **repudiam, por ilegítimas**, práticas estatais **que convertem** atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou réus em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral**.

**O dever de proteção** das liberdades fundamentais asseguradas no texto da Constituição da República **representa** encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se, sob pena de frustração de conquistas históricas** que culminaram, **após** séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, **na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional**.

Na realidade, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso*, resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo, **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem a que**

**ADPF 395 / DF**

**prevaleça, no âmbito de qualquer persecução penal movida** pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria Constituição da República – devem ser assegurados todos os meios e recursos* inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura, desse modo, como exigência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade do Estado, cuja atuação **sofre, necessariamente,** os condicionamentos que o ordenamento jurídico **impõe** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

**Daí a observação** de LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição – ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:**

- *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*

**ADPF 395 / DF**

- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione*” (grifei)

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria, ao menos, Senhora Presidente, enquanto este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas, as causas** submetidas ao seu exame e decisão.

**É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais** daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **a agenda permanente** desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua **destinação institucional, de velar pela supremacia** da Constituição e **de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

**Com efeito, a necessidade de outorgar-se**, em nosso sistema jurídico, **proteção judicial efetiva** à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, Senhores Ministros, **mostra-se relevante ter sempre presente 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**



ADPF 395 / DF

**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*.

**É por essa razão** 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 públicas, **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 perpetrado por agentes e autoridades estatais.

**Daí**, Senhora Presidente, *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)*

**Essa mesma percepção** a propósito da *vocação protetiva do processo penal*, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais, **é também perfilhada** por *autorizadíssimo (e contemporâneo)* magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial

ADPF 395 / DF

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, “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, Senhores Ministros, 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 cuja 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.

ADPF 395 / DF

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

*Nesse contexto, Senhora Presidente, 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 e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.*

*Não se desconhece, Senhores Ministros, que se revela inquestionável a essencialidade da atividade probatória ("nulla accusatio*

ADPF 395 / DF

*sine probatione*") que se deve realizar **no curso** dos procedimentos estatais de persecução criminal, **sempre** com o objetivo de apurar e de esclarecer a verdade real **em torno** do fato delituoso, **circunstância que põe em evidência**, com particular destaque, entre outros meios instrumentais, **a condução coercitiva**.

Nesse contexto, a **condução coercitiva** – **designada** como condução “*debaixo de vara*” pelo Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 (art. 95) – **qualifica-se**, *juridicamente*, como instrumento **destinado** a viabilizar o **depoimento** de testemunhas, a **declaração** de vítimas ou ofendidos e, *ainda*, o **esclarecimento** de peritos quanto ao laudo técnico por eles produzido.

**Vê-se**, daí, **que a utilização**, *sempre excepcional*, desse meio instrumental **não constitui** uma finalidade em si mesma, **pois a condução coercitiva não se esgota em si própria**, na medida em que objetiva a realização de fins autorizados pela legislação.

**Para que se legitime essa extraordinária medida**, **impõe-se que a condução coercitiva** – **tratando-se de testemunhas, ofendidos ou peritos** – **atenda a determinados requisitos**, sob pena de o emprego dessa providência excepcional **constituir prática estatal abusiva e transgressora** das normas **que compõem** o ordenamento positivo do Estado.

**Entendo**, bem por isso, **que o mandado de condução coercitiva**, para ser *validamente expedido e efetivado*, **depende**, *quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos*, da conjugação de determinados pressupostos, a seguir indicados: (a) **prévia e regular intimação pessoal** daquele que é convocado a comparecer perante autoridade estatal competente, (b) **não comparecimento** ao ato processual designado e (c) **inexistência** de causa legítima **que justifique** a ausência ao ato processual que motivou a convocação.

**ADPF 395 / DF**

Essa percepção do tema encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 660, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/707-708, 15ª ed., 2014, Saraiva; ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, “Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro”, vol. II/53, item n. 609, 1942, Freitas Bastos; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO HENRIQUE COLNAGO, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 234, 2015, Saraiva; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 516, item n. 10.1.10.10.3, 2014, Saraiva; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 356/357, 2012, Saraiva; EDILSON MOUGENOT BONFIM, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 483, 4ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em face de sua extrema pertinência, a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 537, item n. 14-A, 16ª ed., 2017, Forense):

*“(…) realizar a condução coercitiva, diretamente, sem que a testemunha tenha sido previamente intimada para uma audiência – não tendo comparecido – é uma evidente ilegalidade. Jamais se pode ‘criar’ ou ‘inventar’ no contexto das ciências criminais, onde impera o princípio da legalidade. (…) No entanto, inexistente argumento mais absurdo do que sustentar o seguinte: se o juiz poderia decretar a temporária, obrigar o sujeito ‘apenas’ à condução coercitiva é proporcional e adequado. A ficção estabelecida é muito simples, pois as testemunhas de um processo-crime ‘não são suspeitas do cometimento do delito’ e não é cabível prisão temporária. Por outro lado, quem for suspeito não pode ser conduzido coercitivamente, sob o pretexto de ser testemunha, para, no fim, produzir prova contra si mesmo – o que é renegado pelo princípio da presunção de inocência. Enfim, ‘não existe’ condução coercitiva de testemunha, sem que esta deixe de comparecer a um ato processual para o qual foi devidamente intimada. Se houver, é abuso de autoridade. Não há’ condução coercitiva de suspeitos para prestarem*

ADPF 395 / DF

*declarações, pois existem o direito ao silêncio e a ausência de obrigação de produzir prova contra si mesmo. Se for feita, constitui abuso de autoridade.” (grifei)*

**Mesmo que se registre** a configuração de referido trinômio (prévia e regular intimação pessoal, não comparecimento e inexistência de justa causa), **ainda assim impor-se-á, quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos**, que a condução coercitiva **tenha sido ordenada por autoridade judiciária competente, pois** a adoção dessa medida **está sujeita à observância da reserva de jurisdição, considerada** a relevantíssima circunstância de que a providência em causa, **embora não implique supressão da liberdade do conduzido, provoca, no entanto, restrição temporária** ao direito de ir, vir e/ou permanecer do indivíduo, **que fica impossibilitado, durante a prática do ato que motivou a condução coercitiva, de agir com autonomia.**

**Se é certo, portanto, como assinala** HÉLIO TORNAGHI (“Instituições de Processo Penal”, vol. 3/201, 2ª ed., 1977, Saraiva), que a condução coercitiva **não envolve detenção preventiva da pessoa por ela atingida, não é menos exato** que aquele que é constrangido a comparecer a determinado ato processual **fica submetido, temporariamente, a um “estado de apreensão”, sob vigilância** do Poder Público.

**É por tal razão que se tem entendido** que “A condução coercitiva (...) possui natureza jurídica de medida cautelar de coação pessoal”, **pelo que o indivíduo se vê** “privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível” (DIOGO MALAN, “Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal”, “in” Boletim do IBCCrim, n. 266, p. 02/04, jan/2015).

O ordenamento jurídico brasileiro – **embora admita** a possibilidade da condução coercitiva *de testemunhas, de vítimas ou ofendidos e de peritos técnicos, uma vez atendidos* os requisitos legais **que lhe condicionam**

ADPF 395 / DF

o *válido emprego* – **encontra limitação** de ordem constitucional no que concerne à pessoa **sob investigação penal ou persecução criminal em juízo**.

*Com efeito*, o exame da declaração constitucional de direitos **permite reconhecer** que aquele que se acha sob persecução penal (em juízo **ou** fora dele) **possui** direitos **e titulariza** garantias **plenamente oponíveis** ao Estado e aos seus agentes, **nesse ponto residindo a própria razão de ser** do sistema de liberdades públicas **que se destina**, em sua vocação protetiva, **a amparar** o cidadão **contra** eventuais excessos, abusos **ou** arbitrariedades **emanados** do aparelho estatal.

**Cabe lembrar**, por necessário, **a jurisprudência** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **em torno** da matéria **pertinente à posição jurídica** que o indiciado – e, *com maior razão*, o próprio réu – **ostenta** em nosso sistema normativo, **e que lhe reconhece direitos e garantias inteiramente oponíveis ao poder do Estado por parte** daquele que sofre a persecução penal:

**“INQUÉRITO POLICIAL – UNILATERALIDADE – A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO**

– O *inquérito policial*, que constitui instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo **destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público**, que é – enquanto ‘dominus litis’ – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

**A unilateralidade** das investigações preparatórias da ação penal **não autoriza** a Polícia Judiciária **a desrespeitar** as garantias jurídicas **que assistem** ao indiciado, **que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações**.

**O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias**, legais e constitucionais, **cujas inobservâncias**, pelos agentes do Estado, **além** de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, **pode gerar** a absoluta desvalia das provas **ilicitamente** obtidas no curso da investigação policial.”

(RTJ 168/896-897, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

ADPF 395 / DF

**Para além** da própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **no sentido** de que o indiciado ou réu **qualifica-se, em face dos poderes persecutórios do Estado, como sujeito de direitos, cabe destacar** que o legislador, **ao editar** a Lei nº 13.245, de 12/01/2016, **introduziu** no art. 7º do *Estatuto da Advocacia* (Lei nº 8.906/94) **o inciso XXI**, cujo texto **reconhece** ao Advogado **uma inafastável prerrogativa de ordem profissional**:

**“Art. 7º (...).**

.....  
**XXI – assistir** os 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 (...).” (grifei)**

**Não custa advertir**, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida **no âmbito** desta Suprema Corte (**MS 23.576/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que o respeito** aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, **constitucionalmente**, a organização do Estado Democrático de Direito, **longe de comprometer** a eficácia das investigações e persecuções penais, **configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas** desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público **ou** pelo próprio Poder Judiciário.

**A pessoa** contra quem se instaurou persecução penal – **não importa** se em juízo **ou** fora dele – **não se despoja, mesmo que se cuide de simples indiciado, de sua condição de sujeito de determinados direitos e senhor de garantias indisponíveis, cujo desrespeito só põe em evidência** a censurável (e inaceitável) **face arbitrária** do Estado, **a quem não se revela lícito desconhecer** que os poderes de que dispõe **devem** conformar-se,



ADPF 395 / DF

necessariamente, ao que prescreve o ordenamento positivo da República.

Esse entendimento – que reflete a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída sob a égide da vigente Constituição – encontra apoio na lição de autores eminentes, que, não desconhecendo que o exercício do poder não autoriza a prática do arbítrio, ênfatizam que, mesmo em procedimentos inquisitivos instaurados no plano da investigação policial, há direitos titularizados pelo indiciado, direitos esses que simplesmente não podem ser ignorados, muito menos desrespeitados, pelo Estado.

Cabe referir, nesse sentido, o magistério de FAUZI HASSAN CHOUKE (“Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, p. 74, item n. 4.2, 1995, RT), de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Polícia Civil e as Garantias Constitucionais de Liberdade”, “in” “A Polícia à Luz do Direito”, p. 17, 1991, RT), de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 383, 1993, Saraiva), de ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE (“O Indiciado: de Objeto de Investigações a Sujeito de Direitos”, “in” “Justiça e Democracia”, vol. 1/181, item n. 4, 1996, RT), de PAULO FERNANDO SILVEIRA (“Devido Processo Legal – Due Process of Law”, p. 101, 1996, Del Rey), de ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“Inquérito Policial e Ação Penal”, p. 60/61, item n. 48, 7ª ed., 1998, Saraiva) e de LUIZ CARLOS ROCHA (“Investigação Policial – Teoria e Prática”, p. 109, item n. 2, 1998, Saraiva), entre outros.

Tenho para mim, por isso mesmo, que se revela inadmissível, sob perspectiva constitucional, a possibilidade de condução coercitiva do investigado, do indiciado ou do réu, especialmente se se analisar a questão sob a égide da própria garantia do devido processo legal, inclusive da prerrogativa contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.

ADPF 395 / DF

*Com efeito, o exame da cláusula do “due process of law” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se, entre eles,** por sua inquestionável importância, **o privilégio contra a autoincriminação,** direito público subjetivo, de estatura constitucional, **assegurado a qualquer** pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política (RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).*

*A prerrogativa contra a autoincriminação, **tal como tem sido compreendida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal** (ADPF 144/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reveste-se de conteúdo abrangente, por envolver, em seu âmbito de proteção, sempre em favor** daquele **que sofre** a persecução penal, **entre outras faculdades jurídicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser tratado,** pelos agentes do Estado, **como se culpado fosse, antes** do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **(c) de recusar-se a participar,** ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (RTJ 141/512), **tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito** de perícia criminal (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) **e (d) de não ser obrigado a cooperar** na investigação penal dos fatos (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).*

*Na realidade, **ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal** (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO).*

**ADPF 395 / DF**

**Trata-se de prerrogativa**, que, **no autorizado magistério** de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), “***constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...)***” (grifei).

**A jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado**, de modo consistente, os direitos e garantias que assistem a **qualquer** pessoa sob investigação estatal **ou** persecução penal.

**Não custa rememorar**, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, **em tema** de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, **vem construindo**, no exercício de sua jurisdição constitucional, **verdadeira jurisprudência das liberdades**, com decisões que proclamam e asseguram a **qualquer** pessoa, entre outras importantes prerrogativas jurídicas, **o direito** de ser presumida inocente **até que sobrevenha** condenação penal **transitada** em julgado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **o direito de não ser** tratada como se culpada fosse (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, ainda, **o direito** de permanecer em silêncio (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Supremo Tribunal Federal, bem por isso, **ao assegurar**, jurisdicionalmente, **o direito fundamental** à presunção de inocência, **tem advertido**, reiteradas vezes, que as acusações penais **já se presumem** provadas, eis que o ônus da prova **incumbe**, exclusivamente, a quem acusa (“*nulla accusatio sine probatione*”):

“(...) **É sempre importante reiterar** – **na linha** do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **consagrou** na matéria – **que nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete**, ao réu, **demonstrar a sua inocência**. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público, **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. **Já não mais**

ADPF 395 / DF

*prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, a obrigação **de o acusado provar a sua própria inocência** (**Decreto-lei nº 88**, de 20/12/37, art. 20, n. 5). **Precedentes.**"*

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

**Assiste** a **qualquer** pessoa **regularmente** convocada para depor perante autoridade pública (seja esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa) **o direito de manter-se em silêncio**, **sem** se expor – **em virtude do exercício legítimo dessa faculdade** – a **qualquer** restrição em sua esfera jurídica, **desde que** as suas respostas às indagações que lhe venham a ser feitas **possam acarretar-lhe grave dano** (“*nemo tenetur se detegere*”).

**Convém assinalar**, neste ponto, que, “**Embora aludindo ao preso**, a interpretação da regra constitucional **deve ser** no sentido de que a garantia abrange **toda e qualquer pessoa**, pois, diante da **presunção de inocência**, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a **prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação**” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT – grifei).

**É por essa razão que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **reconheceu** esse direito **também em favor** de quem presta depoimento **na condição de testemunha**, **advertindo**, então, que “**Não configura** o crime de falso testemunho, quando a pessoa, **depondo como testemunha**, **ainda que compromissada**, deixa de revelar fatos que **possam incriminá-la**” (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).

**Esse direito**, na realidade, **é plenamente 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

ADPF 395 / DF

de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, *p. ex.*).

**Cabe registrar** que a cláusula legitimadora **do direito ao silêncio**, ao explicitar, *agora em sede constitucional*, o postulado **segundo o qual** “*Nemo tenetur se detegere*”, **nada mais fez** senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Constituição de 1988, **diretriz fundamental** proclamada, **desde 1791**, pela **Quinta Emenda** que compõe o “*Bill of Rights*” norte-americano.

**O direito de** o indiciado/acusado (ou testemunha) **permanecer em silêncio** – consoante **proclamou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, *de maneira mais incisiva*, em *Miranda v. Arizona* (1966) – **insere-se no alcance concreto** da cláusula constitucional **do devido processo legal**.

**A importância** de tal 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 **proferido no ano de 2000**, **voltou a reafirmar** essa “*landmark decision*”, **assinalando** que as diretrizes **nela** fixadas (“*Miranda warnings*”) – **dentre 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 ...*”).

ADPF 395 / DF

**Cumpre rememorar**, bem por isso, **que o Pleno** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 68.742/DE**, Red. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO (DJU de 02/04/93), **também reconheceu** que ninguém pode, em virtude do princípio constitucional **que protege qualquer** acusado ou indiciado **contra** a autoincriminação, **ser constrangido** a produzir prova contra si próprio **ou, então, sofrer**, em função do **legítimo exercício** desse direito, **restrições** que afetem o seu “*status libertatis*”.

A Suprema Corte brasileira, **fiel aos postulados constitucionais** que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, **ênfaticamente** **que qualquer indivíduo** “*tem, entre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’*. *Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal*” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Em suma: o direito ao silêncio** – e o de não produzir provas contra si próprio – **constitui** prerrogativa individual **que não pode ser** desconsiderada **por qualquer** dos Poderes da República.

**Cabe enfatizar**, ainda – e como **natural decorrência** dessa insuprimível prerrogativa constitucional –, **que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição** de ordem jurídica à situação individual da pessoa **que invoca essa cláusula de tutela** **pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio**. **Daí a grave – e corretíssima – advertência** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT), **para quem o direito de permanecer calado** “*não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem*”.

Esse **mesmo entendimento**, por sua vez, é perfilhado por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”,

**ADPF 395 / DF**

p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), **que repele**, por **incompatíveis** com o **novo** sistema constitucional, **quaisquer** disposições legais, **ou** prescrições regimentais, **ou, ainda**, práticas estatais que autorizem inferir do exercício do direito ao silêncio **inaceitáveis consequências prejudiciais** à defesa, aos direitos e aos interesses do réu, do indiciado **ou** da pessoa meramente investigada, **tal como já o havia proclamado** o Supremo Tribunal Federal **antes da edição** da Lei nº 10.792/2003, que, **entre** outras modificações, **alterou** o art. 186 do CPP (**RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

**É importante insistir**, portanto, na asserção de que, **mesmo** o indiciado, **quando submetido** a procedimento inquisitivo, **de caráter unilateral** (perante a Polícia Judiciária **ou** uma CPI, *p. ex.*), **não se despoja** de sua condição **de sujeito** de determinados direitos e **de titular** de garantias indisponíveis.

O que se revela importante registrar, neste ponto, **é uma simples, porém necessária, observação**: a função estatal de investigar **não pode resumir-se** a uma sucessão de abusos **nem deve** reduzir-se a atos que importem em violação de direitos **ou** que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis da República. **O procedimento estatal** – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – **não pode transformar-se** em instrumento de prepotência **nem converter-se** em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins **não** justificam os meios. **Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos** pelos órgãos, pelos agentes **ou** pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam **ou** julgam, **não estão exonerados** do dever de respeitar os **estritos** limites da lei e da Constituição, **por mais graves** que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

ADPF 395 / DF

**Cabe advertir**, no entanto, **tal como relembrou** em seu douto voto o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **que a exigência de respeito** aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional **não frustra nem** impede o exercício pleno, por **qualquer** órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, **a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal**. **Esse dever de obediência** ao regime da lei **impõe-se a todos** – a magistrados, a administradores e a legisladores.

**É, portanto, na** Constituição **e nas** leis – **e não na busca pragmática de resultados**, independentemente da **adequação** dos meios à disciplina **imposta** pela ordem jurídica – **que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão** que emergem do estado de permanente conflito **entre** o princípio da autoridade **e** o valor da liberdade.

**O que simplesmente se revela intolerável, e não tem sentido, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à “rule of law”, é a sugestão** – **que seria paradoxal, contraditória e inaceitável** – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis **possa traduzir** fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

**O respeito efetivo** aos direitos individuais **e** às garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral **representa**, no contexto de nossa experiência institucional, **o sinal mais expressivo e o indício mais veemente** de que se **consolida**, em nosso País, **de maneira real**, o **quadro democrático** delineado pela **mais democrática de todas** as Constituições que o Brasil já teve: a **Constituição republicana de 1988**.



ADPF 395 / DF

**O entendimento** de que a pessoa **sujeita** a atos de persecução penal **não pode 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 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 precisa**, neste ponto, **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, **a lição ministrada** pelo eminente Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica”, “in” Revista do Advogado/AASP nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994):

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

ADPF 395 / DF

**A impossibilidade constitucional** de constranger-se o indiciado ou o réu a comparecer, *mediante condução coercitiva*, perante a autoridade policial ou a autoridade judiciária, *para fins de interrogatório*, resulta não só do sistema de proteção das liberdades fundamentais, **mas, também, da própria** natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, **qualificável como meio de defesa do acusado, especialmente em face do novo tratamento normativo que lhe conferiu a Lei nº 10.792/2003, tal como expressamente o reconhece *autorizadíssimo magistério doutrinário*** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.).

Essa particular qualificação do interrogatório *como meio de defesa* permite que nele se reconheça a **condição** de instrumento **viabilizador** do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

**É por isso** que LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 486, item n. 2, 2002, RT), **enfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado, põe em destaque** os aspectos ora mencionados, **assinalando, com inteira procedência, que, “(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira**

ADPF 395 / DF

*máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o 'direito ao silêncio' (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais" (grifei).*

**Mostra-se importante lembrar**, no ponto, que esse entendimento **tem o inteiro beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema, como se vê**, p. ex., de decisão **proferida em 2008** motivada pela superveniência da Lei nº 10.792/2003:

**"O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU**

*– Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes."*

(HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

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

ADPF 395 / DF

**A justa preocupação** da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas *meramente acusadas* de práticas delituosas **tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos,** um dos tópicos **mais sensíveis e delicados** da agenda dos organismos internacionais, *seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, instrumentos que reconhecem a qualquer réu, entre* outras prerrogativas eminentes, *o direito de não produzir provas* contra si próprio *e o de não ser considerado culpado,* pelo Estado, **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, **cabendo referir, por relevante, nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Artigo 48, n. 1) **e a Convenção Europeia** dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2).

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

*“A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (‘TEDH’) compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência. Apenas a pessoa ‘objecto de uma acusação penal’ dela pode beneficiar. Os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. A presunção de inocência ‘exige [...] que os membros de um tribunal não partam da idêia pré-concebida de que o arguido cometeu a infracção que lhe é imputada’. O órgão jurisdicional não pode declarar um arguido culpado antes de estar efectivamente provada a sua*

**ADPF 395 / DF**

*culpabilidade. Um arguido não deve ser detido preventivamente excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa for sujeita a prisão preventiva, deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida. O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor do arguido. Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder a quaisquer perguntas. Normalmente o arguido não deve contribuir para a sua própria incriminação. Os seus bens não devem ser confiscados sem um processo equitativo." (grifei)*

Essa é a razão pela qual não tem sentido adotar-se medida cautelar, de caráter restritivo, contra alguém, como a condução coercitiva do indiciado ou do réu, para interrogatório, sob o fundamento (absolutamente equivocado) de que a pessoa sujeita à persecução penal não se mostrou disposta a colaborar com o Estado, recusando-se, até mesmo, a expor a sua versão para os fatos que lhe foram imputados.

Impende assinalar, neste ponto, uma vez mais, tendo em vista o estado da questão ora em exame, que a condução coercitiva do investigado ou do réu, para efeito de interrogatório, revela-se ilegítima, como anteriormente destacado, eis que a pessoa exposta à persecução estatal tem o direito de não comparecer ao ato de sua própria inquirição, a significar que esse direito de ausência afasta a possibilidade de ela vir a ser submetida à medida extraordinária a que se refere o art. 260 do Código de Processo Penal.

Daí o inteiro acerto da afirmação feita pelo eminente Relator sobre esse ponto específico:

*"Para que a condução coercitiva fosse legítima, ela deveria destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.*

**ADPF 395 / DF**

*Veja-se a condução da testemunha, por exemplo. Existe o dever de depor como testemunha – art. 202 do CPP. O testigo deve fazer-se presente na hora e no local assinalados na intimação. Inexiste a prerrogativa de fazer-se ausente.*

*A condução coercitiva da testemunha faltante é simples meio de exigir o cumprimento do dever de apresentar-se para depor – art. 218 do CPP.*

*Nesse caso, há uma finalidade claramente estabelecida, a ser afirmada por medidas proporcionais, conferidas pelo legislador.*

*Em sentido semelhante, a condução coercitiva ‘quando houver dúvida sobre a identidade civil’ do imputado seria uma possibilidade, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP.*

*Ainda que não pare dúvida sobre a identidade, pode-se cogitar da condução coercitiva para a qualificação do acusado, correspondente à primeira parte do interrogatório, relativa à pessoa do acusado – art. 187, § 1º, e art. 185, § 10, do CPP. Nesse ponto, o acusado não tem direito ao silêncio. A qualificação foi inserida legalmente como fase do interrogatório, na forma do art. 187 do CPP. Logo, sob tal aspecto, a realização da qualificação poderia justificar a condução coercitiva.*

.....  
*De qualquer forma, nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença, na forma do art. 260 do CPP. O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação.*

*A diferença dessas hipóteses em relação à condução para o interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente a este último. Pelo contrário, do sistema normativo, o que se deduz é que há um direito subjetivo a não comparecer ao interrogatório, policial ou judicial.*

*Durante a instrução processual, a ausência do réu solto tem como consequência o prosseguimento da ação penal à sua revelia –*

ADPF 395 / DF

arts. 367 e 457 do CPP. **Mesmo o réu preso pode abrir mão de estar presente ao próprio julgamento pelo Tribunal do Júri – art. 457, § 2º, do CPP.**

.....  
**No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio.**

***Aí reside a falácia principal que fundamenta a condução coercitiva: a alegação de que seria um ‘minus’ em relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato, menos gravosa do que a prisão preventiva.***

**A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar.**

**Por isso, a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado ou réu não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.” (grifei)**

**Cabe advertir, portanto, presentes tais razões, que a ausência de colaboração do indiciado ou do réu com as autoridades públicas, *de um lado, e o exercício* da prerrogativa **constitucional** contra a autoincriminação, *de outro, não podem erigir-se em fatores subordinantes* da decretação de prisão cautelar **ou** da adoção de medidas que restrinjam **ou** afetem a esfera de liberdade jurídica de *de qualquer* réu, **como resulta claro** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:**

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

ADPF 395 / DF

**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 autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. (...).  
(HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Nem se invoque, finalmente, o argumento de que a condução coercitiva do indiciado ou do réu, para interrogatório, independentemente de prévia e regular intimação, justificar-se-ia em face do poder geral de cautela do magistrado penal.**

**Extremamente pertinente, no ponto, a advertência que faz o ilustre magistrado RODRIGO CAPEZ, consubstanciada em magnífica lição, quando assinala, com absoluta precisão e em face do postulado constitucional da legalidade estrita em matéria processual penal, que inexistente, no processo penal, o poder geral de cautela dos Juízes.**

**Eis, nesse ponto, o magistério exposto por esse brilhante magistrado paulista:**

**“No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao**



**ADPF 395 / DF**

**juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei.**

**Trata-se do chamado poder geral de cautela, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).**

**Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.**

**O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto 'legalidade da repressão', como exigência de tipicidade ('nulla coactio sine lege') das medidas cautelares, a implicar o **princípio da taxatividade**: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.**

**O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.**

**No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.**

.....  
**Para Vittorio Grevi, é indubitável o significado garantístico do princípio da legalidade, sob o perfil da taxatividade, por vincular rigorosamente às previsões legislativas o exercício da 'discricionariedade' do juiz em matéria de limitação da liberdade da pessoa.**

.....  
**Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se a um número fechado de hipóteses, 'sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)' do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.**

**ADPF 395 / DF**

*Trata-se de uma enumeração exaustiva ('numerus clausus'), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa ('numerus apertus').*

.....  
***Nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal, 'se o acusado não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença'.***

***Analogamente, os artigos 201, § 1º, e 218 do Código de Processo Penal estabelecem que, se o ofendido ou a testemunha, regularmente intimados, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sua inquirição, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva.***

***Como se observa, a 'ratio' da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.***

***Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se, ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.***

***Essa medida não tem justificção constitucional, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio. Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se ele goza do privilégio contra a autoincriminação?" (grifei)***

***Esse, também, é o magistério do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ("Processo Penal", p. 1.113/1.114, item n. 18.2.6.6, 6ª ed., 2018, RT):***

***"Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao***

ADPF 395 / DF

direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima.  
(...).

.....  
*Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF art. 5.º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis." (grifei)*

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênia, Senhora Presidente, para acompanhar, integralmente, o magnífico voto proferido pelo eminente Relator.

**É o meu voto.**

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO DOS TRABALHADORES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:THIAGO BOTTINO DO AMARAL</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TECIO LINS E SILVA</b>

**APARTE**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Esse é um ponto, Ministro Celso, se Vossa Excelência me permite, extremamente relevante, porque, de fato, não se pode usar, como se disse ontem aqui, a condução coercitiva como um *minus* em relação à prisão provisória ou à prisão cautelar, como se pudesse usar a prisão para fins de interrogatório. Na verdade, é permitir a prisão com fins de tortura, de *constraint*, que a Constituição não permite. Portanto, esse tipo de consideração não encontra abrigo no sistema constitucional brasileiro e em nenhum sistema democrático: A prisão para interrogatório, para investigar. Não! Então, *data venia*, isso não pode transitar, como Vossa Excelência bem claramente enfatizou.

Por outro lado, também é bom que se diga que essas garantias militam em favor de todos, militam em favor da cidadania. Não venhamos aqui fazer discurso de que esse é o benefício do rico ou o benefício do pobre. Nada disso!

Presidente, lembrando o célebre Pedro Aleixo: Se nós validarmos

**ADPF 395 / DF**

aqui fórmulas autoritárias, o que o guarda da esquina vai fazer? É isso o que é relevante, se nós aqui nas alturas validarmos esse tipo de prova. Quem conversa com os advogados sobre essas conduções coercitivas, Ministro Fux, sabe que essas pessoas ficam em salas e são advertidas de que o outro está falando sobre você. É esse tipo de prática.

Nós estamos acompanhando na Turma, com muito constrangimento, vários dos casos, Doutor Luciano, que tiveram a participação do hoje notório Marcelo "Maçaranduba" Miller. Certamente, todos nós ficamos com constrangimento, porque não sabemos a que peso se fez, como foram conduzidos os inquéritos. Todos eles com a mesma marca: casos, Ministro Fux, de gravação, casos de manipulação desse tipo. E agora nós nos perguntamos: Será que ele usou o mesmo método, o mesmo móvel que ele usou no caso JBS? Estava motivado pelas mesmas causas, pelos mesmos interesses, pelos mesmos pagamentos, tendo cobrado honorários do Trench Watanabe, enquanto o trabalho era prestado na Presidência da República? Acompanhava já o seu cliente, estando vinculado à Procuradoria. Veja a que ponto chegamos: A coisa extremamente grave dentro dessa emboscada toda, altamente constrangedora para todos.

Falou-se aqui, Ministro Celso, que agora se tem um novo sistema. E aí? Que novo sistema era esse, Ministro Fux, em que um advogado e um procurador se acoplavam e passavam a operar delações, mediante pagamento? Fernanda Tórtima, Marcelo Miller? Que moderno sistema é esse? Isso tem nome, e não é sistema moderno.

Se isso não tivesse sido revelado, muito provavelmente a Procuradoria, Presidente, estaria envolta em um grande *case* de corrupção que envolveria o Supremo, porque é esta Corte que homologa essas delações. Nesse contexto das grandes conduções coercitivas, infelizmente - felizmente para as nós -, esses fatos foram descobertos não por ação própria nossa, mas por revelação dos próprios delatores, que tinham o hábito de se auto-gravarem.

Não foi o sistema, Ministra Rosa, que detectou isto. Vossa Excelência, inclusive, pediu investigação, não sei se elas chegaram a cabo, porque o Doutor Janot chegou a dizer que Ministros do Supremo estavam

**ADPF 395 / DF**

envolvidos, tentando encontrar uma saída pela esquerda, pela direita ou seja lá por... para uma lambança! Para uma lambança!

Isto, quando for olhado com a perspectiva histórica, vai ser visto como algo extremamente trágico. E isto fazia parte do arcabouço. Conduções coercitivas lançadas com base no art. 260 que não têm nada a ver com o art. 260. A rigor: "Ah, mas o artigo 260 estava em vigor já há mais de 60 anos!" Não é nada disso que se trata! Nunca se aplicou o art. 260! Ele começa a ser aplicado com esta versão, em 2013, nas operações. Portanto, isto é extremamente grave! Extremamente grave! E é bom que se tenha consciência, porque tem consequências! Tem consequências no uso desse tipo de prática, mas, na verdade, isso faz parte de um complexo.

Ainda na semana - nesta semana e na semana passada -, nós discutimos uma ação proposta contra o Senador José Agripino. E, lá, aparece o indefectível Miller fazendo gravações e oferecendo acordo em um processo que tramitaria nas instâncias estaduais. Quer dizer, tudo isto precisa ser olhado. Combate à corrupção, excelente, importante, relevante! Na forma da lei!

São extremamente relevantes, portanto, Ministro Celso, os pontos que Vossa Excelência está trazendo, que não têm nada a ver com justiça de classe. Aqui, a rigor, estava em jogo algo que é clássico no constitucionalismo, que é a ideia do *rule of law*, que remonta a João Sem Terra, com todas as revoluções. E qualquer reinvento aqui é extremamente perigoso, como nós acabamos de ver. Certamente, ainda não sabemos todas as mazelas desse sistema.

Recentemente, um jornal publicava que a JBS entrou com uma ação, nos Estados Unidos, contra o escritório que empregou o Miller no Brasil, por se dizer enganada. Veja as consequências disto para todo o sistema. Um Procurador que atua ora como Procurador ora como advogado. Em que fase ele deixou de ser Procurador ou atuou como advogado? Quem é que sabe? Considerando, inclusive, as delações que se faziam ao par, com advogados escolhidos. Tudo isto precisa ser devidamente escrutinado. E uma das peças desse tipo de armação autoritária, sem dúvida nenhuma,

**ADPF 395 / DF**

passou a se constituir a condução coercitiva, que não tem a ver com a redação original do art. 260. Tanto é que eu, na admissibilidade, coloquei que não se tratava apenas de debate sobre a lei, mas sobre a sua interpretação, os casos que se colocaram. Porque, de fato, se se examinar é a partir de 2013, num contexto muito específicos desse combate ao crime organizado, que o tema se coloca.

14/06/2018

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Início por cumprimentar as competentíssimas sustentações orais, o que já foi feito pelos Senhores Ministros. Não posso deixar de mencionar a excelência das manifestações, a começar pela do Vice-Procurador que também estava aqui presente na quarta-feira passada, Doutor Luciano Maia, também dos Senhores Advogados. Como foram vários, faço o cumprimento de cada um na pessoa do Senhor Procurador Advogado Doutor Técio Lins e Silva. Esses Advogados, como o Doutor Luciano Maia, trouxeram a ênfase necessária aos pontos a serem considerados nessas duas arguições, cujo tema é, como também já foi reiterado aqui nos votos que me antecederam, de significado maior no Direito, no Direito Constitucional e para as liberdades públicas.

Toda restrição a direitos, mais ainda ao direito à liberdade individual, importa, de alguma forma, numa restrição ou num impacto, pelo menos, no acervo das liberdades fundamentais historicamente conquistadas. A imposição de qualquer cerceio ou qualquer restrição à liberdade há de ser feita, portanto, nos termos da legislação vigente para os estritos fins a que se destina o papel do Estado-Juiz ou do Estado-investigador.

Acho que melhor seria que nós nem tivéssemos mais um Direito Penal nos moldes e com o desenho atual. Não tenho dúvida de que haverá de ser repensado este modelo para que a constrição da liberdade individual possa ser superada por algum outro modelo de sanção que não importe em tão grave inserção na ordem de direitos fundamentais. Entretanto, é o que se tem e é o que se pratica. Também não tenho dúvida, e mais do que todo mundo, que tenho, desde pelo menos da década de 80, primeiro pela Pastoral Carcerária, hoje, como dever de ofício de juíza, andado pelas penitenciárias brasileiras, sabendo exatamente o que significa, Ministro Fachin um estado de coisas inconstitucional, o que



**ADPF 395 / DF**

torna tudo muito mais penoso, muito mais gravoso, muito mais sério para nós cidadãos brasileiros.

No entanto, temos um sistema e temos de cumprir a obrigação do Estado-Juiz, combinando isso com a Constituição que garante os direitos fundamentais.

Leio o dispositivo, portanto, que foi aqui questionado, o art. 260 do Código de Processo Penal - e o leio apenas para fins de alinhar o meu raciocínio e as observações que quero deixar resumidamente: "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo a sua presença" - com o parágrafo único dispondo o que deverá conter neste mandado.

Não há neste julgamento - que se estende por essas três sessões - qualquer indagação ou questionamento, por parte dos Ministros que votaram, quanto à imprescindível e insuperável necessidade de respeito aos princípios da dignidade humana, da legalidade estrita em matéria penal, da responsabilidade do Estado-investigador e do Estado-Juiz, e da limitação à competência, às atribuições de competência do juiz.

Não seria este Tribunal, comprometido com a guarda da Constituição da República, na qual o princípio democrático é a garantia dos direitos fundamentais - e que constitui razão de ser e compromisso permanente e histórico -, que faria qualquer tipo de questionamento.

Mesmo quem não acompanha o Ministro-Relator, na inteireza do seu voto, uma vez que as divergências foram parciais, não põe em dúvida, absolutamente em nenhum momento, a necessidade de respeito absoluto e integral aos direitos fundamentais. O que se tem, aqui, é uma interpretação distinta quanto à compatibilidade, ou não, do instituto da condução coercitiva com os direitos fundamentais, na forma interpretada e aplicada no Direito brasileiro, sem qualquer referência a abusos, até porque abuso é não Direito, e estamos discutindo Direito.

O que se põe em questão, portanto, nessas duas Arguições, é a compatibilidade entre a norma do art. 260 do Código de Processo Penal e os princípios magnos da Constituição da República, como aqueles que

**ADPF 395 / DF**

foram, reiteradamente, lembrados nos votos dos dez Ministros que me antecederam.

Respeitados os direitos fundamentais, portanto - e é com absoluto respeito às razões de cada qual dos dez votos exarados até aqui -, que peço vênias aos que entendem em sentido contrário, e exponho a minha compreensão quanto a esta forma processual no sentido de que, o que se contém na norma do art. 260, a meu ver, não colide com o que posto na Constituição da República, a ponto de considerá-la incompatível com esta.

Abusos praticados em investigação ou processo, em cujas situações se tenham exorbitado do que posto na norma do art. 260 do Código de Processo Penal, como a não intimação prévia, como não haver recalcitrância do intimado, como estar ausente a imprescindível motivação judicial para a providência adotada, têm de ser resolvidas nos termos da legislação vigente, mas não aniquilam o próprio instituto, na minha compreensão.

É certo que, todo e qualquer abuso é inaceitável, mas, para os excessos, há os meios jurídicos adequados. O que na norma se contém, nos termos do art. 260, no entanto, na minha interpretação não contraria, pelos termos aproveitados naquela regra, os direitos fundamentais, porque impedir o instituto de ser aproveitado para o cumprimento das funções do Estado-Juiz seria esvaziar uma competência necessária do Estado, que pode e deve ser compatibilizada, com pleno respeito, aos direitos fundamentais.

Concordo - e tenho para mim - que todos os Ministros estão de acordo quanto a não ser, minimamente aceitável, qualquer forma de abuso que venha a ocorrer em caso de condução coercitiva, de prisão ou de qualquer ato praticado por juiz, muito mais em matéria penal.

A espetacularização de práticas - que foi citada desde o voto do Ministro-Relator e que foi, inclusive, demonstrada por exemplos citados - é um mal gravíssimo que precisa ser impedido, e é certo que todo abuso não é direito.

O ser humano, seja ele quem for, e tenha feito o que for, não é troféu

**ADPF 395 / DF**

para ser exibido por quem quer que seja, menos ainda, quando, nos tempos em que vivemos, amostragens quase circenses podem conduzir à destruição física e moral do investigado, do acusado, do réu, de seus familiares, das comunidades que os rodeiam. E tal circunstância, portanto, não é admissível. Entretanto, não há previsão, nem é permitido pelo sistema jurídico vigente, esse tipo de prática que precisa e deve ser coarctado imediatamente.

Estas situações, quando ocorra, haverão de ter a resposta coerente com a providência adotada. Com certeza, qualquer abuso é inconstitucional, neste caso. O que não leva, contudo, na minha compreensão, a se ter, como autorizada, a extinção do próprio instituto, no caso, da condução coercitiva para fins de interrogatório, prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, quando tanto se der nos casos previstos em lei. Ou seja, a condução coercitiva, na forma interpretada, aplicada e praticada nos termos da lei, a meu ver, não contraria, por si só, direitos fundamentais.

O juiz não pode fazer senão o que lhe for legalmente autorizado. É a autorização constitucional ou legal, para ação do juiz, quanto a esse instituto, que faz com que ele cumpra o direito ou não. E se não cumpre, ele é despojado da autorização legal quando não houver a demonstração de atendimento; quando não houver demonstração de atendimento à prévia intimação; quando não houver motivação suficiente, e quando a determinação judicial de comparecimento não se der por motivo justificado.

O remédio usado indevidamente ou em excesso não faz do produto um mal em si. Há que se impor a quem lhe ministre indevidamente a responsabilidade pela sua causa.

Disse que a condução coercitiva vem de um período ditatorial. E é exata essa afirmativa. Entretanto, este instituto foi interpretado e aplicado sob a égide da Constituição de 1946 - e nunca se questionou que era uma Constituição democrática - e vem sendo aplicada sob a égide da atual Constituição.

Também, há de se lembrar que, outras normas que foram criadas

**ADPF 395 / DF**

naquele período e que não contenham incompatibilidade com as constituições que se sucederam, não têm porque ser retiradas se elas podem ser mantidas, desde que coerentes com o que se põe no sistema constitucional.

Portanto, na minha avaliação, não é pela data apenas que se tisa de mácula de ilegítima determinada norma.

Também, não vislumbro - e deixo isso claro no meu voto - qualquer confusão entre o instituto da condução coercitiva e o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, para plena eficácia do direito de não se incriminar, em toda a sua extensão, o que foi agora, no voto brilhantíssimo do Ministro Celso de Mello, amplamente minudenciado. Porém, o instituto da condução coercitiva, como posto no art. 260 do Código de Processo Penal, parece-me compatível com os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

Expondo com maior profundidade esses argumentos em voto escrito - e estou fazendo a juntada - é que peço vênia ao Ministro-Relator e aos que o acompanharam para votar no mesmo sentido da divergência, inaugurada pelo Ministro Edson Fachin.

A Ordem dos Advogados do Brasil pediu subsidiariamente que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do art. 260 do Código de Processo Penal para que não seja permitida a condução coercitiva sem a prévia intimação e não comparecimento injustificado e, apenas, neste caso. E foi o que Vossa Excelência, Ministro Fachin, acolheu para dar a parcial procedência e não permitir que, de qualquer modo, essa ampliação fosse adotada.

É nesse sentido que também estou concluindo, fazendo a remissão ao que vem sendo praticado e aceito pela jurisprudência, pelo menos até aqui, e considerando tudo que não tenha sido dentro dos quadrantes postos rigorosamente no art. 260, ou seja, como disse, com a prévia intimação, a ausência de uma justificativa para o não comparecimento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, essa divergência eu que abri. O Ministro Fachin, além disso, salvo engano, possibilita a questão do poder geral de cautela.

**ADPF 395 / DF**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim, mas sobre isso ainda não falei. É que fiz a leitura da parte dispositiva do voto do Ministro Edson Fachin quanto a este pedido. O que o Ministro-Relator e os que o seguiram disseram é que o Ministro fez referência específica à questão da condução coercitiva como posta no art. 260. O Ministro Fachin põe como um dos fundamentos, ou dos itens do seu voto, exatamente esta questão de que, ademais do art. 260, ele não exclui o poder geral de cautela. Vossa Excelência é que, ao votar, faz referência específica.

Estou com a parte dispositiva do voto de Vossa Excelência, no sentido da parcial procedência para excluir a possibilidade de decretação direta da condução coercitiva, sem prévia intimação e com base no poder geral de cautela. O Ministro Fachin, o Ministro Barroso, o Ministro Fux e eu mesma estamos votando no sentido de nos mantermos quanto a este ponto, exatamente nos termos que afirma o Ministro Fachin. Estamos divergindo do voto do Ministro-Relator, sem embargo de outro tema, e estamos, por isso mesmo, nos atendo ao pedido subsidiário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para impedir, quanto ao art. 260, essa ampliação.

E nesse sentido, portanto, como disse, fazendo a juntada do voto, que é mais longo e pormenorizado, e ainda fazendo referência - apenas realmente como uma referência, não vou fazer a leitura, porque é um item específico do meu voto - ao que foi aqui lembrado, que, num determinado caso, se se precisasse adotar a condução coercitiva, se o juiz assim entendesse, isso seria um *minus* em relação à prisão. E aqui se disse que a própria prisão para o interrogatório não é possível.

É preciso lembrar que se extrai dos votos, Ministro Gilmar, que não se afirmou que a prisão seria para este efeito, mas apenas para, como está no Código de Processo Penal, nos casos em que se permitisse a prisão. Apenas para deixar claro - como anoto todos os votos - que não foi esta a compreensão que aqui se exarou. E para ficar claro, principalmente, para os juízes brasileiros que vão aplicar esta decisão.

Portanto, com as vênias do Ministro-Relator, da Ministra Rosa, do

**ADPF 395 / DF**

Ministro Toffoli, do Ministro Ricardo Lewandowski, do Ministro Marco Aurélio e, agora, do Ministro Celso, estou votando no sentido de julgar parcialmente procedente a ADPF 444, quanto ao pedido subsidiário. Como o julgamento é conjunto, julgo parcialmente procedente, exatamente acompanhando o voto do Ministro Edson Fachin.

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395  
DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**  
**ADV.(A/S)** : **THIAGO BOTTINO DO AMARAL**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -  
IBCCRIM**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -  
IDDD**  
**ADV.(A/S)** : **DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB**  
**ADV.(A/S)** : **TECIO LINS E SILVA**

**VOTO**

**A Senhora Ministra Cármen Lúcia:**

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores/PT, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal quanto à prática de condução coercitiva para realização de interrogatório.

2. O Arguente afirma que *"o preceito fundamental violado é a liberdade individual, seja em sua dimensão abstrata como garantia individual (art. 5º, caput, da Constituição), seja especificamente na liberdade assegurada aos indivíduos de que não sejam compelidos, de qualquer forma e por qualquer meio, a produzirem provas contra si mesmos em processos criminais (art. 5º, LXIII, da Constituição)"*.

*Alega que "a vedação de autoincriminação constitui preceito fundamental que se encontra ameaçado em razão da legislação infraconstitucional prévia à edição da Constituição de 1988 (Art. 260, do CPP), bem como em razão da*

**ADPF 395 / DF**

*prática judiciária de determinar a condução coercitiva como medida cautelar autônoma para obtenção de depoimento de pessoa suspeita, investigada, indiciada ou acusada, no curso de investigação criminal, inquérito policial ou processo judicial”.*

Sustenta que, *“em um sistema punitivo adequado aos ideais de um Estado democrático de direito, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado, ou reservar-se e não se autoincriminar”.*

Assevera que *“a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo”.*

Eis o teor dos pedidos:

*“(i) declarar a não-recepção parcial do art. 260, do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva para a realização de interrogatório (seja de suspeitos, indiciados ou acusados); e,*

*(ii) declarar a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal”.*

3. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. A Câmara dos Deputados informou que o dispositivo impugnado foi recepcionado pela Constituição da República de 1988 com *status* de lei ordinária.

5. A Presidência da República anotou que *“a condução coercitiva isolada não consiste em restrição à liberdade ou qualquer outra espécie de segregação, outrossim, trata-se, tão somente, da imposição de cumprimento do*



**ADPF 395 / DF**

*dever legal de comparecimento”.*

6. O Senado Federal informou que *“a condução coercitiva tem papel de concretizar o direito constitucional à segurança com menor grau de restrição ao direito de liberdade do que uma eventual prisão cautelar (temporária ou preventiva)”.*

Afirma ser *“forçoso concluir que o Estado-Juiz tem o poder de determinar o comparecimento do acusado ao interrogatório, que é dever do acusado comparecer e que, caso este não o faça espontaneamente, é poder inerente (implícito) às suas funções do Estado-Juiz a determinação do cumprimento desta ordem por meio da condução coercitiva”.*

7. A Advocacia-Geral da União apresentou parecer pelo não conhecimento da ação por não ter sido juntada cópia do ato normativo impugnado e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

8. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido:

*“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 260 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS DO PROCESSO PENAL. DEVER DE DECLARAR OU PRODUZIR PROVA CONTRA SI. INEXISTÊNCIA. DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. CARÁTER PREFERENCIAL DA MEDIDA ANTE OUTRAS MAIS GRAVOSAS. RESTRIÇÃO RAZOÁVEL DA LIBERDADE INDIVIDUAL POR CURTO PERÍODO. DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O ART. 5º, CAPUT E LXIII, DA*

**ADPF 395 / DF**

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

- 1. Juntada de cópia do ato impugnado é essencial ao julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Deve oportunizar-se prazo para o requerente regularizar a petição inicial, em virtude do princípio da instrumentalidade. Código de Processo Civil, art. 321.*
- 2. Decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a possibilidade de o Poder Judiciário exercer poder cautelar para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade.*
- 3. Deferimento da medida prevista no art. 260 do Código de Processo Penal em face de réus ou investigados não afronta, por si, os princípios da liberdade individual e da vedação a autoincriminação, porquanto não acarreta ao conduzido dever de produzir prova em seu desfavor.*
- 4. Desde que justificada, condução coercitiva assegura efetividade da persecução penal e confere eficácia a outras medidas acautelatórias do processo penal, sem interferir de forma irrazoável na liberdade do conduzido.*
- 5. Parecer por improcedência do pedido”.*

Estes os elementos dos autos a serem examinados nesta sede judicial.

9. Preliminarmente, deve ser decidido o que alegado pela Advocacia-Geral da União, que suscitou a inépcia da petição inicial por não ter sido juntada cópia do dispositivo impugnado, conforme determina o art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999.

A norma questionada integra o Código de Processo Penal, diploma normativo de amplo conhecimento e de fácil acesso para todos, até mesmo pela rede mundial de computadores.

Pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, é de se

**ADPF 395 / DF**

superar a formalidade cuidada.

10. No mérito, devem ser analisadas separadamente a constitucionalidade de duas espécies de condução coercitiva previstas no direito processual penal.

**I – Condução coercitiva para interrogatório do réu ou oitiva do investigado ou acusado**

11. Essa modalidade de condução coercitiva está prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, no qual se estabelece:

*“Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.*

A norma trata de medida cautelar destinada a assegurar a prática de atos processuais, como o interrogatório, reconhecimento de pessoas e coisas ou qualquer outro que não possa ser realizado sem a presença do acusado.

Na espécie vertente, o Arguente alega a não recepção do art. 260 do Código de Processo Penal quando a condução coercitiva for utilizada para a realização do ato de interrogatório.

O interrogatório é dividido em duas fases. A primeira refere-se aos dados pessoais do acusado e a segunda, de mérito, trata dos fatos que lhe são imputados.

Nesse sentido é a doutrina pátria:

*“Distinguem-se, no interrogatório, duas partes. O chamado interrogatório de identificação é aquele por meio do qual o Juiz procura inteirar-se de que a pessoa em relação a quem foi proposta a*

**ADPF 395 / DF**

*ação penal é aquela que está presente à audiência para ser interrogada. Deverá, por isso, o acusado ser perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado civil, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade, e se sabe ler e escrever.*

*Terminado o interrogatório de identificação, o Juiz, em seguida, passará ao interrogatório de mérito, ou, como lhe chamam os autores italianos, interrogatório objetivo. Dando início a essa segunda parte, o Juiz deverá dar ciência ao imputado da acusação que pesa sobre ele. Depois de cientificado, o Juiz lhe formulará várias perguntas, como se vê pelo art. 188” (Tourinho Filho, Fernando da Costa, Manual de processo penal, 3 ed., p. 455, São Paulo: Saraiva, 2001).*

Nessa sistemática dúplice adotada no sistema jurídico quanto ao interrogatório, a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que o réu tem a obrigação de falar a verdade quando indagado sobre os seus dados pessoais, primeira fase, podendo se socorrer do direito ao silêncio somente na segunda fase, ou seja, quando perguntado sobre os fatos de que é acusado, mérito da ação penal.

Assim, por exemplo:

*“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUITA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do*

**ADPF 395 / DF**

*CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes” (RE n. 640.139 RG/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 14.10.2011).*

12. Note-se que, se fornecer dados falsos ou omitir seus dados na primeira fase do interrogatório, o acusado poderá responder pelas infrações penais de falsa identidade (art. 307 do Código Penal) ou recusa de dados sobre a própria identidade (art. 68 da Lei de Contravenções Penais):

*“Falsa identidade*

*Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave” (Código Penal).*

*“Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:*

*Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis” (Lei das Contravenções Penais).*

O fornecimento de dados falsos ou omiti-los é criminalizado porque uma das funções da primeira fase do interrogatório é a correta identificação judicial da pessoa processada, com o objetivo de impedir que terceiro seja condenado em lugar do verdadeiro autor do fato, seja por má-fé do réu, que forneça dado falso ou pela existência de homônimos. Busca-se, ainda, impedir que o acusado seja condenado no lugar do verdadeiro autor dos fatos.

A razão de ser da norma, portanto, é evitar ofensa ao direito fundamental à liberdade de terceiros inocentes, que sequer são partes no

**ADPF 395 / DF**

processo penal e impedir que o acusado seja condenado no lugar de quem efetivamente cometeu o delito.

**13.** Assim, no conflito entre o direito ao silêncio na primeira fase do interrogatório e o direito à liberdade, ambos constitucionais, deve prevalecer o segundo, aplicando-se, para tanto, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade. Mas não se pode permitir que com essa interpretação se dê ensejo à impunidade, impedindo-se que os inquéritos e processos tenham tramitação regular e finalização justa.

Sendo o acusado obrigado, juridicamente, a declinar a verdade sobre seus dados pessoais, sendo seu dever fornecê-los (até mesmo para não prejudicar inocente), por dedução lógica há de se concluir ter ele a obrigação de comparecer ao seu interrogatório quando pender dúvida razoável sobre sua identificação, sob pena de condução coercitiva.

Nesse caso, intimado, o acusado deve se apresentar perante o juiz, com o objetivo de se verificar a sua correta identidade e para que sejam prestados os esclarecimentos necessários nesta fase do interrogatório.

Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

*“Imputado, em sentido amplo, é o sujeito da pretensão penal, e é em relação a ele que se pede a atuação da pretensão. Infere-se, pois, que a qualidade de imputado é, como diz Fenech, personalíssima, e não se deve atribuir tal qualidade a outra pessoa senão àquela que ‘genuinamente deba assumir esta carga en el proceso penal’ (Derecho procesal penal, Barcelona, Labor, 1952, v. 1, p. 417)” (Tourinho Filho, Fernando da Costa, Manual de processo penal, 3 ed., p. 293, São Paulo: Saraiva, 2001).*

**14.** Assim, na hipótese prevista no art. 260 do Código de Processo

**ADPF 395 / DF**

Penal, quanto ao interrogatório, é cabível a ordem de condução coercitiva quando houver dúvida sobre a identidade do acusado, seus dados pessoais e para sanar tal pendência recusar-se a comparecer, injustificadamente, o imputado que tenha sido devidamente intimado.

Neste sentido a lição, por exemplo, de Guilherme de Souza Nucci:

*“Continua vigendo, certamente, a possibilidade do juiz determinar a condução coercitiva do réu para comparecer ao interrogatório, mas somente assim fará, caso necessite, por alguma razão, identificá-lo e qualificá-lo. Quanto ao interrogatório de qualificação, não tem o réu o direito ao silêncio. Mas, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua identidade, torna-se um constrangimento ilegal e abusivo determinar a sua condução compulsória”* (Nucci, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª ed., p. 558, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Havendo dúvida sobre a identidade do réu, não se há cogitar de ofensa ao direito ao silêncio, que se substancia na segunda fase do interrogatório, porque o art. 186 do Código de Processo Penal estabelece que, *“depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”*.

No mesmo sentido, tem-se na Constituição da República em seu art. 5º, inc. LXIII:

*“(...) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”*.

**15. O silêncio na segunda fase do interrogatório não importa em**

**ADPF 395 / DF**

confissão, tampouco poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, pois é direito do imputado manter-se silente quanto aos fatos e não produzir provas contra si mesmo.

Havendo necessidade de identificar o acusado judicialmente, o direito ao silêncio deve ser respeitado apenas na segunda fase do interrogatório, ou seja, quando o réu é indagado sobre os fatos que lhe são imputados.

Para garantir que esse direito será observado na segunda fase do interrogatório, o art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal estabelece que a pessoa a ser interrogada tem a prerrogativa de entrevistar-se reservadamente com seu defensor, o que torna necessária a presença da defesa técnica no ato, sob pena de nulidade. Dá-se sequência, aqui, ao princípio de garantia da ampla defesa.

Ouvido em juízo, o acusado deverá estar acompanhado de seu defensor e ser informado pelo juiz do seu direito ao silêncio quanto aos fatos que lhe são imputados. Essas previsões constitucionais e legais impedem que o acusado seja obrigado a falar o que não quer quando indagado sobre os fatos, mérito da ação penal, mesmo se tiver sido determinada a sua condução coercitiva pela falta de resposta injustificada à intimação para comparecimento.

**16.** A obrigação do réu de comparecer ao seu interrogatório para ser qualificado, sob pena de condução coercitiva, ao contrário do que se alega na petição inicial, não importa contrariedade ao direito ao silêncio, revelando-se apenas obrigação do réu de comparecer perante o Estado-Juiz para ser devidamente identificado.

Havendo dúvida sobre a identidade do réu e quando, intimado, deixar ele, injustificadamente, de comparecer ao juízo competente para ser pessoalmente qualificado na primeira fase do interrogatório, ato



**ADPF 395 / DF**

personalíssimo, cabível, nos termos da legislação vigente, a condução coercitiva.

Garante-se ao acusado, na segunda fase do interrogatório, e após ter sido devida e previamente cientificado do seu direito constitucional ao silêncio e na presença de seu defensor, a opção entre manifestar-se ou não sobre os fatos que lhe são imputados.

17. Para o específico fim de defender-se, superada qualquer dúvida sobre a identificação do acusado, poderá ele, se não houver ordem judicial em sentido contrário no exercício do poder geral de cautela, eleger o seu comparecimento, ou não, ao ato de interrogatório, de acordo com a sua estratégia de defesa, como ensina, no ponto, Eugênio Pacelli de Oliveira:

*“(...) cabendo a ele a opção entre exercer ou não a autodefesa ativa, podendo, por isso mesmo, deixar de comparecer ao referido ato, já que o direito ao silêncio implica o direito à não participação no ato, e não o mero direito de emudecer diante do juiz” (de Oliveira, Eugênio Pacelli, Curso de Processo Penal, 11ª ed., p. 353, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009).*

Nessa hipótese não haverá conflito entre os direitos constitucionais à liberdade e ao silêncio do réu.

18. A condução coercitiva e o direito ao silêncio do interrogado, no caso e no momento específico, portanto, são institutos distintos, que não se opõem, antes compõem o sistema, sem interferência quanto à garantia ou à proteção cumprida por eles.

19. Pelo exposto, **concluo que a condução coercitiva, prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, foi recepcionada pela Constituição da República, devendo ser decretada sempre por decisão judicial fundamentada.**

**ADPF 395 / DF**

20. Raciocínio idêntico há de ser o aplicado quando da oitiva do suspeito ou investigado pela autoridade policial, na fase de inquérito. A norma do Código de Processo Penal que autoriza a condução coercitiva de acusados, por analogia, pode ser aplicado também na fase policial.

Quer dizer, a condução coercitiva para fins de oitiva do investigado pelo delegado, a ser determinada pelo juízo competente, será possível nos casos e com os cuidados aplicáveis para os fins de comparecimento perante a autoridade judicial.

**II – Condução coercitiva como medida cautelar diversa da prisão –  
Poder geral de cautela**

21. A segunda espécie de condução coercitiva discutida nos autos está prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, no qual se estabelecem as medidas cautelares diversas da prisão, destinadas a resguardar a garantia da ordem pública, da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Tem-se, nessas situações, o exercício do poder geral de cautela do magistrado:

*“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:*

*I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;*

*II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;*

*III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;*

*IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;*

**ADPF 395 / DF**

*V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;*

*VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;*

*VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;*

*VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;*

*IX - monitoração eletrônica”.*

Na doutrina e na jurisprudência dominante se tem que as medidas estabelecidas nas normas são meramente exemplificativas, havendo a possibilidade de aplicação de cautelares diversas sempre que elas se revelarem mais favoráveis ao réu do que a prisão processual.

Tem-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*“Ementa: PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de*

**ADPF 395 / DF**

*certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada” (HC n. 94.147, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 13.6.2008).*

Em igual sentido foi o julgamento, por exemplo, do *habeas corpus* n. 101.830, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 4.5.2011.

Idêntica a interpretação defendida, por exemplo, por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

*“O sistema cautelar do processo penal sofreu reforma estrutural com a Lei nº 12.403/2011. Além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.*

*Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas*

**ADPF 395 / DF**

*constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).*

*Mesmo sob a égide da disciplina cautelar anterior, o juiz poderia impor medidas cautelares não previstas expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosas que a prisão processual. Entretanto, com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de se indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhado que esta só será decretada em último caso.*

*Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa se que haja autorizativo legal expresso. Natural que seja assim, pois ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, pelo que transbordaria essa limitação constitucional a adoção de medidas cautelares ou assecuratórias mais ásperas que as acolhidas legislativamente” ((Távora, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal, 8ª ed., p. 665, Bahia: Editora Jus Podivm, 2013).*

**22.** Assim, embora previsto rol de medidas cautelares, não há vedação para que o juiz, valendo-se de seu poder geral de cautela, estabeleça outras necessárias à consecução dos fins estatais legítimos de processar e finalizar as ações devidas, desde que proporcionais e menos gravosas que a prisão processual, observada, em todos os casos, a devida fundamentação da decisão.

**ADPF 395 / DF**

O poder geral de cautela do juiz no processo penal é extraído da conjugação do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite a interpretação analógica, com o art. 297 do novo Código de Processo Civil, no qual se estabelece a possibilidade de concessão de medidas adequadas à efetividade do processo:

*“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (Código de Processo Penal).*

*“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (Código de Processo Civil).*

A condução coercitiva aplicada com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, ao contrário da prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, normalmente é empregada para impedir que autores do fato combinem versão sobre o que lhes é imputado ou para impossibilitar que destruam provas, por exemplo.

Nesses casos, para se evitar a medida mais gravosa, ou seja, prisão processual (preventiva ou temporária), decreta-se medida cautelar mais amena, consistente em restrição pontual ao direito de liberdade, para se atingir a finalidade pretendida de apuração dos fatos em benefício da segurança pública e da defesa da sociedade.

**23.** Deferida a medida, se o investigado ou acusado quiser prestar interrogatório espontâneo nenhum óbice haverá, por se tratar de exercício do seu direito à ampla defesa.

**24.** Está previsto na Constituição da República o resguardo à segurança como direito individual, coletivo e social das pessoas e o dever do Estado de assegurar a sua efetividade:

**ADPF 395 / DF**

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).*

*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...).*

*Art. 144 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...).”*

Para a efetivação desses preceitos constitucionais garantidores da segurança dos indivíduos, faz-se imprescindível, às vezes, a decretação da medida cautelar de condução coercitiva do investigado, acusado ou réu.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal reconhece a possibilidade de condução de imputados à presença da autoridade policial para maiores informações e esclarecimentos:

*“Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO*

**ADPF 395 / DF**

*INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. (...)” (HC n. 107.644/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 6.9.2011).*

25. Ressalte-se que, pelos mesmos fundamentos utilizados quando da análise da medida de condução coercitiva prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, nos casos em que inexistir dúvida sobre a identidade, o poder geral de cautela do magistrado não poderá ser utilizado com o objetivo único e específico de oitiva do investigado ou do réu, podendo, entretanto, ser empregado, por exemplo, para impedir que autores do fato combinem versão sobre o que lhes é imputado ou para impossibilitar a destruição de provas.



**ADPF 395 / DF**

### **III – Fundamentação da condução coercitiva**

26. Feitas essas considerações sobre a possibilidade, em alguns casos, de decretação da condução coercitiva, nos termos do art. 260 do Código de Processo Penal ou pela aplicação do poder geral de cautela do juiz, deve-se encarecer sempre haver outro limite para a adoção válida da medida.

O art. 93, inc. IX, da Constituição da República determina que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. É princípio constitucional a imprescindibilidade de motivação das decisões judiciais, segundo o qual o juiz há de decidir sempre de forma fundamentada. A motivação apresentada é que permite o controle de validade jurídica do ato judicial pelas instâncias superiores, para se evitarem abusos.

27. Todas as medidas cautelares, previstas de forma expressa ou implícita no Código de Processo Penal, carregam algum grau de restrição a direito do acusado. Daí porque se exige, constitucionalmente, a motivação clara, objetiva e suficiente da autoridade judicial. Em cada caso e em todos os casos se tem a prevalência do direito da sociedade sobre o interesse individual. O direito penal não pode ceder ao interesse do acusado, o que significa ausência de resposta estatal às infrações criminais. Mas o direito penal há de ser interpretado e aplicado com a estrita observância dos direitos fundamentais, em especial aquele garantidor da liberdade individual.

28. A condução coercitiva, fundamentada no art. 260 do Código de Processo Penal ou no poder geral de cautela do magistrado, é possível em casos específicos e com os limites e cautelas próprias do dever estatal de respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

29. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar parcialmente procedente**

**ADPF 395 / DF**

**a arguição para dar interpretação conforme ao art. 260 do Código de Processo Penal, sem redução de texto, para assentar que:**

*a) O art. 260 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição;*

*b) A condução coercitiva, quando legitimada pelo poder geral de cautela do juiz (art. 319 do Código de Processo Penal), é constitucional.*

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO (154653/RJ)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD

ADV.(A/S) : DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S) (SP131054/)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), não conhecendo do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a liminar e julgando procedente a arguição de descumprimento para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do Código de Processo Penal, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Thiago Bottino do Amaral; pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, o Dr. Guilherme Ziliane Carnelós; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; e, pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2018.

**Decisão:** Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que julgava parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto, e os votos dos Ministros Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, e o voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.6.2018.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de

preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário