

14/06/2018

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO 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

ADPF 395 / DF

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.*), **também esse ilustre magistrado federal**, no trabalho

ADPF 395 / DF

que venho de referir, **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*, de um lado, **e a essencial dignidade da pessoa humana**, de outro, **repudiam, por ilegítimas**, práticas estatais **que convertem** atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou** réus *em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral*.

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**

ADPF 395 / DF

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, cuja atuação **sofre**, *necessariamente*, os condicionamentos que o ordenamento jurídico **impõe** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Daí a observação de LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição** – *ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:*

- *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*

ADPF 395 / DF

- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione*” (grifei)

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/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **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**

ADPF 395 / DF

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.

Daí, 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 arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Essa mesma percepção a propósito da *vocação protetiva do processo penal*, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais, **é também perfilhada** por *autorizadíssimo (e contemporâneo)* magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial

ADPF 395 / DF

como “garantia dos acusados” (VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e efetividade”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

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 cuja 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.

ADPF 395 / DF

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, cujá 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 (“nulla accusatio

ADPF 395 / DF

sine probatione") 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**, *juridicamente*, como instrumento **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.

ADPF 395 / DF

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

ADPF 395 / DF

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**

ADPF 395 / DF

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)

ADPF 395 / DF

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,

ADPF 395 / DF

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, ênfatizam que, mesmo em procedimentos inquisitivos instaurados no plano da investigação policial, há direitos titularizados pelo indiciado, direitos esses que simplesmente não podem ser ignorados, muito menos desrespeitados, 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, por isso mesmo, 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.

ADPF 395 / DF

*Com efeito, o exame da cláusula do “due process of law” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se, entre 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).*

ADPF 395 / DF

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 perseguição penal.

Não custa rememorar, 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, entre 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 culpada fosse (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, bem por isso, 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 (“*nulla accusatio sine probatione*”):

“(...) 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

ADPF 395 / DF

*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

ADPF 395 / DF

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 ...*”).

ADPF 395 / DF

Cumpr **rememorar**, *bem por isso*, **que o Pleno** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 68.742/DE**, 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 libertatis*”.

A Suprema Corte brasileira, **fiel** **aos postulados constitucionais** que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, **ênfaticamente** **que qualquer indivíduo** “*tem, entre 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, *por sua vez*, é perfilhado por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”,

ADPF 395 / DF

p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), **que repele**, por **incompatíveis** com o **novo** sistema constitucional, **quaisquer** disposições legais, **ou** prescrições regimentais, **ou, ainda**, 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, **entre** 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.

ADPF 395 / DF

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** – a magistrados, a administradores e a 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**.

ADPF 395 / DF

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)*

ADPF 395 / DF

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”, **traduzido** por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 486, item n. 2, 2002, RT), **ênfatizando 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**

ADPF 395 / DF

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.*

ADPF 395 / DF

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, entre* 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 idêia 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

ADPF 395 / DF

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.

ADPF 395 / DF

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 –

ADPF 395 / DF

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 do réu com as autoridades públicas, de um lado, e o exercício da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação, de outro, 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

ADPF 395 / DF

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 invoque, finalmente, **o argumento de 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**

ADPF 395 / DF

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.

ADPF 395 / DF

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 justificção 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

ADPF 395 / DF

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.