



EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA ADPF Nº 395
MINISTRO GILMAR MENDES

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no C.N.P.J. sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, neste ato representado pelos Presidentes de sua Diretoria e do Conselho Deliberativo (docs. 1/2) e por associados membros do grupo de litigância estratégica (doc. 3), todos advogados inscritos na OAB/SP, vem requerer sua admissão como *amicus curiae* na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, expondo adiante as razões pelas quais entende que a arguição deverá ser julgada procedente.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa
Avenida Liberdade, 65 - cj. 1101 - Cep 01503-000 - Centro - São Paulo
Fone/Fax: (11) 3107-1399

I – O TEMA DA PRESENTE ARGUIÇÃO, O IDDD E A ADMISSÃO DO INSTITUTO COMO *AMICUS CURIAE*

Pela arguição de descumprimento de preceito fundamental em epígrafe, o Partido dos Trabalhadores demanda dessa C. Suprema Corte a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal e a de inconstitucionalidade do uso de condução coercitiva “com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal”. Em apertada síntese, sustenta-se que tanto o dispositivo referido, quanto o uso da medida coercitiva em concreto, quando direcionados à obtenção de depoimentos de investigados ou réus, violam as garantias fundamentais à não-autoincriminação e ao direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal).

Antes de mais, não se desconhece que, ao disciplinar as arguições de descumprimento de preceito fundamental, a Lei nº 9.882/1999 silencia sobre possibilidade de admissão de terceiros como *amicus curiae*. Já o art. 138 do Código de Processo Civil conferiu nova disciplina à atuação de “amigo da Corte” e ampliou sua admissão para situações como a presente: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

Tem-se que não há óbice para a aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 a arguições de descumprimento de preceito fundamental. Como se sabe, o dispositivo que se acaba de referir prevê a atuação de *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade e pode ser transportado para outros feitos que impli-

quem controle abstrato de constitucionalidade, como ensina CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

“Considerando, contudo, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle *abstrato e concentrado* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional. (...)”¹

Anote-se, para amarrar as pontas no tema, que há diversos precedentes deste Supremo Tribunal admitindo a intervenção de *amicus curiae* em arguições de descumprimento de preceito fundamental².

Demonstrado o cabimento da intervenção pretendida, é preciso dizer que, atento ao disposto no art. 138 do Código de Processo Civil, no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.882/99 e lembrando que “a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo do controle normativo abstrato, qualifica-se como *fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte*, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado

¹. Cf. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., Saraiva, 2012, p. 186/187.

². Cf., da relatoria de V. Ex.^a, ADPF’s 366 (DJe 7.3.2016) e 97 (DJe 6.2.2007); da relatoria do Min. EDSON FACCHIN, cf. ADPF’s 403 (DJe 6.2.2017), 155 (DJe 9.8.2016) e 378 (DJe 16.12.2015); da relatoria do Min. DIAS TOFFOLI, ADPF’s 357 (DJe 17.8.2015) e 198 (DJe 1º.2.2011); da relatoria do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, cf. ADPF 186 (DJe 30.6.2010); da relatoria da Min. CÁRMEN LÚCIA, cf. ADPF 101 (DJe 1º.8.2008); e, do Min. MARCO AURÉLIO, ADPF 46 (DJ 20.6.2005).



democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”³, o IDDD apresenta-se a esse E. Supremo Tribunal requerendo sua admissão como *amicus curiae* para contribuir com o julgamento do feito sob o viés específico do direito de defesa, questão que se identifica com a finalidade social do Instituto.

Pois bem, o Requerente é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 1); para consecução da citada finalidade social, por meio também de atuação em processos de controle concentrado de constitucionalidade como o presente, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal” (doc. 1). Logo, a discussão sobre o exercício da defesa técnica, da autodefesa em confronto com o alcance da condução coercitiva para declarações ou interrogatórios, possuem nítida correlação e pertinência com a atuação do IDDD.

Postas tais considerações, diante das exigências dos dispositivos legais mencionados, ressalta-se a presença do requisito de relevância da matéria que foi devidamente reconhecido por V. Ex.^a ao determinar a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99 ao feito. Já a *adequacy of representation* comprova-se por diversos

³. ADI 2.130/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 2.2.2001.

documentos e notícias demonstrativos do reconhecimento da sociedade brasileira às ações do Instituto na busca do cumprimento de seus objetivos estatutários.⁴

Ainda a demonstrar a representatividade do Requerente, insta lembrar que essa C. Corte Suprema já o admitiu como *amicus curiae* em diversos casos⁵, não sendo demais apontar referências formuladas por Ministros em julgamentos diversos à

⁴ Para não tornar a instrução da presente manifestação muito extensa, o IDDD pede licença para indicar, por meio de *links*, outras notícias que retratam sua atuação no contexto jurídico, social e político: <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2016/02/20/EM-UM-ANO-BRASIL-TEM-MAIS-DE-48-MIL-AUDIENCIAS-DE-CUSTODIA-E-QUASE-METADE-DOS-PRESOS-E.htm>; <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/09/levantamento-revela-que-84-dos-presos-nao-puderam-ler-documentos-assinados-em-delegacia/>; <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-06/violencia-policia-nao-e-questionada-em-mais-de-45-das-audiencias-de-custodia/>; <http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/prisao-provisoria-usada-forma-excessiva-brasil-estudo/>; <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/memoriais-supremo-iddd-indica-falhas-julgamentos-penais/>; <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2016/09/19/direito-de-defesa-na-america-latina/>; <http://www.acritica.com/channels/manaus/news/sistema-prisional-e-carro-falido-e-ineficaz/>; <http://cbn.globoradio.globo.com/programas/jornal-da-cbn/2017/01/04/POLITICA-DE-CONSTRUCAO-DE-PRESIDIOS-E-ABSOLUTAMENTE-FALIDA-DIZ-ESPECIALISTA.htm>; <http://jota.info/justica/grande-maioria-de-tribunais-ainda-opta-por-pena-de-prisao-11012017/>; <http://www.conjur.com.br/2017-jan-13/entidades-lancam-carta-criticando-sistema-prisional-propondo-solucoes/>; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850004-pais-superlota-cadeias-com-reus-sem-antecedentes-e-nao-violentos.shtml>; <http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/conheca-os-vencedores-da-vii-edicao-do-premio-innovare/>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288998>; <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/06/1776890-gilberto-gil-notifica-sites-que-acusam-de-usar-rouanet-no-casamento-de-preta-gil.shtml>; <http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=ministro-lewandowski-participa-de-evento-que-destaca-avancos-das-audiencias-de-custodia&edt=0&id=32739>; <http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>; <http://ponte.org/violencia-policia-e-ignorada-em-mais-de-45-das-audiencias-de-custodia/>; <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82455-evento-em-sao-paulo-destaca-avancos-e-desafios-das-audiencias-de-custodia/>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317654>; <https://www.youtube.com/watch?v=23Q3DXFVpR8>; <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/juizes-transgressores-mulheres-encarceradas>; <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/cidh-elogia-programa-do-brasil-para-reduzir-superlotacao-em-prisoas,f7c10d002f89e5df92db8762b6e06b38j762rdq9.html>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302172>; <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80716-presidente-lewandowski-leva-a-cidh-a-experiencia-das-audiencias-de-custodia>; http://www.eldiario.es/politica/CIDH-medidas-Brasil-encarcelamiento-masivo_0_443406694.html; <http://usahispanicpress.com/2015/10/21/la-cidh-elogia-las-medidas-de-brasil-para-atajar-el-encarcelamiento-masivo/>; <http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/prisao-provisoria-usada-forma-excessiva-brasil-estudo>; http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=21862; http://www.maxpressnet.com.br/Conteudo/1,862658,Grupo_RBS_recebe_projeto_Olhar_Critico_da_Abraji,862658,7.htm; <http://cinema.uol.com.br/noticias/reuters/2014/10/01/estreia-documentario-sem-pena-revigoradiscussao-sobre-justica-criminal-no-pais.htm>; <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=29498>; <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2016/09/19/direito-de-defesa-na-america-latina/>; e docs. 4/14.

⁵ Entre eles, tendo V. Ex.^a como relator, a ADI 4.608, DJe 30.3.2012; RE 641.320-RS, DJe 19.12.2011; RE 635.659-SP, DJe 11.6.2012, além da ADI 3.154, rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe 15.12.2008; e ADCs 43 e 44, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 16.6.2016; ADPF 347, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 15.3.2017.

atuação do Instituto⁶. Também importante é destacar que o E. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já admitiu o Peticionário para participar como “amigo da Corte” dos debates travados em incidente de inconstitucionalidade⁷.

Por fim, trate-se com clareza da questão da tempestividade do pleito ora apresentado, registrando que o feito já foi incluído na pauta nº 7/2017, embora ainda não tenha sido agendado o julgamento pela Presidência.

Diga-se, para iniciar, que não se ignora a orientação tirada da ADI 4.071, segundo a qual “o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta”⁸.

Ocorre que, em diversas outras oportunidades, essa Suprema Corte já admitiu a intervenção de *amici curiae* cujos requerimentos foram apresentados antes do início do julgamento do feito, embora já houvesse indicação do Relator para inclusão em pauta⁹. Salvo melhor juízo, para admitir *amici* que se apresenta a destempo, a Corte sempre confiou a decisão à discricionariedade do Relator, cabendo a ele firmar a conveniência da atuação para a instrução do feito, o que, salvo melhor juízo, faz o óbice temporal perder sentido.

No caso concreto, a arguição traz tema momentoso, com importância constitucional indiscutível, já que se decidirá se autoridades, de surpresa, do nada,

⁶. Cf. julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (Pleno, rel. Min. MENEZES DIREITO, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37, DJe 6.6.2007), do HC 85.969 (1ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO, p. 384, DJe 14.9.2007) e, na ADI 4.163, às vésperas do julgamento da referida ação direta, em 24.2.2012, o eminente Min. CEZAR PELUSO, ainda que rejeitando a admissão do Instituto como “amigo da Corte” por entender ter sido o pedido formulado a destempo, ressaltou estar “demonstrada a capacidade [do IDDD] de contribuir para o debate da matéria” (DJe 29.2.2012).

⁷. Cf. HC 239.363-PR, decisão proferida pelo Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28.2.2014.

⁸. ADI 4.071 AgR, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 22.4.2009.

⁹. Nesse sentido: RE 760.836, rel. Min. ROSA WEBER; ADC’s 43/44 e ADPF 46, rel. Min. MARCO AURÉLIO; e ADI 3.345, rel. Min. CELSO DE MELLO.

podem bater às portas de quem é investigado para levá-lo à força com o fito de prestar depoimento não agendado anteriormente.

Apesar da importância desta ADPF, o sistema de acompanhamento desse E. Tribunal Constitucional aponta um único pedido de habilitação, sendo certo que o IDDD poderá, se admitido, trazer para o julgamento o viés do Direito de Defesa e da advocacia criminal. Eis que o pedido do Peticionário é adequado, pois contribuirá para a instrução, o que faz adequada a admissão do IDDD, *ex vi* da exceção criada à regra assentada na ADI 4.071.

Mas, talvez, seja o momento do Plenário rever o assentado na ADI 4.071 para excluir o limite temporal para a admissão de “amigo da Corte”, mantendo como critério único o juízo fundamentado do Relator sobre a conveniência e oportunidade da habilitação. Com efeito, V. Ex.^a, em obra doutrinária de referência, leciona:

“É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora desse prazo, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.690, o relator admitiu a participação do Distrito Federal, dos Estados de Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinou-se uma nova audiência da Procuradoria-Geral da República. Igualmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.548 o relator admitiu o ingresso no feito da Federação das Indústrias do Estado do Paraná, na qualidade de *amicus curiae*, fora do prazo das informações.

“Desde a decisão em Questão de Ordem nas ADIs 2.675-PE e 2.777-SP, o Tribunal passou a admitir que entes aceitos como *amici curiæ* podem efetivar sustentação oral por ocasião do julgamento da ação direta.

“Em nova orientação parece acertada na medida em que viabiliza, em casos específicos, a possibilidade de que o procedimento de instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade seja subsidiado por novo argumentos e diferentes alternativas da interpretação da Constituição.”¹⁰

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, por sua vez, assenta:

“A maior parte da doutrina tende a um entendimento amplo da questão, pugnando pela admissão do *amicus* a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento”.¹¹

Note-se que, na ADPF 378¹², o Tribunal Pleno admitiu a participação do amigo da Corte, embora o requerimento tivesse sido feito um dia antes da sessão. Mesmo no julgamento da ADI 4.071, de onde saiu a orientação que pela presente se busca superar, Ministros apontaram que já haviam admitido a manifestação de terceiros como *amicus curiæ* apesar de o pedido ter sido formulado depois de pautado o processo. Pede-se licença para trazer o seguinte trecho de diálogo travado entre V. Ex.^a e o saudoso Min. MENEZES DIREITO:

¹⁰. Em *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO comentários à Lei n. 9.868/99*, 1ª ed., Saraiva, 2012, p. 241/242.

¹¹. Em *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., Saraiva, 2012, p. 171.

¹². Acórdão publicado no DJe 8.3.2016.

“O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): (...) Agora, quero lembrar que em outras oportunidades nós deferimos a presença de *amicus curiae* diretamente até apresentada em sustentação oral. Então, estou apenas fazendo essa ressalva. Entendo que uma vez posto em pauta nós não deveríamos mais admitir pedido de *amicus curiae*, mas lembro que a Corte tem recentemente um precedente – não se pode nem dizer que seja um precedente, porque foi apenas uma decisão tomada na hora – em que se admitiu, depois do processo em pauta, o deferimento de *amicus curiae*. (...).

“O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – Eu tenho a impressão de que, num caso, um RE, talvez até nesse caso da pensão por morte, eu admiti também. Quer dizer, acho que submeti à questão de ordem para admitir, porque eram associações de aposentados e pensionistas que pediam para sustentar oralmente – claro, faziam-se recebendo o processo no estado em que estava. Logo, só poderiam eventualmente distribuir memorial e fazer a sustentação oral. Entendi que era cabível”.

O Min. CELSO DE MELLO também pontuou:

“Também eu, Senhor Presidente, admiti, dias antes do julgamento final, a intervenção do ‘amicus curiae’, que teve a possibilidade de produzir sustentação oral perante esta Suprema Corte, não obstante já incluído em pauta o processo (ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello)”.

Ressalte-se voto de V. Exa. quanto à importância da intervenção do *amicus curiae* e as razões para a sua larga admissão, sem os limites do prazo de informações imposto no vetado art. 7º, § 1º, da Lei 9.868/1999:

“Essa nova orientação, apesar de ter contrariado os precedentes existentes [ADIn (MC) no 2.321-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 31.10.2000; ADIn (MC) no 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.02.2001; ADIn (QO) no 2.223-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 26.10.2001], garante a possibilidade de que o procedimento de instrução da ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.

“Esse parece ser, pelo menos, o espírito da norma constante da parte final do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999. É verdade que essa disposição remete ao parágrafo anterior - § 1º -, que restou vetado pelo Presidente da República (O § 1º do art. 7º da Lei no 9.868/1999 dispunha que: ‘Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.’)

“Assim, em princípio, a manifestação dos *amici curiae* haveria de se fazer no prazo das informações.

“No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo. (...).

“Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

“Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

“Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

“O chamado ‘Brandeis-Brief’ - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no ‘case Müller versus Oregon’ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL,

Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

“Hoje não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)).

“Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) –, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

“A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia - possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores

de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge-Massachusetts. 2.^a ed., 1996, p. 45).

“Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

“Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

“A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

“Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da Corte’.

“Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal

no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

“É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

“Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

“Assim, defiro o pedido da Associação dos Delegados de Polícia do Pará – ADEPOL/PA para que possa intervir no feito na condição de *amicus curiae*”.¹³

Ainda, na linha desse raciocínio, o critério adotado quanto ao momento da apresentação do requerimento da intervenção do *amici curiae*, se antes teve por parâmetro um dispositivo vetado que o limitava (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), hoje deve levar em conta a nova disciplina do instituto trazida pelo art. 138 do CPC, que alarga as hipóteses de cabimento.¹⁴

Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais de relevância da matéria e representatividade adequada, a intervenção de terceiro como *amici curiae* há de ser

¹³. Decisão proferida na ADPF 97, em 1º de fevereiro de 2007.

¹⁴. Cf., nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 576-577.

admitida a qualquer momento, tomando o interveniente o processo no estado em que se encontra, de forma a constituir, nas palavras de V. Exa., “um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema”¹⁵.

Finalmente, importante indicar que, estando o presente feito em termos para julgamento e depois de incluído em pauta, V. Ex.^a, por despacho datado de 14 de março passado, deferiu o ingresso do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais como *amicus* dessa Corte nos presentes autos.

Pelo exposto, ausentes óbices que vedem a habilitação requerida e satisfeitos os requisitos para a admissão do IDDD como *amicus curiæ*, deferimento do presente pedido é o que se aguarda.

II – NÃO RECEPÇÃO DO ART. 260 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO

Em 1941, a democracia não era um regime disseminado pelo mundo; ao contrário, as ditaduras eram imensa maioria. Dentre todas as ditaduras, duas transpuseram o sinal vermelho, colocando em risco a civilização: a Alemanha foi o berço do Nazismo; a Itália regurgitou para o globo o Fascismo.

No Brasil, Getúlio Vargas governava. Simpatizante envergonhado do nazi-fascismo, o “Pai dos Pobres” tinha dentre seus Ministros o jurista mineiro FRANCISCO CAMPOS que, ao propor o vigente Código de Processo Penal, não escondeu a inspiração fascista do direito então projetado, apontando o *Codice di Procedura*

¹⁵. Decisão proferida na ADPF 97, em 1º de fevereiro de 2007.

Penale, obra do italiano ALFREDO ROCCO, como fonte primária de nossa codificação¹⁶. Foi nesse mal ajambrado leito que nasceu o art. 260 do CPP:

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

Daquele contexto, extraem-se dois outros dispositivos que, com o art. 260, compunham certa unidade lógica, reveladora de opções ideológica daqueles tempos:

“Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

“Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Não surpreende que processo penal autoritário admita a condução coercitiva para interrogar acusado que pode até ficar silente, mas há de arcar com consequência negativa em virtude da opção. Sendo o acusado objeto do processo penal autoritário, não há problema em se o carregar a fórceps, “punindo” ou ameaçando “punir” a não colaboração para a “descoberta da verdade”. Afinal, na lógica nazifascista, faz sentido o disposto no art. 260 do CPP, até porque, diga-se a verdade, ser submetido a

¹⁶. Cf., nesse sentido, item I da Exposição de Motivos do CPP.

juízo poderia ser considerado um privilégio na Alemanha ou Itália dos anos 1940; o mais comum era acabar justificado...

Dispensa-se a demonstração do quanto a hodierna sociedade brasileira se pretende diferente da Itália do Ministro ROCCO ou do Brasil dos 1940. O Peticionário crê que não há nesga de dúvida sobre a incompatibilidade de ideias fascistas com o que rege a Constituição Federal de 1988.

Dito isso, para seguir é preciso lembrar que, no contexto da *Carta* chamada de *Cidadã* por ULISSES GUIMARÃES, a opção pelo silêncio não pode ser utilizada contra acusado de crime; ao imputado de qualquer natureza garante-se o direito de não produzir prova contra si, de ter a assistência efetiva de defensor no calor da lição penal, inclusive em fase pré-judicial (perdoe-se o cacófono que, de tão significativa, fica parecendo chiste). Com a nova disciplina constitucional garantidora do direito ao silêncio e seus corolários, não há sentido nenhum em conduzir sob Vara alguém para depois indagar se deseja ou não prestar esclarecimentos sobre fatos investigados ou apontados em denúncia.

Afinal, se o interrogatório, como assenta essa Suprema Corte, “(...) 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 (...)”¹⁷, não se pode admitir que o interrogando, titular do direito ao interrogatório livre e desimpedido, potencialmente concretizado pela manutenção do silêncio, seja constrangido por força a se apresentar perante autoridade.

¹⁷. HC 940.161, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 26.2.2009.

Noutras palavras, sendo o silêncio direito do acusado, a ser exercido em ato próprio de defesa, a condução forçada do acusado à presença de autoridade é medida absolutamente desarrazoada, desproporcional, e, por isso, inconstitucional.

Esse E. Tribunal Supremo, ao julgar o *HC* 104.410, que teve V. Ex.^a como relator, assentou ser possível a declaração de inconstitucionalidade de lei penal – e nada impede que o mesmo se faça com relação a lei processual penal – por violação ao princípio da proporcionalidade:

“(…) 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo

exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (...)”¹⁸

Já no julgamento do RE 635.659-SP, encontra-se no voto de V. Ex.^a:

“(...) Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.

¹⁸. HC 104.410, 2ª T., DJe 27.3.2012.

“A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins.

“A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.

“Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

“De um lado, a exigências de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos. De outra parte, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.”¹⁹

Ora, o objetivo da medida prevista no art. 260 do CPP seria colocar o interrogando perante a autoridade para exercer o direito de ser interrogado²⁰; o instrumento aventado, a condução forçada, retira do interrogando parcela significativa de

¹⁹. Voto proferido em 20.8.2015, p. 6.

²⁰. Também se diz que seria importante qualificar o increpado, mas, convenhamos, na maioria dos casos onde se utiliza a condução coercitiva o infeliz já está devidamente qualificado.

sua liberdade, com o objetivo de obrigá-lo a comparecer a lugar para exercer, livremente, direito que é dele mesmo. A inadequação/contradição entre meio – condução coercitiva – e fim – exercício do direito a manifestação defensiva –, é evidente, levando à conclusão de que, por violação ao princípio da proporcionalidade, o art. 260 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Impossível deixar de notar que a condução coercitiva é uma estranha no ninho no processo penal democrático: funciona como o “traga o corpo” referido no art. 656 do CPP com “sinal trocado”. É a corruptela indevida do *habeas corpus*, utilizado para levar à presença da autoridade alguém para que este, de viva-voz, possa dizer que nada quer dizer. Rematada teratologia jurídica, enfim!

Ademais, a doutrina já não recalitra em apontar incômoda identidade entre prisão e condução coercitiva, esta uma “(...) espécie de detenção, pois há uma inegável restrição da liberdade de alguém, que se vê cerceado em sua liberdade de ir e vir”²¹; “empregada como medida cautelar autônoma, decorrente de um suposto poder geral de cautela do juiz criminal, a condução coercitiva tem como finalidade a constrição momentânea da liberdade, não para sanar um eventual não comparecimento injustificado, mas como medida para conduzi-lo à autoridade a fim de facilitar o depoimento”²². Sendo assim, e assim é, colocando o que se acaba de demonstrar em palavras claras para revelar a contradição, por condução coercitiva fundada no art. 260 do CPP prender-se-ia o acusado para facilitar exercício de prestar depoimento, que ele pode, por decisão lícita, não prestar.

²¹. Cf. AURY LOPES JUNIOR, em *Direito Processual Penal*, 12ª ed., Saraiva, 2015, p. 569. No mesmo sentido, cf. LENIO LUIZ STRECK, em Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas, p. em 2.3. 2017, no noticioso eletrônico Conjur, <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>.

²². Cf. THIAGO BOTTINO, no artigo A inconstitucionalidade da condução coercitiva, p. Boletim do IBCCrim, agosto/2016, p. 5.

Vale apontar tema paralelo para atizar um pouco mais a reflexão: De quando em quando, aparece quem sustente o uso da prisão cautelar como zelo à integridade física do acusado por crimes que causaram comoção social. Estaria, então, o Estado prendendo o investigado para que ele não fosse seviciado pela turba, uma prisão que adquiriria, nesse torto pensar, aspecto *pro bono*. A doutrina prega, com absoluto acerto, a pecha de cínico no argumento, já que “não é o Estado, mas o próprio acusado, quem deve decidir sobre o que é mais conveniente para a preservação de sua integridade”²³. Vale destacar trecho de voto do Min. MARCO AURÉLIO:

“Após apontar-se a materialidade do crime, a confissão da prática delituosa, remeteu-se ao clamor público, que, sabidamente, não há de ser levado em conta em termos de inversão da ordem natural das coisas, para prender-se, depois apurar-se e formalizar-se a culpa. Também não respalda esse fenômeno possível tentativa de linchar o réu. Cumpre ao Estado proporcionar-lhe a segurança indispensável à integridade física e não, a partir de ameaças, impor-lhe ato de constrição extremo como é a prisão preventiva.”²⁴

Prisão para assegurar a integridade do investigado e condução coercitiva para facilitar sua presença perante a autoridade para exercer direito de se manifestar (ou não) sobre investigações têm a mesma raiz cínica e não prestam para fundamento de medidas constritivas num processo penal que se queira ético e democrático, como determinado pela ordem constitucional vigente.

²³. Cf. ELMIR DUCLERC, em *Curso Básico de Direito Processual Penal*, Vol. 2, Lumen Juris, 2006, p. 186.

²⁴. HC 102.174, 1ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe. 2.6.2010.

Aliás, não se pode descurar que a ausência do investigado, indiciado, acusado, increpado, imputado, a ato para o qual foi intimado é sim uma forma de manifestação de vontade. Não é à toa que a doutrina, ao refletir sobre a exigência de presença do réu, pondera: “que outro ato exigiria a sua presença? A conciliação de que trata o art. 520 do CPP? A jurisprudência majoritária é no sentido de que, se o querelado não atende à intimação para a audiência de conciliação, nem por isso deve o Juiz determinar a sua condução coercitiva. Simplesmente há que se entender que ele não quer a conciliação e o processo prossegue”²⁵. Ausência do intimado, nesse sentido, corresponde a exercício do constitucional ao direito ao silêncio; obrigar a presença do acusado, além de restringir-lhe o exercício da garantia fundamental em seus mais amplos termos, configura inutilidade processual, embora constitua inegável constrangimento pessoal.

As redações originais dos arts. 186 e 198 do CPP faleceram com a Constituição de 1988 e acabaram varridos do ordenamento expressa ou implicitamente pela Lei nº 10.792/2003. Pudera, “o choque entre estes dois ordenamentos – constitucional democrático e processual autoritário – se revela, diariamente, em vários institutos processuais. Um destes importantes institutos é o direito ao silêncio.”²⁶

Conforme se demonstrou, restou, com falsa aparência de validade, o texto do art. 260 do CPP, que, contudo, não se sustenta diante do princípio da proporcionalidade. O IDDD crê que o dispositivo não sobreviverá ao julgamento desta ADPF.

²⁵. Cf. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em *Código de Processo Penal Comentado (Arts. 1º a 393)*, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 795.

²⁶. Cf. MARIA THEREZA ROCHA ASSIS MOURA, em O Direito ao silêncio no interrogatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 6, pp. 133/147.

III – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Sem abandonar a convicção de que a melhor exegese é aquela que declara a não recepção do art. 260 do CPP pela Constituição Federal, mas atento ao princípio da eventualidade, o IDDD formula, como pedido subsidiário, proposta de interpretação do art. 260 do CPP que o aproximaria de adequação ao Texto Maior.

Convém historiar a proposta que ora se formula. Ao prepararem-se para iniciar a redação do presente *brief*, os advogados ao fim nominados foram à Exposição de Motivos do Código de Processo Penal com o objetivo inicial de identificar trecho que revelasse a conhecida inspiração fascista do trabalho subscrito pelo Min. FRANCISCO CAMPOS. Ao lerem o item XI, sob epígrafe “o acusado”, surpreenderam-se com o seguinte arrazoado:

“Suprindo uma injustificável omissão da atual legislação processual, o projeto autoriza que o acusado, no caso em que não caiba a prisão preventiva, seja forçadamente conduzido à presença da autoridade, quando, regularmente intimado para ato que, sem ele, não possa realizar-se, deixa de comparecer sem motivo justo. Presentemente, essa medida compulsória é aplicável somente à testemunha faltosa, enquanto ao réu é concedido o privilégio de desobedecer à autoridade processante, ainda que sua presença seja necessária para esclarecer ponto relevante da acusação ou da defesa.”

Ora, é evidente a desconexão entre o texto da Exposição e o conteúdo do art. 260 do CPP. Talvez o art. 260 tenha saído, por mero equívoco, sem os mesmos requisitos presentes no art. 218 do CPP – “se, regularmente intimada, a testemunha

deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública” –, circunstância que explicaria o assentado no item XI acima destacado. De qualquer forma, a razão para a divergência pouco importa, já que a *mens legis* sobrepuja a *mens legislatoris*.

V. Ex.^a, em trabalho doutrinário coletivo, ensina que, “modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do *querer* constitucional, ao não significar *apenas* que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte”²⁷. Acrescenta o Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, que, “além de uma eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.”²⁸

Pois bem, partindo-se dessas premissas, para se adequar a condução coercitiva de investigado, indiciado ou acusado à Constituição, seria necessário excluir a interpretação de que a condução tivesse arrimo num poder geral de cautela que permitisse sua decretação antes de se ver desatendida intimação regular para comparecimento do indivíduo; acrescentar-se-ia a possibilidade de o acusado justificar a ausência e, ainda assim, ter seu comparecimento voluntário admitido; para emprestar proporcionalidade à medida, seria mister garantir a possibilidade de o acusado simplesmente recusar expressamente o comparecimento, sem que isso lhe acarretasse nenhuma consequência.

²⁷. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, em *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 113.

²⁸. Em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3^a ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 181.

Pois bem, na eventualidade dessa E. Corte Suprema declarar recepcionado pela Constituição o art. 260 do CPP – o que se admite por amor ao debate –, o IDDD requer que se adote pelo menos o contido na Exposição de Motivos, com breve acréscimo, para colocar limites na praxe hodierna da condução coercitiva, que vai muito além do razoável no maltrato aos direitos fundamentais.

Para finalizar o presente capítulo, eis a proposta: “Somente se o acusado, sem motivo justo, não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, nem formalizar, por petição, recusa em fazê-lo, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

IV – CONDUÇÃO COERCITIVA, HOJE: PRÁTICA INCONSTITUCIONAL

Assim como de árvore envenenada não nascem frutos sãos; assim como vespas não fabricam mel; a repercussão do disposto no art. 260 do CPP no agir do Estado não poderia mesmo gerar bons frutos.

Como já se disse, invariavelmente as grandes operações orquestradas por Polícia (Federal, na maioria das vezes) e pelo Ministério Público (Federal, na maioria das vezes) assistidas pela sociedade brasileira nos últimos anos são iniciadas por espetaculosas capturas de pessoas (com fundamento em mandados de prisões temporárias, preventivas ou de conduções coercitivas), acompanhadas de buscas e constrição patrimonial.

Os detidos todos são surpreendidos, logo nas primeiras horas da manhã, pela presença de agentes fortemente armados em suas residências; não raro, antes, nem

sequer tinham conhecimento de procedimento penal em curso que lhes pudesse, de alguma forma, atingir.

“Convidado” a entrar no camburão, àquele que foi imposta a medida de condução coercitiva dificilmente é dada a oportunidade de buscar advogados antes de serem levados ao Departamento de Polícia para serem ouvidos sobre fatos e elementos dos autos que são apresentados ali, na hora da colheita de seus depoimentos. Quando não é explícita, há a implícita coerção para que abram mão do direito ao silêncio, quando não se incentiva abertamente a delação como opção ao recrudescimento do tratamento penal com a aplicação de medidas cautelares mais graves do que a “mera” detenção para oitiva.

Hoje, Srs. Ministros, a prática da condução coercitiva é mais intrusiva, é mais violadora de garantias fundamentais do que a proposta contida no ideário fascista, revelada pelo Ministro da Justiça do Governo Getúlio Vargas, que, conforme se destacou no capítulo anterior, entendia adequado que o acusado, não sendo de prisão preventiva, fosse forçadamente conduzido à presença da autoridade, quando, regularmente intimado para ato que, sem ele, não possa realizar-se, deixasse de comparecer sem motivo justo (cf. item XI da Exposição de Motivos do CPP). Durma-se com essa trombeta a soar!!!

Não é difícil perceber que, em aberta violação ao modelo acusatório e em contradição à disciplina processual consagrada na reforma de 2008 (Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719), na praxe forense desses dias estranhos, a oitiva do pretensamente envolvido constitui o ato inaugurante da fase de colheita de depoimentos, em vez de ser o último; não é difícil perceber também que, como se vê com objetividade logo acima, aos conduzidos coercitivamente, pela surpresa e pela dificuldade de acesso a autos – que, em regra, são total ou parcialmente sonegados e/ou acabam liberados

minutos antes da oitiva, sem que se permita ciência e reflexão do advogado, nem orientação (digna desse nome) ao cliente –, se nega acesso amplo à defesa técnica, bem como se restringe a autodefesa²⁹. Mas também viola o devido processo penal, já que a lei estabelece a intimação prévia não atendida como condição para a determinação da medida restritiva:

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

Diante da clareza do dispositivo, não dúvida leal possível. A autoridade somente pode determinar a condução se o acusado não atender à intimação. Sem intimação prévia, a autoridade não pode determinar a condução. O comando é simples e direto, e exclui opções outras. *Tertium nom datur!*

Nas conduções coercitivas verificadas atualmente não se dá a intimação prévia, nem se aguarda o não atendimento do increpado. Como os tempos são mesmo

²⁹. Apenas para ilustrar, para que não se diga que se elocubra ao falar de restrição ao direito de defesa, note-se a descrição de fato ocorrido no último dia 21 de março, a partir de condução coercitiva decretada no âmbito da Operação Lava Jato: “(...) Moro ainda determinou que os policiais federais realizassem tanto a busca e apreensão de aparelhos eletrônicos do blogueiro – entre os quais, celulares e laptop – como o exame e extração de cópias de mensagens eletrônicas armazenadas nos endereços eletrônicos utilizados pelo investigado.”; “Guimarães [o conduzido] falou ao UOL depois de ter sido liberado. Levado de seu apartamento no Paraíso (zona sul de SP) pouco depois das 6h, ele deixou a PF por volta do meio-dia – mas se queixou que seu advogado, Fernando Hideo, não acompanhou a maior parte de seu depoimento, já que o blogueiro estava sem o telefone.” (em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/21/blogueiro-levado-para-depor-em-sp-diz-ter-sofrido-vinganca-de-moro.htm>). O advogado do conduzido informou: “Foi claramente para que o Eduardo revelasse as fontes dele”, resume Lacerda. “É um completo absurdo. Apreenderam celular e computador do Eduardo, instrumentos de trabalho. Foram à casa dele às 6h e o prenderam, sem qualquer intimação prévia, não me esperaram para começar a audiência (...)” (cf. em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-21/moro-determina-coercitiva-blogueiro-descobrir-fontes>). Ora, para ficarmos única e exclusivamente num aspecto, se a Polícia não esperou o advogado para iniciar a oitiva, como fica o direito de se consultar previamente com o defensor?

tenebrosos para o direito de defesa, a Procuradoria Geral da República não mais esconde o desatendimento à lei, conforme se extrai do parecer tirado destes autos: “Não parece haver dúvida de que condução coercitiva é medida menos gravosa do que prisão preventiva. Restrição de liberdade por curtíssimo lapso temporal, com o fito de ouvir o investigado, certamente é muito menos gravosa para a liberdade deambulatória do que a decretação de prisão temporária e menos ainda do que a preventiva. Previsão legal suficiente da medida é justamente o art. 260 do CPP, que autoriza condução coercitiva.”

Estão presentes nesse trecho tudo o que não poderia estar lá, por ser texto jurídico de alta dignidade: cinismo, ao sustentar que ao tomar o corpo do cidadão de supetão para levá-lo para prestar depoimento se faz um favor ao conduzido, já que, não fosse assim, a opção seria sua prisão temporária ou preventiva; e interpretação muitíssimo criativa, além das fronteiras do bom debate ético, pois omite que o art. 260 do CPP, apontado como fundamento legal da constrição, exige intimação prévia não atendida. Neste ponto é impossível não lembrar que o Processo Penal, “*por muy acorde que sea con los principios del Estado de Derecho – sólo vinculará a la persecución penal si las autoridades instructoras y tribunales penales se dejan vincular*”³⁰.

Para bem colocar os argumentos, mister ponderar se é jurídico opor-se um alegado direito implícito à condução surpreendente de investigado³¹ ao direito explícito, decorrente da letra do art. 260 do CPP, de não ser conduzido à presença de autoridade para ser ouvido antes de desatendida intimação. Obviamente, a resposta somente poderia ser positiva se o princípio da legalidade acabasse descartado.

³⁰. Cf. WINFRIED HASSEMER, em *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, *Revista de Derecho Penal* nº 2, Buenos Aires, 2001, p. 73.

³¹. Saído da doutrina dos *inherent powers*, talhada pela Suprema Corte americana.

Chega a hora de rebater o argumento de que a condução coercitiva pode ser admitida com fundamento num poder geral de cautela no processo penal, brandido *contra reum*. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer nestes autos afirmando a constitucionalidade de uma leitura do art. 260 do CPP, combinada com o “princípio constitucional da proporcionalidade, subprincípio da necessidade” (p. 9). Tratar-se-ia de uma inovação destinada a “neutralizar riscos para o processo” ou para a “investigação”. Seria, “em geral”, “decretada para evitar que imputados estabeleçam versão concertada sobre fatos ou, especialmente, para impedir que destruam provas” (p. 9). Além disso, “embora em situações excepcionais, a depender do caso”, a medida possa caracterizar-se “como verdadeira prisão”, “na grande maioria das vezes” ela “não se equipara a encarceramento, pois restringe a liberdade por tempo reduzido” (p. 27). Tudo isso fundado num alegado poder geral de cautela processual penal, agitado em favor do Estado.

Ora, não se pode cogitar, em matéria criminal, de existência de um poder geral de cautela *contra reum*. Admiti-lo contraria o disposto no art. 5º, inc. LIV, da CF, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. É inadmissível conceber “a privação da liberdade sem a garantia consubstanciada num ‘processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo’”³².

A melhor doutrina, inclusive a internacional, assenta que a legalidade não se restringe ao Direito Penal, mas atinge a “legalidade da inteira ‘repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde o momento em que o mecanismo repressivo se movimenta até àquele momento em que a reação declarada é corretamente execu-

³². Cf. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, em *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

tada. Só com este entendimento obterá o cidadão uma garantia efectiva e concreta, que não de simples expressão formal”³³.

Conforme já demonstrou, o art. 260 do CPP exige como condição para a condução sob Vara intimação para comparecimento desatendida pelo increpado. Medida cautelar destinada a apresentar investigado para ser ouvido só poderia ser imposta se cumprida essa condição, uma vez que “a previsão legal das hipóteses de restrição da liberdade faz surgir uma liberdade residual que consiste na proteção da liberdade, quando não concretizada ou verificada a hipótese de restrição. Esse espaço deixado pela não incidência da lei – quando não verificada a hipótese dessa incidência –, é a liberdade natural ou residual, transformada em liberdade jurídica (‘jurídica’ porque juridicamente afastada da coação estatal)”³⁴.

A antiga precariedade morfológica do sistema de medidas cautelares pessoais fez emergir nalguns mais afoitos por punição a ideia incorreta de que se pudesse contornar a questão por meio de aplicação subsidiária, *ex vi* do disposto no art. 3º do CPP, da noção de poder geral de cautela do processo civil – previsto no art. 301 do CPC (antigo art. 798) – para o processo penal, sob alegação de que uma atuação nesse sentido decorreria do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF).

Ocorre que “a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia” e “todas as medidas cautelares (pessoas ou patrimoniais) impli-

³³. Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, em *Clássicos Jurídicos. Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 77.

³⁴. Cf. GEÓRGIA BAJER FERNANDES FREITAS PORFÍRIO, em *A tutela da liberdade no processo penal*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 36.

cam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela’.”³⁵

A corroborar a injuridicidade de um poder geral de cautela processual penal *contra reum*, têm-se ampla gama de proteção internacional. O art. 7º, nº 2, do Pacto de San José da Costa Rica³⁶, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, é expresso no sentido de que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”³⁷.

O dispositivo é interpretado com amplitude pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de abarcar não apenas a privação de liberdade completa – *rectius*: prisão –, mas também qualquer hipótese de restrição de liberdade temporária³⁸. Ao observar o caso Chaparro Álvares y Lapo Íñiguez vs. Equador, de 21 de novembro de 2007, extrai-se:

³⁵. Cf. AURY LOPES JR., em *Processual – Direito Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. II, 7ª ed., Lumen Juris, 2011, p. 61.

³⁶. Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

³⁷. A este respeito importa dizer que “*este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Valga reiterar que para esta Corte ‘ley’ es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.*”; “*La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y ‘de antemano’, las ‘causas’ y ‘condiciones’ de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana*” (Transcrição dos parágrafos 56 e 57 do julgado no caso Chaparro Álvares y Lapo Íñiguez vs. Equador, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>).

³⁸. Em igual sentido, cf. Corte Europeia de Direitos Humanos na interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*Guzzardi vs. Itália*, sentença datada de 6.11.1980).

“En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.”³⁹

Da sentença proferida em *Palamara Iribarne vs. Chile*, em 22 de novembro de 2005, a Corte Interamericana é explícita ao tratar de excepcionalidade e taxatividade de cautelares processuais penais:

“La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”⁴⁰

Ora, essa C. Suprema Corte define que:

“Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos

³⁹. Parágrafo 52 do caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Equador*, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>.

⁴⁰. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. É expresso nesse mesmo sentido o caso *Acosta Calderón*, no parágrafo 74; Caso *Tibi*, parágrafo 180; e Caso *Ricardo Canese*, parágrafo 153, todos acessíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.”⁴¹

Assim, além dos princípios constitucionais da legalidade estrita e do *due process of law*, há normas de direito internacional que impedem a utilização do disposto no art. 301 do CPC em sede penal, especialmente se se o pretende aplicar para impor restrição à liberdade de cidadão, como se dá na utilização de força para conduzir investigado antes que tenha sido desatendida intimação para comparecimento.

Por essas razões, não como negar que a condução coercitiva decretada sem intimação prévia desatendida, fundada num poder geral de cautela tirado do processo civil, é manifestamente inconstitucional, e assim deverá ser declarada por essa Suprema Corte.

V - PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o IDDD requer que: a) seja o presente pedido de admissão do Peticionário como “amigo da Corte” deferido, possibilitando o ingresso do Instituto no feito, permitindo sua atuação, deferindo-se a possibilidade de

⁴¹. HC 88.240, 2ª T., rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 7.10.2008. Em igual sentido: HC 94.702, 2ª T., rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 7.10.2008; RE 349703/RS, Pleno, rel. para acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe 3.12.2008; e Ext 1223/DF, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 22.11.2011.

apresentação de memoriais, bem como a realização de sustentação oral, intimando-se os advogados abaixo nominados da sessão de julgamento e demais atos do processo; b) seja a presente ADPF julgada procedente para declarar não recepcionado o art. 260 do CPP, pelas razões expostas no capítulo II desta petição; c) na hipótese de não ser acolhido o pedido anterior, que seja outorgada interpretação conforme ao disposto no art. 260 do CPP, nos termos assentados no capítulo III desta manifestação; e d) seja declarada inconstitucional a prática de se determinar a condução coercitiva de investigado ou acusado que não tenha desatendido a intimação para comparecer perante autoridade para participar de ato ao qual sua presença seja indispensável, pelas razões indicadas no capítulo IV deste pedido.

De São Paulo a Brasília, em 23 de março de 2017.

DORA MARZO DE A. CAVALCANTI CORDANI
PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO
OAB/SP 131.054

FÁBIO TOFIC SIMANTOB
PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA
OAB/SP 220.540

ROBERTO SOARES GARCIA
COORDENADOR DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 125.605

ARTHUR SODRE PRADO
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 270.849

ANA FERNANDA AYRES DELLOSSO
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 291.728

RENATA RODRIGUES FERREIRA
OAB/SP 314.882