

14/06/2018

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Supremo Tribunal Federal, Senhora Presidente, **defronta-se**, neste processo, com questão **impregnada** de extrema importância e de altíssimo relevo, pois envolve a **definição** sobre a extensão dos poderes do Estado em face dos direitos e garantias que a Constituição da República **outorgou** às pessoas eventualmente sujeitas, por suposta prática delituosa, a atos de investigação criminal **ou** de persecução penal em juízo.

Registro, também, que o teor do voto que vou proferir nada mais revela e traduz senão posição que **tenho invariavelmente adotado** nesta Corte a respeito, precisamente, das relações entre o poder do Estado, de um lado, e os direitos fundamentais da pessoa, de qualquer pessoa, de outro, que venha a ser submetida à ação investigatória e punitiva dos órgãos de persecução criminal.

Sabemos todos, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados **quase 30 anos** de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento** das instituições democráticas e **na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce o espírito virtuoso** que anima e informa a ideia de República.

O **novo** Estado constitucional brasileiro, **fundado** em bases genuinamente democráticas e plenamente legitimado pelo consenso dos governados, **concebeu** a Suprema Corte de nosso País – que sempre se **caracterizou como solo historicamente fértil** em que germinou e se

desenvolveu a semente da liberdade – **como verdadeiro** *espaço de defesa e proteção* das franquias individuais e coletivas, **além de representar**, em sua atuação institucional *como órgão de cúpula* do Poder Judiciário nacional, *um veto permanente e severo* ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes e ao desvio e deformação da ideia de Estado Democrático de Direito.

Se é certo, portanto, Senhora Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, por excelência, **um espaço** de proteção e defesa das liberdades fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** *imparciais, isentos e independentes*, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes *do clamor popular e da pressão das multidões*, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura *a qualquer réu* mediante instauração, em juízo, *do devido processo penal*.

A **questão da legitimidade** do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares e da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que *“a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”* (grifei).

Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se *como abusiva e ilegal a utilização do clamor público* como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (**RTJ** 112/1115 – **RTJ** 172/159 – **RTJ** 180/262-264 – **RTJ** 187/933-934 – **RTJ** 193/1050, *v.g.*), **esse ilustre magistrado federal**, no trabalho que

venho de referir, **também põe em destaque** o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em “*ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica*”.

A liberdade humana, **inclusive** a de qualquer pessoa sob investigação criminal **ou** persecução penal, **não** constitui **nem** se qualifica *como simples concessão do Estado*.

Ao contrário, a liberdade **traduz** um dos mais expressivos privilégios individuais, **além** de configurar **inquestionável** direito fundamental de qualquer pessoa cuja origem tem sua gênese no texto da própria Constituição da República.

Os postulados constitucionais *que consagram a presunção de inocência e a essencial dignidade da pessoa humana repudiam, por ilegítimas*, práticas estatais **que convertem** atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou** réus *em cerimônias públicas de arbitrária degradação moral* daqueles que são expostos a procedimentos de investigação criminal **ou** de persecução penal.

O dever de proteção das liberdades fundamentais asseguradas no texto da Constituição da República **representa** encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se, sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, **após** séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, **na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamais poderá constituir** *reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional*.

Na realidade, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso*, resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo, **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que

neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem** a que prevaleça, **no âmbito de qualquer persecução penal movida** pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu*, **em cujo favor** – é o que impõe a própria Constituição da República – **devem ser assegurados** todos os meios e recursos inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura, desse modo, como exigência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada** a limitar e a impor contenção à vontade do Estado e à de qualquer outro protagonista formalmente **alheio** à própria causa penal.

O **processo penal e os Tribunais**, nesse contexto, são, *por excelência*, **espaços institucionalizados** de defesa e proteção dos réus **contra** eventuais excessos da maioria, **ao menos**, Senhora Presidente, **enquanto** este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, **as causas** submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda permanente* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional **e** nas leis da República.

Com efeito, *a necessidade de outorgar-se*, em nosso sistema jurídico, *proteção judicial efetiva* à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na

*verdade, **como fundamento imprescindível** à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.*

*De outro lado, Senhores Ministros, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das Arcadas e **eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/8, 1911), **no sentido** de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.*

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

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

Penal”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:

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

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

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

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

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

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

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

Nesse contexto, Senhora Presidente, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, **no âmbito** do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, **cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado e, *em particular*, **das decisões** de seu Poder Judiciário.

Não se desconhece, Senhores Ministros, **que se revela inquestionável a essencialidade da atividade probatória** que se deve realizar **no curso** dos procedimentos estatais de persecução criminal, **sempre** com o objetivo de apurar e de esclarecer a verdade real **em torno** do fato delituoso, circunstância que põe em evidência, *com particular destaque*, entre outros meios instrumentais, a condução coercitiva.

Nesse contexto, a condução coercitiva – designada como condução “debaixo de vara” pelo Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 (art. 95) – qualifica-se como instrumento juridicamente **destinado a viabilizar** o depoimento de testemunhas, a declaração de vítimas **ou** ofendidos **e**, ainda, o esclarecimento de peritos quanto ao laudo técnico por eles produzido.

Vê-se, daí, que a utilização, sempre excepcional, desse meio instrumental **não constitui** uma finalidade em si mesma, **pois a condução coercitiva não se esgota em si própria, na medida** em que objetiva a realização de fins autorizados pela legislação.

Para que se legitime essa extraordinária medida, impõe-se que a condução coercitiva – tratando-se de testemunhas, ofendidos ou peritos – atenda a determinados requisitos, sob pena de o emprego dessa providência excepcional **constituir prática estatal abusiva e transgressora** das normas **que compõem** o ordenamento positivo do Estado.

Entendo, bem por isso, que o mandado de condução coercitiva, para ser validamente expedido e efetivado, depende, quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos, da conjugação de determinados pressupostos, **a seguir indicados: (a) prévia e regular intimação pessoal** daquele que é convocado a comparecer perante autoridade estatal competente, **(b) não comparecimento** ao ato processual designado **e (c) inexistência** de causa legítima **que justifique** a ausência ao ato processual que motivou a convocação.

Essa percepção do tema encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 660, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/707-708, 15ª ed., 2014, Saraiva; ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, “Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro”, vol. II/53,

item n. 609, 1942, Freitas Bastos; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO HENRIQUE COLNAGO, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 234, 2015, Saraiva; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 516, item n. 10.1.10.10.3, 2014, Saraiva; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 356/357, 2012, Saraiva; EDILSON MOUGENOT BONFIM, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 483, 4ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), **valendo destacar**, em face de sua extrema pertinência, **a lição** de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 537, item n. 14-A, 16ª ed., 2017, Forense):

“(…) realizar a condução coercitiva, diretamente, sem que a testemunha tenha sido previamente intimada para uma audiência – não tendo comparecido – é uma evidente ilegalidade. Jamais se pode ‘criar’ ou ‘inventar’ no contexto das ciências criminais, onde impera o princípio da legalidade.
(…) No entanto, inexistente argumento mais absurdo do que sustentar o seguinte: se o juiz poderia decretar a temporária, obrigar o sujeito ‘apenas’ à condução coercitiva é proporcional e adequado. A ficção estabelecida é muito simples, pois as testemunhas de um processo-crime ‘não são suspeitas do cometimento do delito’ e não é cabível prisão temporária. Por outro lado, quem for suspeito não pode ser conduzido coercitivamente, sob o pretexto de ser testemunha, para, no fim, produzir prova contra si mesmo – o que é renegado pelo princípio da presunção de inocência. Enfim, ‘não existe’ condução coercitiva de testemunha, sem que esta deixe de comparecer a um ato processual para o qual foi devidamente intimada. Se houver, é abuso de autoridade. ‘Não há’ condução coercitiva de suspeitos para prestarem declarações, pois existem o direito ao silêncio e a ausência de obrigação de produzir prova contra si mesmo. Se for feita, constitui abuso de autoridade.” (grifei)

Mesmo que se registre a configuração *de referido trinômio* (prévia e regular intimação pessoal, não comparecimento e inexistência de justa

causa), **ainda assim impor-se-á**, *quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos*, que a condução coercitiva **tenha sido ordenada por autoridade judiciária competente**, **pois** a adoção dessa medida **está sujeita à observância da reserva de jurisdição**, **considerada** a relevantíssima circunstância de que a providência em causa, **embora não implique supressão da liberdade do conduzido**, **provoca, no entanto, restrição temporária** ao direito de ir, vir e/ou permanecer do indivíduo, **que fica impossibilitado**, durante a prática do ato que motivou a condução coercitiva, de agir com autonomia.

Se é certo, portanto, **como assinala** HÉLIO TORNAGHI (“Instituições de Processo Penal”, vol. 3/201, 2ª ed., 1977, Saraiva), que a condução coercitiva **não envolve detenção preventiva da pessoa por ela atingida, não é menos exato** que aquele que é constrangido a comparecer a determinado ato processual fica submetido, *temporariamente*, a um “estado de apreensão”, **sob vigilância** do Poder Público.

É por tal razão que se tem entendido que “A condução coercitiva (...) possui natureza jurídica de medida cautelar de coação pessoal”, **pelo que o indivíduo se vê** “privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível” (DIOGO MALAN, “Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal”, “in” Boletim do IBCCrim, n. 266, p. 02/04, jan/2015).

O ordenamento jurídico brasileiro – **embora admita** a possibilidade da condução coercitiva *de testemunhas, de vítimas ou ofendidos e de peritos técnicos*, **uma vez atendidos** os requisitos legais **que lhe condicionam o válido emprego** – **encontra limitação** de ordem constitucional **no que concerne à pessoa sob investigação penal ou persecução criminal em juízo**.

Com efeito, o exame da declaração constitucional de direitos permite reconhecer que aquele que se acha sob persecução penal (em juízo ou fora dele) possui direitos e titulariza garantias plenamente oponíveis ao Estado e aos seus agentes, nesse ponto residindo a própria razão de ser do sistema de liberdades públicas que se destina, em sua vocação protetiva, a amparar o cidadão contra eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades emanados do aparelho estatal.

Cabe lembrar, por necessário, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em torno da matéria pertinente à posição jurídica que o indiciado – e, com maior razão, o próprio réu – ostenta em nosso sistema normativo, e que lhe reconhece direitos e garantias inteiramente oponíveis ao poder do Estado por parte daquele que sofre a persecução penal:

“INQUÉRITO POLICIAL – UNILATERALIDADE – A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO.

– O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto ‘dominus litis’ – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações.

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.”

(RTJ 168/896-897, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Para além da própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o indiciado ou réu qualifica-se, em

*face dos poderes persecutórios do Estado, como sujeito de direitos, **cabe destacar** que o legislador, **ao editar** a Lei nº 13.245, de 12/01/2016, **introduziu** no art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) o **inciso XXI**, cujo texto **reconhece** ao Advogado **uma inafastável** prerrogativa de ordem profissional:*

*“**Art. 7º** (...).*

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

*a) **apresentar** razões e quesitos (...).” (grifei)*

Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida **no âmbito** desta Suprema Corte (**MS 23.576/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que o respeito** aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, **constitucionalmente**, a organização do Estado Democrático de Direito, **longe de comprometer** a eficácia das investigações e persecuções penais, **configura** fator de irrecusável legitimação **de todas as ações lícitas** desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público **ou** pelo próprio Poder Judiciário.

A pessoa contra quem se instaurou persecução penal – **não importa** se em juízo **ou** fora dele – **não se despoja**, mesmo **que se cuide** de simples indiciado, **de sua condição de sujeito de determinados direitos e senhor de garantias indisponíveis**, **cujo desrespeito só põe em evidência** a censurável (e inaceitável) **face arbitrária** do Estado, **a quem não se revela lícito desconhecer** que os poderes de que dispõe **devem** conformar-se, **necessariamente**, ao que prescreve o ordenamento positivo da República.

Esse entendimento – que reflete a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída sob a égide da vigente Constituição – encontra apoio na lição de autores eminentes, que, não desconhecendo que o exercício do poder não autoriza a prática do arbítrio, ênfaticam que, mesmo em procedimentos inquisitivos instaurados no plano da investigação policial, há direitos titularizados pelo indiciado *que simplesmente não podem ser ignorados pelo Estado*.

Cabe referir, nesse sentido, o magistério de FAUZI HASSAN CHOUKE (“Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, p. 74, item n. 4.2, 1995, RT), de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Polícia Civil e as Garantias Constitucionais de Liberdade”, “in” “A Polícia à Luz do Direito”, p. 17, 1991, RT), de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 383, 1993, Saraiva), de ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE (“O Indiciado: de Objeto de Investigações a Sujeito de Direitos”, “in” “Justiça e Democracia”, vol. 1/181, item n. 4, 1996, RT), de PAULO FERNANDO SILVEIRA (“Devido Processo Legal – Due Process of Law”, p. 101, 1996, Del Rey), de ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“Inquérito Policial e Ação Penal”, p. 60/61, item n. 48, 7ª ed., 1998, Saraiva) e de LUIZ CARLOS ROCHA (“Investigação Policial – Teoria e Prática”, p. 109, item n. 2, 1998, Saraiva), entre outros.

Tenho para mim que se revela inadmissível, *sob perspectiva constitucional*, a possibilidade de condução coercitiva do investigado, do indiciado ou do réu, especialmente se se analisar a questão sob a égide da própria garantia *do devido processo legal*, inclusive da prerrogativa contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.

Com efeito, o exame da cláusula do “*due process of law*” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, o

privilégio contra a autoincriminação, direito público subjetivo, *de estatura constitucional, assegurado a qualquer* pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política (**RTJ 172/929-930**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RDA 196/197**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 78.814/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A prerrogativa contra a autoincriminação, **tal como tem sido compreendida** pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 99.289/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reveste-se** de conteúdo abrangente, **por envolver**, em seu âmbito de proteção, **sempre em favor** daquele **que sofre** a persecução penal, entre outras faculdades jurídicas, **o direito** (a) **de permanecer em silêncio**, (b) **de não ser tratado**, pelos agentes do Estado, *como se culpado fosse*, **antes** do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), (c) **de recusar-se a participar**, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (**RTJ 141/512**), **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso **e** o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, **para efeito** de perícia criminal (**HC 69.026/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 77.135/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **HC 83.096/RJ**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 64.354/SP**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, *v.g.*) **e** (d) **de não ser obrigado a cooperar** na investigação penal dos fatos (**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 89.503/RS**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **HC 99.289/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Na realidade, **ninguém pode ser constrangido** a confessar a prática de um ilícito penal (**HC 80.530-MC/PA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Trata-se de prerrogativa**, que, *no autorizado magistério* de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), *“constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes*

pudesse *compelir* o adversário a apresentar *provas decisivas* em seu próprio prejuízo (...)” (grifei).

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado**, de modo consistente, **os direitos e garantias** que assistem **a qualquer** pessoa sob investigação estatal **ou** persecução penal.

Não custa lembrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, **vem construindo**, no exercício de sua jurisdição constitucional, **verdadeira jurisprudência das liberdades**, com decisões que proclamam e asseguram, a **qualquer** pessoa, dentre **outras** importantes prerrogativas jurídicas, **o direito** de ser presumida inocente, **até que sobrevenha** condenação penal **transitada** em julgado (**ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **o direito de não ser** tratada **como se** já fosse culpada (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **e, ainda, o direito** de permanecer em silêncio (**HC 94.082-MC/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Supremo Tribunal Federal, **ao assegurar**, *jurisdicionalmente*, **o direito fundamental** à presunção de inocência, **tem advertido**, reiteradas vezes, que as acusações penais **jamais se presumem** provadas, **eis que** o ônus da prova **incumbe**, *exclusivamente*, **a quem acusa**:

“(…) **É sempre importante reiterar** – **na linha** do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **consagrou** na matéria – **que nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete**, ao réu, **demonstrar** a sua inocência. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público, **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor** que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua

*própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).
Precedentes."*

(HC 83.947/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Assiste, a **qualquer** pessoa **regularmente** convocada para depor perante autoridade pública (seja esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa), **o direito de manter-se em silêncio, sem** se expor – **em virtude** do exercício **legítimo** dessa faculdade – a **qualquer** restrição em sua esfera jurídica, **desde** que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, **possam acarretar-lhe** grave dano (“*Nemo tenetur se detegere*”).

Convém assinalar, neste ponto, que, “*Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação*” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT – grifei).

É por essa razão que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **reconheceu** esse direito **também em favor** de quem presta depoimento **na condição de testemunha, advertindo, então, que “Não configura** o crime de falso testemunho, quando a pessoa, **depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”** (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).

Esse direito, na realidade, **é plenamente oponível** ao Estado, **a qualquer** de seus Poderes **e** aos seus respectivos agentes **e** órgãos. **Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação** das próprias atividades de investigação **e** de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, *p. ex.*).

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual “*Nemo tenetur se detegere*”, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Constituição de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o “*Bill of Rights*” norte-americano.

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, de maneira mais incisiva, em *Miranda v. Arizona* (1966) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.

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

Cumpre rememorar, bem por isso, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.742/DF, Red. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO (DJU de 02/04/93), também reconheceu que ninguém pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer

acusado **ou** indiciado **contra** a autoincriminação, **ser constrangido** a produzir prova contra si próprio **ou**, então, **sofrer**, em função do **legítimo exercício** desse direito, **restrições** que afetem o seu “*status poenalis*”.

A Suprema Corte brasileira, **fiel** aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, **ênfaticamente** que **qualquer indivíduo** “*tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio – **constitui** prerrogativa individual **que não pode ser** desconsiderada **por qualquer** dos Poderes da República.

Cabe enfatizar, ainda – e **como natural decorrência** dessa insuprimível prerrogativa constitucional –, **que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição** de ordem jurídica à situação individual da pessoa que invoca essa cláusula de tutela **pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio**. **Daí a grave – e corretíssima – advertência** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT), **para quem o direito de permanecer calado** “*não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem*”.

Esse **mesmo** entendimento é perfilhado por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), **que repele**, por **incompatíveis** com o **novo** sistema constitucional, **quaisquer** disposições legais, prescrições regimentais **ou** práticas estatais que autorizem inferir, do exercício do direito ao silêncio, **inaceitáveis consequências**

prejudiciais à defesa, aos direitos e aos interesses do réu, do indiciado ou da pessoa meramente investigada, **tal como já o havia proclamado** o Supremo Tribunal Federal, **antes da edição** da Lei nº 10.792/2003, que, **dentre** outras modificações, **alterou** o art. 186 do CPP (**RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

É importante insistir, portanto, na asserção de que, **mesmo** o indiciado, **quando submetido** a procedimento inquisitivo, *de caráter unilateral* (perante a Polícia Judiciária ou uma CPI, *p. ex.*), **não se despoja** de sua condição **de sujeito** de determinados direitos e **de titular** de garantias indisponíveis.

O que se revela importante registrar, neste ponto, é uma simples, porém *necessária*, **observação**: a função estatal de investigar **não pode** resumir-se a uma sucessão de abusos **nem deve** reduzir-se a atos que importem em violação de direitos **ou** que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis da República. **O procedimento estatal** – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – **não pode transformar-se** em instrumento de prepotência **nem converter-se** em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins **não** justificam os meios. **Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos** pelos órgãos, pelos agentes **ou** pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam **ou** julgam, **não estão exonerados** do dever de respeitar os **estritos** limites da lei e da Constituição, **por mais graves** que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

Cabe advertir, no entanto, **tal como lembrou** em seu douto voto o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **que a exigência de respeito** aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional **não frustra nem** impede o exercício pleno, por **qualquer** órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, **a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação** da atividade estatal. **Esse dever de obediência** ao regime da lei **impõe-se a todos** – magistrados, administradores e legisladores.

É, portanto, na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados, independentemente da **adequação** dos meios à disciplina imposta pela ordem jurídica – **que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão** que emergem do estado de permanente conflito entre o princípio da autoridade e o valor da liberdade.

O que simplesmente se revela intolerável, e não tem sentido, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à “rule of law”, é a sugestão – **que seria paradoxal, contraditória e inaceitável** – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis **possa traduzir** fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

O respeito efetivo aos direitos individuais e às garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral **representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente** de que se **consolida**, em nosso País, de maneira real, **o quadro democrático** delineado pela **mais democrática de todas** as Constituições que o Brasil já teve: **a Constituição republicana de 1988**.

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

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

Mostra-se extremamente precisa, neste ponto, quanto à inadmissibilidade de o Poder Público constranger o indiciado ou acusado a cooperar na investigação penal dos fatos e a produzir provas contra si próprio, a lição ministrada pelo eminente Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica”, “in” Revista do Advogado/AASP nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994):

“Outra decorrência do preceito constitucional, ainda no terreno da prova, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente (...).” (grifei)

A impossibilidade constitucional de constranger-se o indiciado **ou** o réu **a comparecer**, mediante *condução coercitiva*, perante a autoridade policial **ou** a autoridade judiciária, *para fins de interrogatório*, **resulta** não só do sistema de proteção das liberdades fundamentais, **mas**, *também*, da **própria** natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, **qualificável como meio de defesa do acusado**, especialmente em face do novo tratamento normativo **que lhe conferiu** a Lei nº 10.792/2003, **tal como expressamente o reconhece** *autorizadíssimo magistério doutrinário*

(ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.).

Essa particular qualificação do interrogatório *como meio de defesa* permite que nele se reconheça a condição de instrumento viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

É por isso que LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, p. 486, item n. 2, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), **enfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental** do próprio direito de defesa do acusado, **põe em destaque** os aspectos ora mencionados, **assinalando**, com inteira procedência, que, “(...) *no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais*” (grifei).

Mostra-se importante lembrar, no ponto, que esse entendimento tem o inteiro beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema, como se

vê, p. ex., de decisão **proferida em 2008, motivada** pela superveniência da Lei nº 10.792/2003:

“O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU.

*– Em sede de persecução penal, o **interrogatório judicial** – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa** do réu, que, **além de não ser obrigado** a responder **a qualquer** indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. **Doutrina. Precedentes.**”*

(**HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia assinalar, de outro lado, *por necessário, examinada a função defensiva sob perspectiva global, que o direito do réu à não autoincriminação e à presunção de inocência, além de traduzir* expressão concreta do direito de defesa (**mais especificamente** da prerrogativa de autodefesa), **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, *mesmo* que se trate de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados.

A justa preocupação da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas *meramente acusadas* de práticas delituosas **tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos**, um dos tópicos **mais** sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, *seja* em âmbito regional, **como** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), **aplicável** ao sistema interamericano, *seja* em âmbito universal,

como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **instrumentos que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras prerrogativas eminentes, **o direito de não produzir provas** contra si próprio **e o de não ser considerado culpado**, pelo Estado, **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, **cabendo referir**, por relevante, **nesse sentido**, a **Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Artigo 48, n. 1) **e a Convenção Europeia** dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2).

Vale registrar, ainda, expressivo fragmento extraído do “Livro Verde” apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 26.4.2006, p. 5 e 6), **que analisa, precisamente, o tema concernente ao princípio da presunção de inocência** no âmbito da União Europeia:

*“A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (‘TEDH’) **compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência. Apenas a pessoa** ‘objecto de uma acusação penal’ **dela pode beneficiar. Os arguidos devem ser tratados como inocentes até** que o Estado, **através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna** elementos de prova **suficientes** para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. **A presunção de inocência ‘exige [...] que os membros de um tribunal não partam da idéia pré-concebida** de que o arguido **cometeu a infracção que lhe é imputada’. O órgão jurisdicional não pode** declarar um arguido culpado **antes** de estar efectivamente provada a sua culpabilidade. **Um arguido não deve** ser detido preventivamente **excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa** for sujeita a prisão preventiva, **deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida. O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor** do arguido. **Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder** a quaisquer perguntas. **Normalmente o arguido não deve contribuir** para a sua própria incriminação.*”

Os seus bens não devem ser confiscados sem um processo equitativo.”
(grifei)

Essa é a razão pela qual não tem sentido adotar-se medida cautelar, de caráter restritivo, contra alguém, **como** a condução coercitiva do indiciado **ou** do réu, para interrogatório, **sob o fundamento** (*absolutamente equivocado*) de que a pessoa sujeita à persecução penal **não se mostrou** disposta a colaborar com o Estado, **recusando-se**, até mesmo, **a expor** a sua versão para os fatos que lhe foram imputados.

Impende assinalar, neste ponto, **uma vez mais**, tendo em vista o estado da questão ora em exame, **que a condução coercitiva** do investigado **ou** do réu, para efeito de interrogatório, **revela-se ilegítima**, como anteriormente destacado, **eis que** a pessoa **exposta** à persecução estatal **tem o direito de não comparecer** ao ato de sua própria inquirição, **a significar que esse direito de ausência afasta** a possibilidade de ela vir a ser submetida à medida extraordinária **a que se refere** o art. 260 do Código de Processo Penal.

Daí o inteiro acerto da afirmação feita pelo eminente Relator sobre esse ponto específico:

“Para que a condução coercitiva fosse legítima, ela deveria destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.

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

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

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

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

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

.....
De qualquer forma, nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença, na forma do art. 260 do CPP. O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação.

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

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

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

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

A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar.

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

Cabe advertir, portanto, presentes tais razões, **que a ausência** de colaboração do indiciado ou réu com as autoridades públicas **e o exercício** da prerrogativa **constitucional** contra a autoincriminação – **não podem erigir-se** em fatores subordinantes da decretação de prisão cautelar **ou** da adoção de medidas que restrinjam **ou** afetem a esfera de liberdade jurídica de **de qualquer** réu, **como resulta claro** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*"(...) PRISÃO PREVENTIVA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – POSTURA DO ACUSADO – AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO. O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações **e** com a instrução processual. (...)."*

(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

*"– A recusa em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial **e a falta de cooperação** do indiciado **ou** do réu **com as autoridades** que o investigam **ou** que o processam **traduzem** comportamentos **que são***

*inteiramente legitimados pelo princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a autoincriminação, **especialmente** quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal.*

*O Estado – **que não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou** réus, **como se culpados fossem**, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – **também não pode** constrangê-los a produzir provas **contra** si próprios (RTJ 141/512), **em face** da cláusula que lhes garante, **constitucionalmente**, a prerrogativa contra a autoincriminação. (...).”*

(HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

***Nem se diga**, finalmente, **que a condução coercitiva** do indiciado ou do réu, para interrogatório, **independentemente** de prévia e regular intimação, **justificar-se-ia em face do poder geral de cautela** do magistrado penal.*

***Extremamente pertinente**, no ponto, a advertência que faz o ilustre magistrado RODRIGO CAPEZ, **consubstanciada** em magnífica lição, **quando assinala**, com absoluta precisão **e em face** do postulado constitucional da legalidade estrita em matéria processual penal, **que inexistente**, no processo penal, **o poder geral de cautela dos Juízes**.*

***Eis**, nesse ponto, **o magistério exposto** por esse brilhante magistrado paulista:*

*“**No processo civil**, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, **outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência** que reputar mais apropriada ao caso concreto, **ainda que não prevista em lei**.*

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

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

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto 'legalidade da repressão', como exigência de tipicidade ('nulla coactio sine lege') das medidas cautelares, a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.

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

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.

.....
Para Vittorio Grevi, é indubitável o significado garantístico do princípio da legalidade, sob o perfil da taxatividade, por vincular rigorosamente às previsões legislativas o exercício da 'discricionariedade' do juiz em matéria de limitação da liberdade da pessoa.

.....
Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se a um número fechado de hipóteses, 'sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)' do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. Trata-se de uma enumeração exaustiva ('numerus clausus'), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa ('numerus apertus').

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

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

Como se observa, a 'ratio' da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.

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

Essa medida não tem justificação constitucional, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio. Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se ele goza do privilégio contra a autoincriminação?" (grifei)

Esse, também, é o magistério do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ("Processo Penal", p. 1.113/1.114, item n. 18.2.6.6, 6ª ed., 2018, RT):

"Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. (...).

.....
Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas

previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.” (grifei)

Sendo assim, e em face das razões expostas, **peço vênia**, Senhora Presidente, **para acompanhar**, integralmente, o magnífico voto **proferido** pelo eminente Relator.

É o meu voto.