



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 397/2017 – REFD

Sistema Único n.º

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 395/DF

REQTE.: Ministério Público Federal
REQDO.: Partido dos Trabalhadores
INTDO.(A/S): Presidente da República
PROC.(A/S)(ES): Advogado-Geral da União
AM. CURIAE.: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IbcCrim
AM. CURIAE.: Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD
RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Gilmar Mendes,

A **PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA**, no uso de suas atribuições constitucionais, com fundamento no artigo 3º do Advogado-Geral da União

AM. CURIAE.: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IbcCrim
AM. CURIAE.: Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD
RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

17 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), vem apresentar

AGRAVO REGIMENTAL

contra a r. decisão monocrática que deferiu, *ad referendum* do Plenário, medida liminar requerida pelo **Partido dos Trabalhadores (PT)**, nos autos desta Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental, para vedar a condução coercitiva de investigados ou acusados 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.

Pede-se a Vossa Excelência que reconsidere a decisão agravada ou, caso contrário, que envie este pedido de reforma ao colegiado.

I - BREVE RESUMO DOS FATOS

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo **Partido dos Trabalhadores (PT)** em face do art. 260 do Código de Processo Penal, que versa sobre condução coercitiva para interrogatório, reconhecimento e outros atos do processo penal.

2. O requerente sustenta o cabimento da ADPF como único meio apto a sanar ofensa constitucional por ato normativo anterior à Constituição. Indica afronta à liberdade individual e à garantia de não autoincriminação (CF, art. 5º, *caput* e inciso LXIII). Argumenta que o interrogatório, em um sistema criminal compatível com o estado democrático de direito, não é tido como meio de prova mas meio de defesa, e permite ao acusado colaborar com a ação estatal ou manter silêncio para não se autoincriminar. Acrescenta que o direito de defesa, a liberdade e a dignidade da pessoa são ameaçados quando o acusado é posto na situação de fazer prova contra si. Pede que o Supremo Tribunal Federal declare que o artigo 260 do CPP não foi integralmente recebido, excluindo-se a parte que permite condução coercitiva para interrogatório, e que também afaste interpretação judicial que possibilite deferimento de medida cautelar autônoma de condução coercitiva para obter declarações de pessoa suspeita, investigada, indiciada ou acusada, no curso de investigação criminal,

inquérito policial ou processo judicial, por considerar tal interpretação lesiva aos mencionados preceitos fundamentais.

3. Adotou-se, por analogia, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

4. A Câmara dos Deputados informou que a redação atual do art. 260 do CPP é originária do Decreto-Lei 3.689/1941 e foi formalmente recebida pela Constituição de 1988. Registrou que tramita naquela Casa projeto de lei para instituir novo Código de Processo Penal, que adota expressamente a natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa.¹

5. A Presidência da República, ao prestar informações, defendeu a compatibilidade do art. 260 do CPP com a Constituição, afirmando que a condução coercitiva de acusado para interrogatório visa a atender a diversas finalidades úteis à investigação criminal, sem implicar em restrição à liberdade individual nem obrigação de responder a perguntas. O direito constitucional do acusado ao silêncio não assegura negativa de se apresentar a juiz quando solicitado².

6. O Congresso Nacional afirmou que todas as medidas cautelares penais têm certo grau de restrição à liberdade do acusado ou investigado, proporcionais ao caráter não-absolute de este direito. A condução coercitiva para interrogatório de acusado atende à finalidade dos atos de persecução penal e concretizam o direito constitucional à segurança, com menor grau de restrição ao direito de liberdade do acusado do que a prisão cautelar. Acrescentou que o Estado tem o poder de determinar o comparecimento do acusado ao interrogatório judicial; e que o interrogatório tem natureza jurídica de meio de defesa e de meio de prova.³

7. A Advocacia-Geral da União suscitou, preliminarmente, a necessidade de melhor instrução do pedido, por falta de juntada de cópia do ato normativo impugnado. No mérito,

¹ Peça 11.

² Peça 12.

³ Peça 15.

pediu a improcedência do pedido, na linha das informações apresentadas pelos órgãos interessados.⁴

8. A Procuradoria-Geral da República opinou, também, pela improcedência do pedido.⁵

9. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD)⁶ requereram o ingresso na causa como *amici curiae*, o que foi deferido pelo Relator⁷.

10. Em decisão proferida no dia 18 de dezembro de 2017, o Exm^o Ministro Relator Gilmar Mendes deferiu o pedido cautelar, ao fundamento de que *“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 não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.”*

11. O Ministro Relator esclareceu, ainda, que a decisão restringe-se às hipóteses de condução coercitiva de investigados ou indiciados para interrogatório, não sendo objeto de análise na ação a *“condução de outras pessoas, como testemunhas, ou de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento, por exemplo.”*

12. É contra tal decisão que se interpõe este agravo regimental, pelas razões adiante expostas.

II - DELIMITAÇÃO DO OBJETO RECURSAL

13. O ponto central deste agravo regimental – que coincide com o objeto desta ADPF – é o exame da constitucionalidade da condução coercitiva de investigados, durante a fase

⁴ Peça 17.

⁵ Peça 19.

⁶ Peça 28.

⁷ Peças 27 e 44.

pré processual e de réus, para participar de interrogatório na instrução processual penal, em ambas as situações por ordem judicial. Entretanto, antes de expor as razões que apresentamos para reforma da decisão agravada, é necessário esclarecer, para melhor entendê-las, que, no processo penal brasileiro, há **duas espécies de condução coercitiva, determinadas pelo órgão judiciário competente:**

(i) **uma** que se destina à prática do ato processual do interrogatório, no curso de ação penal, tratada como medida de coerção expressamente autorizada pelo art. 260 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*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*”. Esta norma exige, expressamente, intimação prévia do acusado, que, deixando de comparecer ao ato judicial, será levado à presença do juiz por condução coercitiva;

(ii) **outra** que é medida cautelar autônoma própria da fase investigatória, que prescinde de intimação prévia e que se destina a levar o investigado para prestar esclarecimentos à polícia ou ao Ministério Público, com a finalidade de prevenir riscos à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

14. A decisão agravada considera as duas espécies de condução coercitiva inconstitucionais, por ofenderem a garantia da **liberdade de locomoções** e a **presunção de não culpabilidade**⁸. A decisão agravada afirma que o Estado não pode coagir investigados e acusados a participar de ato processual – o interrogatório – ao qual não estão obrigados a comparecer.

15. Esclareça-se, desde já, que o MPF concorda com a decisão agravada no ponto em que dela se depreende que a condução coercitiva – em quaisquer das suas espécies – não

⁸ A Constituição estabelece o direito à liberdade de locomoção, ao garantir o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), que pode ser restringido de acordo com o processo legal (art. 5º-LIV), e por ordem válida de prisão (art. 5o, LXI, LXV, LXVI, LXVII).

⁹Art. 5º-LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

pode ser utilizada com a finalidade de coagir o investigado ou réu a confessar, já que, conforme bem assentado na decisão agravada, a Constituição lhes garante o direito ao silêncio e o direito de não se autoincriminar. Assim, conduções coercitivas feitas com esta finalidade devem ser energeticamente rechaçadas, por serem inconstitucionais, violadoras de direitos individuais fundamentais.

16. Entretanto, e aqui reside o ponto de discórdia entre o Ministério Público Federal e a decisão agravada, as duas espécies de conduções coercitivas admitidas pela lei brasileira têm **finalidade diversa** que não ferem os direitos fundamentais constitucionais ao silêncio e a vedação à autoincriminação. Ao contrário, estão inseridas no devido processo legal constitucional ao garantir ao Estado o cumprimento do seu dever de prestar a atividade de investigação e instrução processual penal de forma efetiva e no tempo razoável e, por outro lado, orienta-se pela garantia do direito fundamental à não autoincriminação.

17. As conduções coercitivas, deferidas sob o crivo do Poder Judiciário, preservam o devido processo legal, pois têm a finalidade de, frustrada a intimação feita na ação penal, (1) assegurar a correta qualificação e identificação do investigado ou réu, comparando-a com a que consta da denúncia (fundada no art. 260 do CPP), (2) por em marcha a ação penal, com o interrogatório do acusado; (3) apresentar o réu ao seu juiz natural; (4) promover a eficácia do processo penal, dando-lhe impulso e celeridade (fundada no poder geral de cautela).

18. No curso da investigação, a condução coercitiva do investigado, por ordem judicial, visa (1) colher do investigado algum elemento que demonstre que a linha de investigação em curso está incorreta; (2) colher do investigado algum elemento que demonstre que a ação criminosa permanente ou continuada cessou ou nunca existiu; (3) evitar o ajuste de versões, a destruição de provas, a alteração do cenário probatório ou mesmo a intimidação de testemunhas, nas situações em que a prisão temporária ou preventiva seriam cabíveis

pelos mesmos fundamentos. Neste último caso, é medida de grau menos invasivo à liberdade.

19. Em quaisquer das situações acima, o conduzido, querendo, poderá recusar-se a falar sobre o mérito da imputação, sendo absolutamente respeitado seu direito ao silêncio e demais garantias constitucionais ligadas ao devido processo legal.

20. Assim, as conduções coercitivas destinadas à consecução das finalidades acima elencadas (propiciar a correta qualificação e identificação do investigado ou réu e a eficácia da investigação ou do processo penal), ao contrário do que afirma a decisão agravada, não afrontam os preceitos constitucionais que garantem a **liberdade de locomoção** e a **presunção de não culpabilidade**, conforme exposto nas linhas que se seguem.

III. RAZÕES RECURSAIS

III.A. A CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA COM FINS CAUTELARES

III.A.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

21. Além da condução coercitiva de acusados fundada no art. 260 do CPP (a qual será objeto de considerações no tópico seguinte desta peça) – e que, pela literalidade da norma, depende de prévia intimação do conduzido –, a realidade jurídica brasileira tem sido permeada pela decretação, por ordem judicial e independentemente de prévia intimação do conduzido, de conduções coercitivas de finalidade nitidamente cautelar, destinadas a assegurar o resultado útil de investigação ou da persecução penal em curso. São conduções coercitivas decretadas por necessidade de garantir a aplicação da lei penal ou a efetividade da investigação ou instrução probatória (*periculum libertatis*), quando há fundados elementos probatórios da materialidade e da autoria delitivas (*fumus bonis delicti*).

22. É necessário afirmar que a condução coercitiva para fins de investigação decorre do poder geral de cautela que a lei assegura a todos os juízes. É, por isso, uma medida cautelar **atípica**.

23. **O direito brasileiro defere poder geral de cautela em matéria penal ao juiz criminal, permitindo-lhe que decrete medidas cautelares que entender necessárias para a persecução penal, e que estejam de acordo com o devido processo legal.**

24. O exame deste ponto é relevante e precede a análise deste tipo de condução coercitiva e de sua compatibilidade com a Constituição (especialmente com a liberdade de locomoção e presunção de inocência, cuja suposta ofensa fundamentou a decisão agravada). Se a resposta for negativa, não haverá necessidade de prosseguir e examinar a constitucionalidade da condução coercitiva de natureza cautelar. Se for positiva a resposta, outro ponto deverá ser, logo em seguida, analisado: **o poder geral de cautela penal pode fundamentar, à luz da ordem jurídica vigente, a decretação de conduções coercitivas de investigados e réus, tal qual tem ocorrido no cotidiano da atuação judicial no país?**

25. A resposta a estas questões fornecerá o arcabouço teórico necessário para aferir a compatibilidade, ou não, com a Constituição Federal, em especial com seus preceitos que garantem a liberdade de locomoção e a presunção de inocência, da modalidade de condução coercitiva de natureza cautelar, nos moldes que vem sendo decretada e cumprida no Brasil.

III.A.2. O PODER GERAL DE CAUTELA PENAL TEM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL

26. Quanto ao primeiro ponto, saber se o direito brasileiro defere poder geral de cautela em matéria penal, permitindo ao juiz criminal a decretação de medidas cautelares atípicas,

a resposta é positiva. O poder geral de cautela do juiz criminal para decretar medidas cautelares penais atípicas (embora ainda seja negada por parcela da doutrina brasileira)¹⁰, tem fundamento na Constituição Federal e na legislação ordinária.

27. O fundamento constitucional do poder geral de cautela em matéria penal está no art. 5º- XXXV da Constituição, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Deste preceito decorre a concessão ao juiz dos poderes necessários a evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade, já que não faria sentido que a Constituição, por um lado, conferisse ao acesso à via judicial *status* de direito fundamental e, por outro, permitisse que a solução oferecida pelo provimento jurisdicional fosse inócua dada a impossibilidade de assegurá-la com medidas cautelares.

28. Ocorre que, diante da diversidade extrema das situações da vida passíveis de gerarem direitos que necessitem de proteção judicial imediata, bem como diante da impossibilidade de o legislador ordinário prever todas essas situações, nem sempre o magistrado terá à sua disposição medidas cautelares típicas, ou seja, especificadas em lei para cada caso concreto, adequadas e suficientes para a proteção do direito ameaçado. Por esta razão, a Constituição atribui aos juízes um poder de cautela amplo e geral, que lhes possibilita resguardar a utilidade da persecução penal.

29. O art. 5º-XXXV da Constituição justifica o poder geral de cautela do juiz, em qualquer ramo do Direito¹¹, inclusive no âmbito do Direito Penal. Em primeiro lugar, porque o direito fundamental de acesso à justiça, previsto nesta norma constitucional, em momento algum exclui da sua incidência a jurisdição penal. Ademais, os fundamentos do poder geral de cautela aplicam-se também ao âmbito penal, notadamente porque é nesta jurisdição que os bens jurídicos mais valiosos para o ser humano são especialmente protegidos e ameaça-

¹⁰Por todos, confira: BADARÓ, Gustavo. As novas medidas cautelares alternativas prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado. no 113, set. 2011, p. 71-82.

¹¹ Saliente-se que reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no referendo de medida cautelar na ADPF 172/RJ, que “além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário”.

dos, o que exige tutela jurisdicional imediata e eficiente, inclusive por meio do poder geral de cautela do juiz.

30. O poder geral de cautela em matéria penal também encontra fundamento constitucional na **vedação à proteção estatal insuficiente** de direitos fundamentais. A proteção insuficiente e o excesso do Estado são as duas faces do princípio da proporcionalidade. Lênio Streck explica que *“a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”*.

31. Douglas Fisher esclarece que, *“considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública”*. (...) *“O dever de garantir a segurança está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável¹²”*. Exatamente por isso, *“resta indubitosa a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”*.

¹² FISCHER, 2009, p. 4

32. É dever do Estado restaurar a ordem jurídica violada pela prática de crimes. O Poder Judiciário deve fazê-lo por meios adequados e suficientes. Sob essa ótica, negar ao juiz criminal o poder de decretar medidas cautelares penais atípicas para proteger os bens que lhe cabe tutelar resulta em **proteção deficiente** destes mesmos bens, criando uma situação de inconstitucionalidade - por violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva - que não se pode admitir.

33. O poder geral de cautela do juiz criminal tem fundamento direto na Constituição e também na legislação ordinária. O artigo 798 do CPC e o artigo 297 do NCPC são aplicáveis ao processo penal por determinação do artigo 3º do CPP.

34. Também decorre do novo sistema de medidas cautelares introduzido no CPP pela Lei n. 12.403/2011, segundo o qual, sempre que um direito sob ameaça puder ser protegido por medidas cautelares diversas da prisão, estas devem ser decretadas com prioridade, deixando-se a providência cautelar que implica na restrição máxima da liberdade - a prisão - como última opção. Ora, para tanto, é essencial que o juiz criminal decrete medidas cautelares adequadas e proporcional a proteger os direitos sob ameaça no caso concreto, o que não ocorrerá, entretanto, se o juiz estiver adstrito às cautelares expressamente previstas na lei.

35. É que, nesta última hipótese, ante a eventual ausência de medida cautelar típica (prevista no rol do art. 319 do CPP, por exemplo) para proteger a persecução penal ou determinado direito ameaçado (o qual poderia ser tutelado por uma medida cautelar atípica, caso esta fosse admitida), o magistrado, que segundo a Constituição não pode se recusar a prestar a tutela penal, não terá alternativa senão a de decretar a prisão do investigado ou réu. Isso, entretanto, vai em direção oposta à da recente reforma do CPP, qual seja, garantir a imposição da medida cautelar penal menos gravosa ao indivíduo.

36. Desta forma, estes fundamentos constitucionais e legais revelam que é cabível a decretação de medidas cautelares penais fundadas no poder geral de cautela do juiz criminal.

Esse entendimento, aliás, já foi reconhecido diversas vezes pelos Tribunais Superiores¹³.

Para exemplificar, os seguintes julgados:

Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Governador de Estado. Licença-Prévia da Assembleia Legislativa para Instauração de Processos por Crimes Comuns.

1. A Constituição Estadual não pode condicionar a instauração de processo judicial por crime comum contra Governador à licença prévia da Assembleia Legislativa. A República, que inclui a ideia de responsabilidade dos governantes, é prevista como um princípio constitucional sensível (CRFB/1988, art. 34, VII, a), e, portanto, de observância obrigatória, sendo norma de reprodução proibida pelos Estados-membros a exceção prevista no art. 51, I, da Constituição da República.

2. Tendo em vista que as Constituições Estaduais não podem estabelecer a chamada “licença prévia”, também não podem elas autorizar o afastamento automático do Governador de suas funções quando recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça. É que, como não pode haver controle político prévio, não deve haver afastamento automático em razão de ato jurisdicional sem cunho decisório e do qual sequer se exige fundamentação (HC 101.971, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 21.06.2011, DJe 02.09.2011; HC 93.056 Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16.12.2008, DJe 14.05.2009; e RHC 118.379 (Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 11.03.2014, DJe 31.03.2014), sob pena de violação ao princípio democrático.

3. Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas “a suspensão do exercício de função pública”, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes. 4. Pedido julgado integralmente procedente, com declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da suspensão funcional automática do Governador do Distrito Federal pelo mero recebimento da denúncia ou queixa-crime. Reafirmação da seguinte tese: “É vedado

¹³ STF, HC 101.830, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12/04/2011; STJ, HC 126.973, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 27/05/2014; STJ, RHC 20.124, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 13/11/2007.

às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo”¹⁴. Destaquei

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 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 denegada¹⁵.

¹⁴ STF, ADI 4362 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento: 09/08/2017, Órgão Julgador: Tribunal Pleno

¹⁵ STF, HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27/05/2008.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS : VIA PROCESSUAL ADEQUADA PARA QUE SE AVALIE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO ACAUTELAMENTO DE PASSAPORTE DE INVESTIGADOS OU CONDENADOS PENALMENTE. ENTREGA DO PASSAPORTE: DETERMINAÇÃO LEGÍTIMA NA HIPÓTESE DE PACIENTE QUE NÃO É NACIONAL BRASILEIRO, PRESO JUSTAMENTE AO TENTAR DEIXAR O PAÍS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Contudo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. "

3. O remédio constitucional do habeas corpus é via processual adequada para que se avalie constrangimento ilegal no acautelamento de passaporte de investigados ou condenados penalmente. Precedentes. 4. Desde antes da edição da Lei n.º 12.403/2011 reputava-se legítimo que o Julgador determinasse a entrega do Passaporte, com fundamento no poder geral de cautela, a ser invocado quando necessário – como no caso, em que o Paciente não é nacional brasileiro, e foi preso justamente ao tentar deixar o país. 5. Mencione-se, ad argumentandum, que essa possibilidade, hoje, após a edição

*da referida Lei, inclusive encontra-se expressamente positivada no direito Pátrio (Art. 320 do Código de Processo Penal)*¹⁶.

III.A.3. CONDUÇÕES COERCITIVAS DE NATUREZA CAUTELAR PODEM SER DECRETADAS COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ CRIMINAL: COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.

37. Uma vez definido que o poder geral de cautela do juiz criminal está inserido no direito brasileiro e em conformidade ao devido processo legal, examina-se se esse poder pode fundamentar a decretação de conduções coercitivas de investigados e réus, como medida cautelar atípica. A resposta a este ponto também é positiva.

38. Por definição, medidas cautelares atípicas em matéria penal têm, pelo menos, as seguintes características:

(i) sendo cautelares, devem ser decretadas com a finalidade de proteger o resultado útil do processo penal - o qual, por sua vez, é o instrumento através do qual o Estado exerce a tutela penal, protegendo bens e direitos ameaçados ou lesados pela prática de crimes;

(ii) sendo atípicas, consistem em providências definidas pelo juiz criminal, cujo desenho não está previsto em lei, **observadas, no entanto, eventuais vedações previstas na Constituição ou nas leis.** A decretação de novas espécies de medidas cautelares atípicas, portanto, encontra limites apenas em eventuais restrições legais ou constitucionais; afora isso, a liberdade é ampla - sendo, no entanto, instrumental (as medidas devem ser sempre voltadas a assegurar o resultado útil do processo penal - repita-se).

¹⁶ STJ, HC 192.193, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 11/12/2012

39. Seguindo essa linha de raciocínio, a Constituição e as leis processuais penais vedam que o juiz, a pretexto de exercer o poder geral de cautela, decrete prisão ou quebre garantia constitucional a direito fundamental (como inviolabilidade de domicílio, de correspondência, de comunicação telefônica, fiscal) fora das condições constitucionais ou de condições expressamente previstas nas leis vigentes. A supressão da liberdade individual por meio de prisões, cautelares ou não, somente pode ser feita nas hipóteses taxativamente previstas em lei, não estando tal matéria dentro da esfera de poderes dos magistrados. É o que determina o art. 5º, *caput*, LXI, LXV, LXVI e LXVII da Constituição, cujas normas estabelecem o princípio da tipicidade estrita no que tange às providenciais estatais que **suprimam** a liberdade de locomoção das pessoas **mediante a decretação de prisões**.

40. Andrey Borges de Mendonça esclarece que *“realmente, em relação às prisões cautelares, não se pode admitir qualquer restrição baseando-se no poder geral de cautela. Neste tema, portanto, somente se podem admitir as prisões provisórias expressamente previstas pela lei. Está expressamente vedada a decretação de outras prisões cautelares que não apenas as expressamente previstas em lei (flagrante, preventiva e temporária). Ademais, nas hipóteses de medidas cautelares típicas, em que os requisitos estão expressamente previstos em lei – como na interceptação telefônica, cujos requisitos estão estabelecidos na Lei 9.296/1996 – não se pode admitir a utilização do poder geral de cautela para burlar referidos requisitos, criando-se medidas inominadas em detrimento do investigado ou acusado. Porém, fixados estes dois limites – prisões processuais e medidas cautelares típicas, com requisitos expressamente estabelecidos –, onde vigora a tipicidade das medidas cautelares, ainda haverá campo para aplicação do poder geral de cautela, inclusive nas medidas cautelares penais não prisionais¹⁷”*.

41. Afora, portanto, estas hipóteses, o juiz criminal poderá decretar medidas cautelares atípicas de outras espécies. Conseqüentemente, **desde que a condução coercitiva de**

¹⁷MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016

natureza cautelar não se apresente como prisão travestida de mera condução, ela pode, sim, ser decretada com base no poder geral de cautela assegurado pelo ordenamento jurídico.

42. Aqui, vale referir que as conduções coercitivas de natureza cautelar¹⁸ não têm sido decretadas de modo equívale à prisão do conduzido. Com efeito, essa modalidade de medida cautelar judicial consiste em levar o investigado, independentemente de prévia intimação, à presença de autoridade com poderes persecutórios, para que, querendo, preste esclarecimentos destinados a elucidar a autoria e a materialidade de crime investigado. Inclusive, é uma oportunidade de se apresentar esclarecimentos úteis à própria defesa e que possam, de imediato, excluir a possibilidade de participação do investigado no crime apurado.

43. Utiliza-se a condução coercitiva para assegurar o resultado da investigação criminal (CPP, art. 282-I), quando, por exemplo, torna-se necessário: **(i) retirar** o investigado do local de execução de mandados de busca e apreensão domiciliar, para evitar, por exemplo, a ocultação ou destruição de objetos durante a medida; **(ii)** levar diferentes investigados, ao mesmo tempo, à presença da Polícia e/ou do Ministério Público, para **interrogatórios simultâneos** (garantidos os direitos ao silêncio e a ser acompanhado por advogado, impedindo-se, com isso, o prévio ajuste de versões com o intuito de burlar a Justiça); **(iii)** evitar que investigados orientem ou pressionem testemunhas.

44. Para o atendimento de tais finalidades, poderiam ser utilizadas as prisões cautelares, preventiva ou temporária; entretanto, por ser apta a atingir esse mesmo fim, com inegável menor prejuízo para o investigado, a condução coercitiva cautelar tem sido decretada nessas situações como alternativa ao encarceramento cautelar nas situações em que o aprisionamento cautelar se apresenta necessário para resolver questões pontuais,

¹⁸ E como ocorre com as medidas cautelares em geral, a condução coercitiva dessa natureza somente se justifica caso (i) seja necessária a promover aplicação da lei penal, garantir a efetividade da investigação ou instrução probatória, ou proteger a ordem pública (*periculum libertatis*), (ii) existam fundados elementos probatórios que apontem para a materialidade e autoria delitivas (*fumus bonis delicti*) e (iii) seja adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do investigado ou acusado.

como as descritas nos três itens acima destacados.

45. Assim que cumprida a finalidade da condução coercitiva, o conduzido é liberado. Ou seja, o ato restringe-se, unicamente, ao tempo necessário à colheita dos depoimentos do investigado ou dos que devem ser realizados de forma simultânea.

46. O fato de as conduções coercitivas de índole cautelar envolverem a retenção do conduzido por algumas horas pode levar à conclusão de que essa medida consiste em uma forma de prisão, o que a colocaria fora do alcance do poder geral de cautela penal já que, como se viu, as prisões, cautelares ou não, sujeitam-se ao princípio da tipicidade estrita. Tal conclusão, todavia, não procede. Parte da tradicional visão de que o *status libertatis* dos indivíduos é, necessariamente, dual: ou a pessoa está presa, ou a pessoa está solta. Essa visão, todavia, equivocada tanto por ser irreal (não é assim que o processo penal funciona) quanto por ser indesejada (não é assim que ele deve funcionar).

47. Com efeito, a realidade do processo penal demonstra que entre os dois extremos - preso/solto - existem inúmeras situações fáticas intermediárias, em que a liberdade de ir e vir e de se autodeterminar do investigado ou réu, apesar de não suprimida (pela prisão), encontra-se nitidamente limitada ou impactada por atos e determinações do Estado persecutor. O processo penal, em sua função de ser o instrumento por meio do qual o Estado presta a tutela penal, é, por definição, composto por medidas limitadoras e restritivas de direitos do investigado ou acusado, inclusive da sua liberdade, sem as quais a tutela penal simplesmente não poderia ser prestada por restar inviabilizada em termos práticos.

48. Como exemplo de medidas cautelares intermediárias, que se situam entre a liberdade completa e a prisão, basta conferir todas aquelas previstas no rol do art. 319 do CPP. Apesar de limitarem a liberdade daqueles por elas atingidos, elas continuam sendo medidas “alternativas à prisão”, ou seja, elas não suprimem a liberdade da pessoa. O mesmo se pode dizer das diversas medidas cautelares penais atípicas que sempre foram

consideradas legítimas pelos Tribunais pátrios, como a retenção do passaporte de investigados ou réus.

49. Na realidade, os direitos e princípios devem ser interpretados com base na ponderação do princípio da proporcionalidade, que é o norte para a fixação do conteúdo dos direitos fundamentais, conforme afirma Carlos Pulido.¹⁹

50. Essa possibilidade de mitigação da dualidade/oposição entre a prisão e o direito à liberdade já estava presente em nosso ordenamento antes da Lei nº 11.403/2011, por exemplo. Esta lei apenas consagrou expressamente algumas hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão, que podiam ser aplicadas sem nenhum questionamento anteriormente com base no poder geral de cautela, advindo dos princípios norteadores do processo (como o devido processo legal) e dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988 e nos diplomas internacionais de direitos humanos.

51. Os direitos fundamentais, quando em choque, devem ser interpretados da maneira que menor restrinja os direitos envolvidos, redundando em uma relação de equilíbrio. A dificuldade em se estabelecer essa relação de equilíbrio resulta da falsa ideia de que as relações jurídicas decorrem, apenas, de uma oposição entre os direitos e os deveres.²⁰

52. Assim, pode-se dizer, seguindo as linhas do que decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Guzzardi vs. Italia*, “*a distinção entre privação de liberdade e restrição de liberdade é mais de grau ou intensidade que propriamente de natureza ou de essência*”²¹. Diante disso, no processo penal pode ser útil se imaginar que existe uma escala, que se move da “limitação ou restrição da liberdade” para a “restrição ou privação da liberdade”. Onde o investigado ou acusado está nessa escala dependerá das circunstâncias concretas e de parâmetros “*como o tipo, a duração, os efeitos e a modalidade de execução*”.

¹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 4.ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pos.1506 (livro eletrônico). Trad. livre.

²⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. Conceptos jurídicos fundamentales. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. México: Fontamara, 2004, pp. 47, 49.

²¹ Sentença de 6 de novembro de 1980, §93: “The distinction between deprivation of and restriction upon liberty is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance”.

*da medida*²²”.

53. Ora, como as conduções coercitivas de natureza cautelar são medidas que limitam a liberdade de ir e vir do conduzido apenas por algumas horas, tão somente enquanto as finalidades cautelares que ensejaram a sua decretação são alcançadas, não parece razoável ou proporcional equipará-las às prisões cautelares. As conduções não atingem a liberdade do conduzido a ponto de suprimi-la, como o fazem as prisões, mas, apenas, a ponto de limitá-las momentaneamente, como o fazem as medidas cautelares pessoais em geral. Por isso, considerá-las como sendo formas de prisão parece ser uma interpretação forçada e equivocada.

54. Assim, conclui-se que, como mera limitação momentânea - e não supressão - da liberdade de ir e vir do conduzido, as conduções coercitivas cautelares podem ser determinadas com base no poder geral de cautela do juiz penal. Elas, por não serem prisões, não se sujeitam à tipicidade estrita.

55. Por fim, saliente-se que as razões expostas mais acima, que demonstram que a condução coercitiva de cunho cautelar pode ser decretada com base no poder geral de cautela do juiz criminal, esvaziam o entendimento, exposto pela decisão agravada, no sentido de que tal modalidade de condução coercitiva ofende os preceitos constitucionais que garantem a liberdade de locomoção e a presunção de inocência.

56. E isso porque, na medida em que as conduções coercitivas de natureza cautelar não suprimem, mas apenas limitam, a liberdade do conduzido, não há como considerá-las ofensivas à liberdade constitucional de locomoção. Há, sim, certa limitação a esta, do mesmo modo que ocorre em relação a várias outras medidas cautelares penais previstas no art. 319 do CPP, e outras medidas cautelares atípicas normalmente decretadas no país.

57. Considerar-se inconstitucionais, por ofensivos a liberdade de locomoção, todos os

²² CoEDH. Caso Ashingdane vs. Reino Unido, sentença de 28 de maio de 1985, §41: “In order to determine whether circumstances involve deprivation of liberty, the starting point must be the concrete situation of the individual concerned and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. (...)”

atos estatais praticados no bojo do processo penal que limitam, ainda que momentaneamente, a liberdade de ir e vir de investigados ou acusados equivaleria a retirar do Estado inúmeros instrumentos essenciais ao cumprimento do seu dever de prestar a tutela penal. Além disso, seria uma interpretação demasiadamente alargada da liberdade constitucional de locomoção que, a pretexto de proteger, em grau máximo, direitos individuais do réu, protegeria em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao *jus puniendi* que comprometem a eficácia da tutela penal. Mais uma vez, aqui, vale relembrar da noção de vedação a proteção estatal deficiente de direitos fundamentais sociais.

58. Quanto à suposta violação, pela condução coercitiva de natureza cautelar, do princípio constitucional da presunção de inocência, ela também não se sustenta diante das razões expostas. É que, como se está diante da medida de natureza cautelar imposta contra o investigado, ela não implica em “tratá-lo como culpado”, tratamento esse vedado pelo princípio da presunção de inocência.

59. De fato, medidas decretadas em face do investigado ou acusado com a finalidade de proteger o resultado útil da investigação ou do processo penal - como ocorre com as conduções coercitivas aqui analisadas - não representam antecipação da culpa. Exatamente por isso, as prisões preventiva e temporária são consideradas medidas compatíveis com o princípio da presunção da inocência. Ora, se nem as prisões cautelares são consideradas como violadoras à presunção de inocência, tampouco há como imputar tal característica às conduções coercitivas cautelares.

60. Vale destacar que a Constituição apresenta-se como um sistema de regras e princípios, dotada de mecanismos, como o poder geral de cautela, voltados à criação de uma relação de equilíbrio entre os possíveis direitos fundamentais em conflito. Não há, segundo Ingo Sarlet, “propriamente um sistema lógico dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e

desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional”.²³

61. Nesse cenário, o poder geral de cautela no processo penal se apresenta como um instrumento destinado a ponderar os direitos fundamentais do acusado/réu em face do direito fundamental da sociedade à segurança, concretizada por uma persecução criminal efetiva, doutrinariamente denominada de eficácia social da norma, e se insere, conforme já demonstrado, no devido processo legal que se rege pelos princípios constitucionais destacados nesta peça²⁴

62. Sob a perspectiva do réu / acusado, busca-se resguardar ao máximo que seu direito à liberdade seja respeitado (restrição à liberdade como *ultima ratio*). Já à sociedade, objetiva-se assegurar que a persecução penal seja eficiente. E é nesse contexto que surge a atuação cautelar do Estado que, sob o enfoque da Teoria Geral do Processo, é acessória ao norte maior do processo, que, no âmbito penal, volta-se a garantir o respeito dos direitos e garantias fundamentais em sua totalidade (sociedade e indivíduo/acusado) e o caráter persuasório dos direitos penal e processual penal.

61. Por estas razões, o MPF entende que as conduções coercitivas decretadas com finalidade cautelar, com duração restrita, tempo estritamente necessário a cumprir as finalidades para as quais as mesmas foram decretadas, possuem fundamento no poder geral de cautela do juiz criminal, e, ao contrário do que afirmado na decisão agravada, não afrontam os preceitos constitucionais da liberdade de locomoção e da presunção de inocência.

IV - A CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA PREVISTA NO ART. 260 DO CPP.

IV.A. AUSÊNCIA DE OFENSA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85 e 86.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2 ed. São Paulo: RT, 1982, p.48.

62. A modalidade de condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP destina-se a garantir a participação do acusado no interrogatório, e ocorre quando, intimado, deixa de comparecer ao ato.

63. Segundo estabelece o CPP, o interrogatório divide-se em duas partes, sendo a primeira consistente em perguntas a respeito da condição pessoal do acusado (qualificação do réu²⁵), e a segunda²⁶ composta por perguntas relativas ao mérito da acusação. Embora seja certo que os direitos constitucionais ao silêncio e à vedação de autoincriminação permitem que o acusado permaneça em silêncio na segunda fase do interrogatório - sem que, daí, decorra qualquer efeito negativo -, o mesmo não acontece em relação à primeira fase do interrogatório. Por isso, não é dado ao acusado simplesmente recusar-se a fornecer informações que permitam a sua qualificação pessoal, nem, tampouco, fornecê-las de modo conscientemente incorreto, com o intuito de burlar a aplicação da lei penal. Trata-se, aliás, de entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência.

64. É exatamente neste contexto que a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP encontra fundamento: destina-se a possibilitar a qualificação e identificação do imputado, que, intimado, deixou de comparecer ao seu interrogatório. A identificação não serve para apontar “qual é o plausível autor da infração penal”, mas para responder à pergunta “quem é tal pessoa?”²⁷, de modo a garantir que a persecução penal se realize em relação a pessoa certa e determinada, possibilitando a correta aplicação da lei penal.

65. Obviamente, conforme esclarecido nesta peça, em função do direito ao silêncio e a vedação a autoincriminação a que fazem jus o investigado ou acusado em relação aos fatos em apuração, a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP não poderá, sob qualquer forma, servir como tentativa à resposta de perguntas sobre a sua possível participação no fato criminoso, tampouco a participar de reconstituição simulada do crime, a fornecer pa-

²⁵ art. 187, parag. 1 do CPP

²⁶ art. 187, parag. 2 do CPP

²⁷ 7 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 417.

drões gráficos e vocais para perícia, a realizar exame de etilômetro ou de sangue, ou a qualquer outro comportamento ativo autoincriminador.

66. A previsão contida no art. 260 do CPP, assim, representa legítima **opção legislativa** de conferir às autoridades estatais poder de coerção voltado a garantir a presença do investigado ou acusado em interrogatório, para fins de permitir a sua qualificação e identificação. E, ainda que se considere que a condução coercitiva priva o acusado de sua liberdade de ir e vir, representando modalidade de prisão - **com o que não se concorda, conforme antes demonstrado, já que o MPF entende que a condução coercitiva representa mera restrição à liberdade** - , não há dúvidas de que, à luz do que extrai da leitura conjunta do art. 5º, *caput*, LIV, LXI, LXV, LXVI e LXVII da Constituição, o Estado, pelo seu poder de legislar, tem a prerrogativa de suprimir a liberdade de locomoção de acusados com a finalidade de se desincumbir do seu **dever** de exercer a tutela penal, protegendo bens jurídicos de relevância constitucional contra agressão de terceiros.

67. De fato, como instrumento voltado, a um só tempo, a proteger o investigado ou acusado contra excessos estatais e viabilizar a tutela penal, o processo penal é essencialmente integrado por atos do Estado que impactam o direito de locomoção de indivíduos suspeitos de terem praticado crimes. Exemplos são as várias medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, todas cerceadoras, em maior ou menor grau, do direito de locomoção do investigado ou acusado, além das próprias medidas cautelares prisionais, obviamente supressoras do direito de ir e vir do preso.

68. O art. 260 do CPP, ao permitir o uso da coerção estatal para garantir a presença do acusado ao interrogatório para fins de qualificação, é medida inerente ao processo penal, que impacta na liberdade de ir e vir dos indivíduos. E a possibilidade desse impacto por **meio de lei**, repita-se, é permitida pela Constituição, nos preceitos que tratam da liberdade de locomoção.

69. É neste contexto que se recorre do argumento, contido na decisão agravada, de que o art. 260 não foi recepcionado pela Constituição por ofender os seus preceitos que asseguram o direito individual à liberdade de locomoção.

IV.B. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NÃO HÁ OFENSA

70. A decisão agravada afirma que o art. 260 do CPP afronta o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º-LVII da Constituição, segundo o qual “ninguém será *considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. No entanto, a permissão dada ao juiz criminal de determinar a condução do acusado durante a persecução penal regularmente instaurada, para proceder a sua qualificação pessoal, tal qual consta no art. 260 do CPP, não caracteriza tratamento de alguém como culpado, vedado pela Constituição.

71. Este princípio constitucional defere ao legislador ordinário definir o que significa “tratar alguém como culpado”, estabelecendo quais condutas preenchem tal perfil e que, por isso, são vedadas pelo art. 5º-LVII da Constituição²⁸.

72. Esta regulamentação legal tem limites na própria Constituição (art. 5º-LVII), a equilibrar dois vetores axiológicos de igual relevância para o sistema processual penal brasileiro: de um lado, o dever estatal de assegurar ao acusado seus direitos constitucionais fundamentais e, de outro, o dever estatal de conferir efetividade à tutela penal.

73. Assim, **o espaço de conformação do legislador ordinário** sobre o tratamento do

²⁸Refletindo exatamente acerca dessa questão, o ministro Gilmar Mendes, em passagem de notável precisão e clareza, ensina que “o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. **Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado (...). Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato.** A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui

réu como culpado **situa-se**, justamente, entre esses dois vetores axiológicos, **sendo-lhe defeso transitar para além de quaisquer um desses dois extremos**. Caso isso aconteça, a atividade legislativa será inconstitucional ou por violação ao dever estatal de garantir o respeito aos direitos fundamentais do réu, ou por violação ao dever estatal de dar segurança e proteger, mediante a tutela penal, bens jurídicos essenciais, como a vida, a dignidade da pessoa, a integridade física, entre outros, contra a ação de terceiros; este último dever se encontra plasmado nos artigos 5^o-*caput*, 6^o-*caput* e 144 da Constituição Federal, entre outros²⁹. Novamente, não há como se afastar da ideia de inconstitucionalidade em face da **proteção insuficiente de direitos fundamentais sociais**.

74. No limite, caso se dê amplitude demasiadamente alargada ao que seja “tratar alguém como culpado”, toda e qualquer medida adotada pelo Estado persecutor durante a fase investigatória ou instrutória contra o réu seriam inconstitucionais, já que quaisquer delas, de certo modo, colocam no mínimo sob suspeita a noção de que o indivíduo ainda não condenado definitivamente é inocente³⁰.

75. Assim, considerando ser inexorável ao processo penal sua integração por medidas estatais restritivas da esfera de direitos do réu, justificadas com base no pressuposto, implícito ou explícito, de que sob o réu pairam suspeitas que colocam em dúvida seu *status* de inocência, a vedação, pelo legislador, a qualquer dessas medidas restritivas, sob o

²⁹ No que tange ao dever estatal de proteção e segurança, é certo que, “considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, **incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública**”³⁸. Assim, o “**dever de garantir a segurança** está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, **também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.** (FISCHER, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “**resta inquestionável a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal** (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”. (LIMA, 2015, p. 318)

³⁰ **Canotilho e Moreira** compartilham da mesma preocupação ao afirmarem que “não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do argüido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz). Em sentido semelhante, **René Ariel Dotti** defende que “não é possível adotar uma interpretação literal desse direito-garantia, porque ela conduziria ao paradoxo frente às medidas cautelares de restrição de liberdades e direitos (busca e apreensão, interceptação de comunicações e dados etc.) e até mesmo diante das formas de prisão provisória adotadas pela generalidade dos sistemas processuais⁴³”.

argumento de que elas afrontariam o princípio da presunção de inocência, não pode comprometer a efetividade da tutela penal a ponto de levar à *“total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional”*.

76. Ou seja, **o legislador ordinário, ao desempenhar a tarefa de definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de incidência do princípio da presunção de inocência, não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao *jus puniendi* que levem à ineficácia da tutela penal.**

77. À luz destas considerações, a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP pode ser aferida por critérios de validade constitucional diante do princípio da presunção de inocência:

(i) se o legislador ordinário proibisse a condução coercitiva do investigado ou acusado para comparecimento ao interrogatório com fins de qualificação pessoal (proibição essa que também advirá caso o STF julgue procedente a presente ADPF), isso comprometeria em grau inaceitável a efetividade da correspondente tutela penal?

(ii) se o legislador ordinário autorizasse a condução coercitiva do acusado para comparecimento ao interrogatório com fins de qualificação pessoal (tal qual o fez por meio do art. 260 do CPP), haveria, nisto, conduta excessiva e arbitrária do Estado em face do réu ainda não condenado definitivamente?

78. Como facilmente se percebe, caso as respostas sejam, a um só tempo, positiva para a primeira pergunta e negativa para a segunda, o art. 260 do CPP será plenamente compatível com o princípio da presunção da inocência prevista no art. 5º-LVII da Constituição.

79. Vedar ao Estado o poder de conduzir coercitivamente, para interrogatório com fins de qualificação pessoal, investigados ou acusados que, intimados, recusem-se a fazê-lo,

tem como consequência óbvia e indesejada a existência de investigações e processos penais movidos contra pessoas incertas, não plenamente individualizadas e identificadas, aumentando-se, por exemplo, o risco de o Estado exercer seu *jus puniendi* em face de homônimos ao verdadeiro investigado ou acusado. Como resultado, é possível se antever o aumento de processos penais inúteis ou frustrados, além do desperdício dos já escassos recursos materiais e humanos de que dispõe o Estado persecutor. Tudo isso em evidente e inaceitável prejuízo à correta aplicação da lei penal, comprometendo-se a efetividade da tutela penal.

80. Permitir a condução coercitiva do investigado ou acusado para interrogatório, para proceder a sua qualificação pessoal, não representa, sob qualquer ótica, medida desarrazoada ou desproporcional, tampouco arbitrária do Estado. Em verdade, é medida que se presta a fim legítimo (possibilitar a identificação do conduzido), que não priva a liberdade do conduzido mas apenas a restringe por algumas horas (tempo necessário a realização do interrogatório), e que, conduzida corretamente, não ofende os direitos ao silêncio e à vedação da autoincriminação.

81. Dessa forma, na exata medida em que vedar a condução coercitiva para o fim de qualificação pessoal compromete a efetividade da tutela penal e que permiti-la não representa excesso estatal, conclui-se que a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. O juiz criminal tem o poder para conduzir o investigado ou acusado ao interrogatório para fins sua qualificação pessoal, o que não equivale a tratá-lo como culpado, nem agir de modo excessivo ou arbitrário, pois há observância do devido processo legal.

V – CONCLUSÃO

82. Ante o exposto, requeiro:

(i) a reconsideração da decisão agravada;

(ii) não havendo a reconsideração, o provimento deste agravo regimental para reformar a decisão agravada, de modo a restabelecer a possibilidade de, em todo território nacional, serem decretadas e cumpridas conduções coercitivas:

(ii.a) nos termos do art. 260 do CPP, desde que para fins de se possibilitar a qualificação e completa identificação do investigado ou acusado;

(ii.b) com finalidade cautelar na investigação ou na ação penal, independentemente de prévia intimação do conduzido, desde que observado o devido processo legal e pelo tempo estritamente necessário a cumprir as finalidades para as quais as mesmas foram decretadas.

(ii.c) durante qualquer modalidade de condução coercitiva, devem ser observados os direitos constitucionais ao silêncio, à vedação a autoincriminação, sendo, ainda, assegurado ao conduzido o direito de ser acompanhado por advogado de sua livre escolha.

Brasília, 12 de março de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República