

**MEDIDA CAUTELAR NA 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)**

**DECISÃO:** Trata-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

## ADPF 395 MC / DF

investigação de natureza criminal. Requer medida liminar, para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para 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

## ADPF 395 MC / DF

CF). 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. 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).

Decido.

### **1 Deferimento de medida liminar pelo Relator**

Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal poderá deferir liminar na ADPF, mediante decisão tomada pela

## ADPF 395 MC / DF

maioria absoluta de seus membros (6 votos). Resta assente, assim, que o requerimento de liminar em ADPF será apreciado pelo colegiado.

O § 1º do art. 5º estabelece, porém, *a possibilidade de concessão de liminar pelo relator*, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

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.

As ADPFs estiveram em pauta de julgamento. A ADPF 395, mais antiga, foi liberada para julgamento em fevereiro de 2017. Foi incluída no calendário de julgamentos em 1.5.2017 e em 18.5.2017.

Infelizmente, a despeito da aplicação analógica do rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99, não houve tempo hábil para que as arguições fossem chamadas para julgamento.

O recesso judiciário está próximo.

Tendo em vista esse contexto, passo apreciar a medida liminar, *ad referendum* do colegiado.

## 2 Cabimento

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, art. 103, VII e VIII, da CF, combinado com art. 2º, I, da Lei 9.882/99.

Têm por objeto evitar a lesão aos direitos fundamentais de não se autoincriminar, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas, à ampla defesa e ao 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.

## ADPF 395 MC / DF

Quanto ao **parâmetro de controle**, 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.

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

## ADPF 395 MC / DF

ser proposta se 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 um 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).

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.)

## ADPF 395 MC / DF

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, 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,

## ADPF 395 MC / DF

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.)

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**

## ADPF 395 MC / DF

**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. 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 –

## ADPF 395 MC / DF

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. 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

## ADPF 395 MC / DF

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. 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,

## ADPF 395 MC / DF

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.

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

## ADPF 395 MC / DF

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 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 pletera de recursos

## ADPF 395 MC / DF

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 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

## ADPF 395 MC / DF

direito individual, alegadamente fundada no interesse da investigação criminal.

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

### 2.2 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 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 Medida cautelar**

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

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. 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.

#### **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 1.988, 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

## ADPF 395 MC / DF

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:

“Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - 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;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”.

## **ADPF 395 MC / DF**

Além do número de tomo, 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 222 conduções coercitivas na Operação Lava Jato – até 14.11.2017, de acordo com o site [lavajato.mpf.mp.br](http://lavajato.mpf.mp.br). Apenas para ilustrar, é mais do que a soma de todas as prisões no curso da investigação – 218, sendo 101 preventivas, 111 temporárias, 6 em flagrante.

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

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

Ainda que a prática seja empregar a condução coercitiva apenas em investigações, a ADPF 395 impugna o uso da medida em qualquer fase. No entanto, a medida cautelar é requerida apenas quanto ao suspeito, investigado ou indiciado, pelo que a análise fica limitada à investigação.

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

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

## ADPF 395 MC / DF

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 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.

### 3.2.1 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 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 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

## ADPF 395 MC / DF

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 qualidade da decisão como estratégia defensiva.

Ou seja, só há potencial autoincriminação se o interrogado optar por falar, mesmo após advertido do direito ao silêncio.

Nessas condições, haverá uma opção suficientemente informada. Não vejo o uso das declarações do interrogado como prova como violação ao direito à não autoincriminação.

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-

## **ADPF 395 MC / DF**

se pessoalmente sobre as suspeitas que contra ele pairam.

Cabe à defesa decidir por falar ou calar.

Submeter o investigado a interrogatório não é, por si só, uma violação ao direito à não autoincriminação.

Disso concluo que não há violação, nem ao menos potencial, ao direito à não autoincriminação.

### **3.2.2 Direito ao tempo necessário à preparação da defesa**

O direito ao tempo necessário à preparação da defesa, a que faz jus o acusado da prática de infração penal, é uma decorrência dos direitos ao devido processo legal e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

Tal direito está expressamente consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário – artigo 14, 3, “b”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, “c”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

Eventual autoincriminação decorrente da condução coercitiva poderia estar ligada à surpresa, ao pouco tempo para fazer uma opção informada entre falar, ou não, e para estruturar uma tese defensiva.

Ocorre que o direito ao tempo para a preparação não se manifesta dessa forma.

Investigados e réus não têm a prerrogativa de definir o momento em que serão interrogados.

No curso da ação penal, o direito ao tempo necessário à preparação da defesa é conferido com generosidade pela legislação processual em vigor, que situa a instrução processual após a dedução da defesa escrita, e ainda o interrogatório ao final da instrução – arts. 396, 400, 406, 411, 474 e 531 do CPP. O STF estabeleceu a orientação de que o interrogatório ao final da instrução deve ser observado em todas as ações penais, mesmo em procedimentos especiais cuja regência preveja em contrário – HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016.

Assim, tenho que as normas processuais, tal qual postas, asseguram

## ADPF 395 MC / DF

suficientemente tempo de preparação para o interrogatório. Não vejo, em fase de ação penal, a possibilidade de vulneração ao direito ao tempo de preparação da defesa.

Quanto à investigação, o direito ao tempo necessário à preparação da defesa insere-se no âmbito das “garantias judiciais” do acusado de delito – artigo 8, 2, do Pacto de San José. São direitos com aplicação direta ao procedimento judicial de determinação de responsabilidade criminal. Podem ser aplicados, no que cabível, a outros procedimentos, potencialmente gravosos, de determinação de responsabilidade. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já aplicou o artigo 8 para processos punitivos, ainda que não conduzidos por órgãos do poder judiciário, como processos de cassação extrajudicial de magistrados de Tribunal Constitucional – casos Tribunal Constitucional vs. Perú, sentença de 31 de janeiro de 2001; Baena Ricardo e outros vs. Panamá, sentença de 2 fevereiro de 2001, §§ 125 a 127 e 129; Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador, sentença de 28 de agosto de 2013.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando o correspondente artigo 6 da Convenção Europeia, afirma que as garantias judiciais do acusado devem ser, no que aplicáveis, observadas nas investigações policiais – caso Imbrioscia v. Suíça, decisão de 24 de novembro de 1993, § 36.

Não é o caso do direito ao tempo para preparação da defesa.

Na investigação, não há uma acusação formada. O investigado não tem o ônus de preparar defesa, na medida em que não está enfrentando uma acusação. Pode intervir nas investigações, dando sua versão dos fatos, oferecendo razões, etc. Mas essa intervenção não equivale a uma defesa. Não há prazo de preparação para o inquérito policial.

Pelo contrário, no curso da investigação, a regra é que o interrogatório seja realizado tão logo quanto o possível.

O CPP afirma que a Autoridade Policial deverá ouvir o suspeito “logo que tiver conhecimento da infração” (art. 6º, V).

Se houver prisão em flagrante, o interrogatório faz parte do auto respectivo (art. 304 do CPP). Ou seja, será tomado poucas horas após a

## ADPF 395 MC / DF

captura.

De um modo geral, o investigado preso é interrogado logo após a prisão. Mesmo antes do interrogatório formal, têm valor probante as declarações imediatamente posteriores à prisão, desde que precedidas da advertência constitucional quanto ao direito ao silêncio – art. 5º, LXIII, da CF.

Para decretarmos a incompatibilidade com a Constituição do interrogatório do conduzido, teríamos que reconhecer o vício do interrogatório policial dos presos em geral e dos flagrados em particular.

A prontidão na realização do interrogatório é compatível com os direitos da defesa e com os objetivos da investigação criminal. Frequentemente, o tempo é essencial para o sucesso das apurações. A conjugação da inquirição de testemunhas, vítimas e suspeitos com a colheita de outras provas é vital para que os fatos sejam revelados.

Por conta da necessária velocidade das apurações, de um modo geral, regras de delimitação de tempo e de lugar dos atos processuais não se aplicam ao inquérito policial.

Regras do Código de Processo Civil restritivas do tempo dos atos processuais não se projetam a essa fase – art. 212.

Nem mesmo a regra de prazo mínimo para resposta à intimação, atualmente 48 horas, pode ser projetada ao inquérito – art. 218, § 2º, do CPC.

Aliás, mesmo para a prática de atos processuais, o CPP não estabelece restrições de tempo – art. 797.

Não há sequer direito subjetivo ao interrogatório policial. O Ministério Público pode denunciar pessoa que em momento algum foi tratada como suspeita pela autoridade policial.

O desconforto do investigado com o momento do interrogatório é eficazmente contrabalanceado pelo direito ao silêncio e pelo direito a apresentar razões por intermédio de advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da OAB).

Dessa forma, tenho que a condução coercitiva não se traduz em violação, ainda que potencial, ao direito ao prazo necessário para

preparação da defesa.

### 3.2.3 Direito ao devido processo legal

Alega-se que a condução coercitiva uma violação ao direito ao devido processo legal – art. 5º, LIV, CF.

O raciocínio parte da inexistência de poder geral de cautela no processo penal, a desautorizar a adoção de medidas processuais atípicas. Nesse sentido, Rodrigo Capez sustenta que como “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” – **No processo penal não existe o poder geral de cautela**. Conjur, 6.3.2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>. Acesso em 5.5.2017.

A tese de que o processo penal deve-se ater apenas aos atos processuais tipificados em lei é controversa na doutrina processual. Até o momento, o Supremo Tribunal não teve a oportunidade de ater-se a ela em toda a sua extensão. Nos termos em que estou defendendo, este caso fica solucionado, sem resolver em definitivo tal controvérsia de alta indagação.

Para não deixar de tecer algumas considerações, anoto que a condução coercitiva não é medida completamente atípica. O art. 260 do CPP admite a condução coercitiva, muito embora mencione a prévia intimação. Ou seja, haveria base legal para restringir a liberdade do imputado, forçando-o a comparecer ao ato processual. O problema estaria na inobservância do rito legal, nos casos em que dispensada a intimação prévia.

Na mesma linha, a condução coercitiva poderia ser vista como um *minus* em relação à prisão preventiva, medida cautelar pessoal típica. A condução coercitiva é uma supressão completa da liberdade de locomoção, ainda que por período limitado – até a realização do interrogatório. Tendo isso em vista, não descartaria, por exemplo, a

## ADPF 395 MC / DF

substituição da prisão preventiva para identificação (art. 313, parágrafo único, do CPP) pela condução coercitiva para a mesma finalidade. Tratar-se-ia de medida igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Além disso, muito embora atinja a pessoa do investigado, a condução coercitiva tem função instrutória. Parece seguro admitir algum grau de plasticidade nas medidas instrutórias. O CPP parece consagrar a liberdade dos meios probatórios, mitigada apenas quanto à prova do “estado das pessoas” – art. 155, parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Mesmo “as restrições estabelecidas na lei civil” são escassas. O CPC afirma o direito de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados” – art. 369.

Nossa doutrina evoluiu de uma posição mais tradicional, que afirmava a ampla liberdade na produção da prova – “toda a prova que não atente contra a moralidade, nem violente o respeito à dignidade humana, é permitida” – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; **Código de Processo Penal Comentado**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356 – para uma desconfiança com provas inominadas. Ainda assim, mesmo essa última linha doutrinária faz concessões, tolerando provas não nominadas “excepcionalmente e com determinados cuidados” – LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 595.

A rigor, a questão em causa não reside nem sequer na liberdade dos meios de prova, mas da possibilidade de, em casos extremos, fugir do rito legal para sua produção. A colheita da prova pode restringir a liberdade dos envolvidos e de terceiros.

Tome-se por exemplo a prove testemunhal. À testemunha não é dada a escolha de ir ou não a Juízo depor – art. 202 do CPP. A lei comina sanções para a ausência – multa, custas, desobediência (art. 219) –, além da possibilidade da condução coercitiva (art. 218). Trata-se de uma restrição a liberdade de um terceiro ao processo que, como regra, deve seguir o rito próprio.

Imagine-se uma testemunha sob ameaça. O dever de testemunhar

## **ADPF 395 MC / DF**

pode ser imensamente gravoso, a ponto de colocar o obrigado em risco. O risco não elide o dever de testemunhar – art. 202 do CPP. Ele é mitigado pelas ferramentas disponíveis aos programas de proteção às testemunhas ameaçadas – Lei 9.807/99. Imagine-se que essa testemunha, intimada para comparecer ao Plenário do Júri onde será julgado o fato que presenciou, compre uma passagem para o exterior para a mesma data. Há razões para crer que a testemunha pretende furtar-se ao dever de depor, frustrando o ato processual.

Se existe o poder geral de cautela, a condução coercitiva seria possível mesmo sem aguardar a ausência anunciada da testemunha. Se não, seria imprescindível aguardar o fracasso do julgamento.

A existência ou não de um poder geral de cautela no processo penal decidirá se o juiz pode abandonar o rito legal, em situações excepcionais, ou se está completamente amarrado pelo rito legal.

Muito embora essa cogitação seja de relevância, o caso pode ser resolvido por outras vias.

Por essa razão, ao menos no atual estágio da nossa compreensão sobre a tipicidade dos atos processuais, tenho que não deve ser afirmada potencial violação ao direito ao devido processo legal.

### **3.2.4 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

## ADPF 395 MC / DF

– por exemplo, busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, 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.

Dessa forma, o argumento da violação à imparcialidade e da paridade de armas não se sustenta.

A Constituição de 1.988 (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, na medida em que não se tem ainda processo contraditório em sentido estrito, o direito à ampla defesa é assegurado, essencialmente, pelo direito à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF). Esse direito aumenta de dimensão no curso da ação penal, no qual a assistência do advogado é obrigatória – art. 261 do CPP.

Trata-se de direito que reclama medidas legislativas e administrativas de organização e procedimento com vistas a assegurar a atuação do defensor.

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 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.

O direito à ampla defesa, no que aplicável ao interrogatório, é garantido pelo direito à assistência do advogado, associado ao direito ao

## ADPF 395 MC / DF

silêncio.

A condução coercitiva não afasta esse direito. Não vislumbro potencial ofensa ao preceito.

### 3.2.5 Direito à liberdade de locomoção

De forma diferente 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.

### 3.2.6 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.

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 são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado conduzido é claramente tratado como culpado.

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

Estabelecido que a condução coercitiva interfere nos direitos à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade, resta ver se a interferência é incompatível com a Constituição Federal.

Restrições à liberdade de locomoção e o tratamento pontual de investigados como culpados são aceitáveis, desde que proporcionais.

A liberdade de locomoção não é um direito absoluto. Pode ser 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, infelizmente, 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 lícita – 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 tenha interesse em ser 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

## ADPF 395 MC / DF

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, ao menos de acordo com a legislação atualmente em vigor.

O essencial para essa conclusão é que a legislação prevê o direito de ausência ao interrogatório, especialmente em fase de investigação. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.

Para que a condução coercitiva seja legítima, ela deve 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.

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.

Mesmo que não paire 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.

## ADPF 395 MC / DF

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

Relevante para este processo é a condução coercitiva para aquilo que a legislação denomina a segunda parte do interrogatório, o interrogatório sobre os fatos – art. 187, § 2º, do CPP.

A diferença dessa hipóteses em relação à condução coercitiva para interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente ao ato.

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 não é obrigado a comparecer.** Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

## ADPF 395 MC / DF

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 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

## ADPF 395 MC / DF

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: 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 legal de comparecer ao 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.

## ADPF 395 MC / DF

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

A maior parte dos ordenamentos jurídicos confere algum poder às autoridades policiais de restringir temporariamente, por decisão própria, a liberdade de suspeitos de crimes graves.

No entanto, nossa Constituição 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.

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.

Acrescento que, ainda que se vislumbrasse espaço para a condução coercitiva para interrogatório, esse seria uma excepcional restrição da liberdade do acusado. Nesse contexto, não vejo como, mesmo quem considere a condução possível, se possa deixar de exigir a rigorosa observância da integralidade do art. 260 do CPP, ou seja, intimação prévia para comparecimento não atendida.

As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual. Muito embora alegadamente fundada no interesse da investigação criminal, essa restrição severa da liberdade individual não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Tenho por suficiente o perigo de lesão grave aos direitos individuais, autorizando o deferimento da medida liminar por decisão unipessoal.

Em consequência, a medida liminar merece acolhida.

Quanto ao interrogatório na instrução processual, relego a análise para a fase de julgamento.

Anoto que esta decisão **não tem o condão de desconstituir interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo**

## ADPF 395 MC / DF

**que o interrogado tenha sido coercitivamente conduzido para o ato.** Como procurei destacar, estou reconhecendo a inadequação do tratamento dado ao imputado, não do interrogatório em si. Argumentos internos ao processo, como a violação ao direito ao silêncio, estão sendo refutados.

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

Ante o exposto, **defiro a medida liminar, 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 provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Requisite-se à Presidência a inclusão no calendário do Pleno para referendo da medida liminar e julgamento de mérito.

Comunique-se ao CNMP, CNJ, Polícia Federal e Secretarias de Justiça dos Estados.

Publique-se. Int..

Brasília, 18 de dezembro de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*