

**SENADO FEDERAL****OFÍCIO N° 049/2016-PRESID/ADVOSF**

(Processo SF n° 00200.006924/2016-39)

Brasília, 30 de maio de 2016.

Excelentíssimo Senhor Ministro,

Em resposta ao Ofício n° 6.714/2016, de 19 de maio de 2016, no qual V. Exa. solicita informações para instruir o julgamento da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 395**, proposta pelo Partido dos Trabalhadores e que trata do art. 260 do Código de Processo Penal (condução coercitiva de acusados) venho prestar, nos termos do art. 5°, §2° da Lei n° 9.882, de 1999, as informações anexas.

Oportunamente, solicito que as futuras intimações sejam efetuadas em nome dos Advogados do Senado Federal: Dr. Alberto Machado Cascais Meleiro (OAB 9.334/DF), Dr. Breno Righi (OAB 110.378/MG), e Dr. Anderson de Oliveira Noronha (OAB 23.731/DF).

Atenciosamente,



Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Congresso Nacional

A Sua Excelência o Senhor
Ministro **GILMAR MENDES**
Referente à ADPF n° 395
Supremo Tribunal Federal
NESTA



SENADO FEDERAL
Advocacia

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 395**

REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES
INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES
REFERÊNCIAS: Ofício nº 6.714/2016 e
Processo SF nº 00200.006924/2016-39.

Senhor Advogado-Geral,

Por meio do Ofício nº 6.714/2016, de 19 de maio de 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES solicita ao Sr. Presidente do Senado Federal informações sobre o objeto da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395**. Em tal ação o autor pede que este STF reconheça a não-recepção do art. 260 do Código de Processo Penal pela Constituição da República de 1988. Eis o texto:

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.

Justifica sua pretensão alegando que a hipótese de condução coercitiva do acusado prevista no artigo representaria violação à liberdade individual, especificamente no escopo do chamado direito à não





SENADO FEDERAL
Advocacia

autoincriminação. O autor tece diversas considerações sobre este último direito, bem sobre os sistemas acusatório e inquisitório de processo penal.

Pede, ao fim, seja excluída a expressão “*interrogatório*” constante do art. 260 do CPP por não-recepção e seja considerada inconstitucional a possibilidade de medida cautelar processual penal de condução coercitiva.

É o breve relatório.

Inicialmente, cabe registrar, apesar de óbvio, que todas as formas de medidas cautelares carregam em si um grau de restrição a algum direito do acusado, sendo isto aceito pelo caráter não-absoluto destes direitos. É por este motivo que se exige da autoridade que fundamente tais medidas como exige a lei e a Constituição, concretizando nos casos individuais verdadeira ponderação entre valores igualmente tutelados pela Constituição: direito à liberdade e direito à segurança.

Vejamos alguns trechos da Constituição. O art. 5º curiosamente traz ambos os direitos na mesma oração, no seu *caput*:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito** à vida, à **liberdade**, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:”

A segurança ainda aparece no art. 6º e do art. 144, entre outros, como direito social e como direito de todos:

“Art. 6º. **São direitos sociais** a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”





SENADO FEDERAL
Advocacia

“Art. 144. A **segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

Os direitos de liberdade, até mesmo pelo contexto histórico recente do Brasil, são bastante estudados no âmbito do direito, tendo uma forte base tanto na jurisprudência quanto na doutrina. O direito à segurança, por seu turno, tem sua análise e estudo em campo bem menor do que os direitos de liberdade.

Mesmo assim, concordam todos que o direito à liberdade não é um direito absoluto, como assim todos os outros. Deste modo, não é possível uma leitura de tal direito que, em confronto com o direito constitucional à segurança, relegue todas as forças ao acusado e nenhuma força ao Estado que age em nome de toda a coletividade na persecução penal.

Especificamente no caso em debate, há que se deixar claro que todas as formas de medidas cautelares carregam em si um grau de restrição a algum direito do réu, sendo isto aceito pelo caráter não-absoluto destes. Todavia, em contrapartida é exigido da autoridade que fundamente tais medidas como exige a lei e a Constituição, apontando no caso concreto a necessidade de que o direito à liberdade ceda passo (mesmo temporário) ao direito à segurança, procedendo-se no caso uma verdadeira ponderação *in concreto* de valores constitucionalmente assegurados.

E a base normativa que permite tais exercícios de ponderação, bem como a aplicação de medidas restritivas ora atacadas, é o Código de Processo Penal, instrumento de garantia do cidadão de que deve ser observado um processo previamente elaborado para que o Estado aplique uma sanção penal.

No tocante à condução coercitiva, vários artigos do CPP tratam do tema expressamente: o art. 201, §1º trata da condução coercitiva de ofendidos/vítimas; o art. 218, da de testemunhas; o art. 260, de acusados; e o





SENADO FEDERAL
Advocacia

art. 278, de peritos. Há até mesmo exemplos de leis esparsas, como a do Estatuto da Criança e do Adolescente – lei 8.069, que no art. 187 traz hipótese de condução coercitiva de adolescentes (inimputáveis penalmente, frise-se).

A par destas hipóteses, há a previsão do art. 319 que torna possível, diante do poder geral de cautela do juiz, a aplicação da condução coercitiva como uma medida cautelar para casos específicos em que ela seja indicada e não esteja expressamente prevista.

Tudo isso, todas estas hipóteses estão sendo aplicadas desde a entrada em vigor da Constituição da República (no caso do ECA, desde 1990), em todos os tribunais do Brasil, sem que se tenha notícia de qualquer declaração de inconstitucionalidade destas medidas. E não é por acaso, pois a condução coercitiva tem papel de **concretizar o direito constitucional à segurança com menor grau de restrição ao direito de liberdade do que uma eventual prisão cautelar** (temporária ou preventiva).

Por ela, medida cautelar de condução coercitiva, pode-se atender às finalidades da atividade persecutória/investigativa com o mínimo sacrifício do direito à liberdade, motivo pelo qual não há como ser atendido o pedido do autor de declaração de sua não-recepção pela Constituição de 1988.

Passando a outro ponto da petição inicial, o autor afirma, para sustentar sua argumentação, que o interrogatório é apenas meio de defesa e que, por este motivo, seria disponível seu exercício por parte do acusado.

Ocorre que, se observarmos a disposição do CPP, perceberemos que o interrogatório está previsto no Título VII - Da Prova, Capítulo III, de modo a deixar claro que o legislador optou por considerá-la como **meio de prova**, apesar de inequivocamente poder ser utilizada como meio de autodefesa do réu (Francisco Campos, *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*, item VII). É sabido que atualmente, diante do regramento constitucional do processo penal e da liberdade, o STF já considerou que o interrogatório tem também um viés de **meio de defesa**.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Deste modo, não nos parece correta a interpretação do autor de que o interrogatório tem apenas viés de meio de defesa, sendo disponível pelo acusado; como demonstrado, o viés é duplo, englobando também a natureza de meio de prova. É um ato privativo do juiz, mas não por acaso o art. 188 prevê que “*após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*”.

O Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, já adotou a chamada **Teoria dos Poderes Implícitos (implied powers)**. Citando acórdão do STF no HC 91.661, pode ser resumida tal teoria como: “**Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios**” (HC n. 91.661/PE, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10 de março de 2009).

De maneira mais detalhada, a teoria utilizada tem origem no sistema jurídico dos Estados Unidos da América (*inherent powers*), tendo sido forjada no *leading case* **McCulloch vs Maryland**, julgado pela Suprema Corte daquele país. A ideia é de que quando a Constituição atribui expressamente uma atribuição, confere também os meios de a exercer, de concretizá-la. Eis trecho da ADI 2797, em que o STF utiliza tal teoria:

“Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República.”

(ADI 2797, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)



SENADO FEDERAL
Advocacia

Com isto em mente é que se deve analisar o art. 260 do CPP:

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.

Começa a redação com a condição “*se o acusado não atender à intimação*”. Cabe indagar: quem intima o acusado para comparecer ao interrogatório? Respondo: **quem intima o acusado para comparecer ao interrogatório é o ESTADO-JUIZ**, ou seja, o agente público investido regularmente do Poder Jurisdicional do Estado e, de acordo com a Constituição de 1988, um órgão do Poder Judiciário (art. 92).

Assim, no exercício pleno da jurisdição, o juiz criminal competente tem o poder de intimar o acusado para comparecer ao interrogatório. Se o juiz tem este poder, a teoria jurídica dos poderes implícitos faz concluir de maneira inequívoca que **o juiz também deve ter à sua disposição os meios inerentes para conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício da ordem de comparecimento para interrogatório.**

Isso, antes de implicar violação da liberdade do acusado (como quer fazer crer o autor), é mera decorrência do poder jurisdicional, sem o qual ter-se-ia um poder sem efetividade, o que equivaleria a um não-poder. É importante lembrar que Jurisdição não quer dizer apenas dizer o direito; **Jurisdição** pressupõe, ainda, a existência de um Estado devidamente estruturado e com a capacidade e meios de **interferir na esfera jurídica dos indivíduos para impor as suas decisões (juris - satisfação).**

É aí que se encaixa a previsão da parte final do art. 260, quando municia o Estado-Juiz do poder impor sua decisão de comparecimento, ***mandando conduzir o acusado à sua presença coercitivamente.***

Cabe ressaltar que a condução ora atacada **não implica qualquer dever de autoincriminação porque o acusado tem o direito**





SENADO FEDERAL
Advocacia

constitucional ao silêncio sem que tal seja considerado em seu desfavor.

Todavia, não está ele, apenas por ser acusado, imune à obediência dos comandos judiciais.

Em situação semelhante, ou seja, analisando os poderes expressos e os decorrentes (aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos) das Comissões Parlamentares de Inquérito, o próprio Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, já decidiu que **ser obrigatório o comparecimento de testemunhas e investigados perante as CPIs**, garantido o direito à não autoincriminação.

"EMENTA: (...) O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo. **Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de inquérito**, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, **tem poderes iminentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor**; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão (...) **Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades**; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário. (...) **A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades.** Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder. (...) **Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência.** (...) **Ninguém pode escusar-se de comparecer a comissão parlamentar de inquérito para depor.** (...) O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho. Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. "Habeas Corpus" concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do **dever de seu comparecimento à Comissão,**



SENADO FEDERAL
Advocacia

para ser inquirido como testemunha ou **ouvido como**
indiciado". **[grifos nossos]**

(HC 71.039, Rel. Min. PAULO BROSSARD
Julgamento: 07/04/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
Publicação: DJ 06-12-1996 PP-48708)

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

O pedido do autor, então, não tem como ser deferido.

Por fim, deve-se registrar que se houver algum caso de abuso da decisão, de decisão proferida sem os pressupostos legais etc, a legislação prevê ampla possibilidade de impugnação e invalidação da ordem ilegal. É preciso salientar que eventual profusão de ordens de condução coercitiva sem que tenha havido recusa, por exemplo, não servem como justificativa para se extirpar do mundo jurídico a previsão da condução coercitiva; é caso, repita-se, de aperfeiçoar a aplicação das previsões legais de revisão e anulação de ordens ilegais.

São as informações que o Senado Federal entende necessárias ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395, que trata da recepção pela Constituição de 1988 do art. 260 do Código de Processo Penal.

Brasília, 30 de maio de 2016.

[vide assinatura eletrônica]

ANDERSON DE OLIVEIRA NORONHA
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 23.731





SENADO FEDERAL
Advocacia

De acordo. Encaminhe-se ao Senhor Advogado-Geral.

[vide assinatura eletrônica]

BRENO RIGHI

Advogado do Senado Federal
OAB/MG 110.378

Aprovo. Encaminhe-se ao Exmo. Senhor Presidente do Senado Federal como sugestão destinada ao atendimento da solicitação contida no Ofício nº 6.714/2016, de 19 de maio de 2016, do Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, para instrução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395.

[vide assinatura eletrônica]

ALBERTO CASCAIS

Advogado-Geral do Senado Federal
OAB/DF 9.334

