



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 11.261/2017-AsJConst/SAJ/PGR

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 395/DF

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**

Arguente: Partido dos Trabalhadores

Interessados: Presidência da República

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 260 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS DO PROCESSO PENAL. DEVER DE DECLARAR OU PRODUZIR PROVA CONTRA SI. INEXISTÊNCIA. DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. CARÁTER PREFERENCIAL DA MEDIDA ANTE OUTRAS MAIS GRAVOSAS. RESTRIÇÃO RAZOÁVEL DA LIBERDADE INDIVIDUAL POR CURTO PERÍODO. DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O ART. 5º, CAPUT E LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Juntada de cópia do ato impugnado é essencial ao julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Deve oportunizar-se prazo para o requerente regularizar a petição inicial, em virtude do princípio da instrumentalidade. Código de Processo Civil, art. 321.

2. Decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a possibilidade de o Poder Judiciário exercer poder cautelar para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade.

3. Deferimento da medida prevista no art. 260 do Código de Processo Penal em face de réus ou investigados não afronta, por si, os princípios da liberdade individual e da vedação a auto-incriminação, porquanto não acarreta ao conduzido dever de produzir prova em seu desfavor.

4. Desde que justificada, condução coercitiva assegura efetividade da persecução penal e confere eficácia a outras medidas

acautelatórias do processo penal, sem interferir de forma irrazoável na liberdade do conduzido.

5. Parecer por improcedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face do art. 260 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal – CPP). O dispositivo trata da condução coercitiva para realização de interrogatório, reconhecimento e outros atos do processo penal.

Eis o seu teor:

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.

Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

Defende o arguente cabimento da ADPF, por ser o único meio eficaz para sanar lesão decorrente de ato normativo anterior à Constituição da República. Indica como preceitos fundamentais violados a liberdade individual e o direito de não autoincriminação (CR, art. 5º, *caput* e inc. LXIII).¹ Aduz que o interrogatório,

1 “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: [...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]”

em um sistema punitivo adequado ao estado democrático de direito, deixa de ser meio de prova para transformar-se em meio de defesa, no qual é permitido ao indivíduo colaborar com a ação estatal ou reservar-se para não se autoincriminar. Assevera que o direito de defesa, a liberdade e a dignidade da pessoa são ameaçadas quando o indivíduo é instrumentalizado como fonte de prova contra si. Postula que o Supremo Tribunal Federal declare não-recepção parcial do dispositivo, na parte em que permite condução coercitiva para interrogatório, e afaste interpretação que possibilite deferimento de medida cautelar autônoma de condução coercitiva para obter declarações de pessoa suspeita, investigada, indiciada ou acusada, no curso de investigação criminal, inquérito policial ou processo judicial, por considerar tal interpretação lesiva aos mencionados preceitos fundamentais.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (despacho de 9 de maio de 2016).²

A Câmara dos Deputados informou que a redação atual do art. 260 do CPP é originária do Decreto-Lei 3.689/1941 e foi formalmente recepcionada pela Constituição de 1988. Registrou haver projeto de lei em tramitação naquela casa, o qual busca instituir novo Código de Processo Penal e consigna expressamente a natureza de meio de defesa do interrogatório (peça 11).

Para a Presidência da República, condução coercitiva de acusado para interrogatório visa a atender a diversas finalidades úteis à investigação, sem implicar restrição à liberdade nem obrigação de

2 Apesar de não estar o despacho no processo eletrônico, há informação sobre seu teor no extrato de consulta processual do portal do Supremo Tribunal Federal, disponível em: < <http://zip.net/bhtynF> > ou < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368> >; acesso em 4 fev. 2017.

responder a perguntas. Direito a silêncio não asseguraria possibilidade de não se fazer apresentar a juiz quando solicitado (peça 12).

O Congresso Nacional asseverou que todas as medidas cautelares no processo penal carregam certo grau de restrição à liberdade do acusado ou investigado, o que é aceito pelo caráter não-absoluto desse direito. Condução coercitiva para interrogatório de acusados atenderia a finalidades da atividade persecutória e concretizaria o direito constitucional à segurança, com menor grau de restrição ao direito de liberdade do que decretação de prisão cautelar. Alegou possuir o estado poder de determinar comparecimento cogente de acusado a interrogatório, ato este que não possuiria apenas natureza de meio de defesa, mas também de meio de prova (peça 15).

A Advocacia-Geral da União suscitou, preliminarmente, falta de juntada de cópia do ato normativo impugnado. No mérito, manifestou-se por improcedência do pedido, na linha das informações apresentadas pelos órgãos interessados (peça 17).

É o relatório.

2. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CÓPIA DO ATO QUESTIONADO

A Advocacia-Geral da União suscitou inépcia da petição inicial, por não se fazer acompanhar de cópia do ato normativo impugnado, exigência do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A preliminar deve ser afastada. Além de se tratar de ato normativo federal, de fácil acesso em sítios eletrônicos do poder públicos,³ a inicial reproduz a íntegra do dispositivo. Em situações

³ Disponível, entre outros, em: < <http://zip.net/bttjrL> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-

similares, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já relevou a falta.⁴

Caso se entenda de modo diverso, pugna o Ministério Público Federal por fixar-se prazo ao autor para providenciar juntada do ato, sob pena de extinção do processo, a exemplo do que determinou a Ministra CÁRMEN LÚCIA na ADI 3.960/SP, em decisão monocrática de 25 de setembro de 2007.

Não fosse aplicável o princípio da instrumentalidade das formas, que recomenda afastar formalismos dispensáveis quando seja possível ao estado produzir a devida prestação jurisdicional, o novo Código de Processo Civil prevê, no art. 321, que, se a petição inicial não atender aos requisitos legais ou apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz determinará que o autor, em 15 dias, a emende ou complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

lei/Del3689Compilado.htm >; ou em < <http://migre.me/vZDvm> > ou < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html> >; acesso em 4 fev. 2017.

- 4 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 1.991/DF. Relator: Ministro EROS GRAU. 3/11/2004, unânime. *Diário da Justiça*, 3 dez. 2004. Entendimento similar foi adotado em relação a agravo de instrumento sem cópia da petição inicial e da sentença de primeiro grau (STF Segunda Turma. AgR no AI 277.835/PR. Rel. Min.: CEZAR PELUSO. 2/2/2010, un. *DJe* 35, 26 fev. 2010) e em reclamação sem cópia integral do acórdão a que se referia (STF Plenário. AgR/Rcl 10.202/SP. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. Redator para acórdão: Min. DIAS TOFFOLI. 18/11/2010, maioria. *DJe* 92, 17 maio 2011).

3. MÉRITO

O partido autor desta ação direta de inconstitucionalidade traz, na petição inicial, considerações teóricas corretas quanto ao direito constitucional ao silêncio. Contudo, a pretensão não merece ser acolhida, pelos fundamentos que seguem.

Em primeiro lugar, deve-se reafirmar que toda pessoa que figure como investigado ou réu em procedimento de natureza penal **não é obrigada** a produzir prova alguma, mormente em seu desfavor. A prova da prática criminosa é atribuição **exclusiva** da acusação. Disso decorre que o réu/investigado pode ficar em silêncio, e jamais se pode exigir que elabore provas em seu detrimento.

Diante de tal prerrogativa, poderia ter razão o requerente. Condução coercitiva no processo penal, contudo, somente deverá ser declarada indevida quando realizada com o fim específico de obrigar o conduzido a falar. Nesse espectro, seria evidente a não-conformação constitucional (diante de caso concreto, não em abstrato) de qualquer medida autorizada judicialmente para esta finalidade.

No ordenamento jurídico nacional, podem-se antever duas espécies de condução coercitiva. A primeira destina-se à prática de ato processual, tratada como medida de coação pelo art. 260 do Código de Processo Penal. A segunda é medida cautelar inominada, voltada a neutralizar risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal. Em decorrência do princípio da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, a adoção desta última modalidade evita decretação de cautelar mais gravosa, como seria, por exemplo, a de prisão.

A primeira forma de condução – para a prática de ato processual – decorre do poder de coação assegurado ao estado, no exercício de suas atividades de persecução, em sentido amplo, de infrações penais. A Constituição da República confere-lhe poderes para atingir a finalidade de investigar, processar e, se for o caso, punir responsáveis pela prática de condutas criminosas, sempre respeitadas as garantias constitucionais dos indivíduos.

Conquanto assegurado constitucionalmente direito ao silêncio, é possível condução coercitiva de investigados para que, por exemplo, sejam qualificados perante a autoridade. Interrogatório é ato que, a par de seu conteúdo probatório essencial, envolve prévia qualificação do investigado, a qual pode ser essencial para evitar risco de homônimas e, ao final, para possibilitar aplicação da lei penal.

Pode revelar-se a condução coercitiva medida essencial, nesse contexto, para identificação do imputado, ou seja, para saber *quem* é a pessoa potencialmente autora do delito e proporcionar certeza sobre sua identidade. Após a individualização da pessoa suspeita da prática do delito, busca-se saber quem ela é. A identificação não serve para apontar “qual é o plausível autor da infração penal” – função da investigação criminal –, mas para responder à pergunta “quem é tal pessoa?”⁵

O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser possível condução de investigados à autoridade policial para prestar esclarecimentos, com apoio no art. 144, § 4º, da Constituição da República e nos arts. 4º e 6º do CPP:

5 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 417.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.

III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.

IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária.

V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à clausula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal.

VI – O uso de algemas foi devidamente justificado pelas circunstâncias que envolveram o caso, diante da possibilidade de o paciente atentar contra a própria integridade física ou de terceiros.

VII – Não restou constatada a confissão mediante tortura, nem a violação do art. 5º, LXII e LXIII, da Carta Magna, nem tampouco as formalidade[s] previstas no art. 6º, V, do Código de Processo Penal. [...].⁶

A segunda hipótese de condução coercitiva prevista no ordenamento processual penal – que também extrai amparo legal do art. 260 do CPP, em aplicação conjunta com o princípio constitucional da proporcionalidade, subprincípio da necessidade – é a que possui **natureza cautelar**. Tem por finalidade neutralizar riscos para o processo, mais especificamente para a aplicação da lei penal, a investigação ou instrução criminal ou a ordem pública. Em geral, é decretada para evitar que imputados estabeleçam versão concertada sobre fatos ou, especialmente, para impedir que destruam provas.

Medidas cautelares no processo penal possuem caráter acessório e visam a garantir efetividade de ações principais. Impedem que fatores externos, em especial decorrentes da conduta de investigados, frustrem ou tumultuem a investigação dos fatos ou a aplicação da lei. Inserido no CPP pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, o regramento das cautelares teve por escopo evitar o excesso de encarceração provisória no país, sobretudo em face da crônica

6 STF Primeira Turma. HC 107.644/SP. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 6/9/2011, maioria. *DJe* 200, 18 out. 2011.

superlotação do sistema penitenciário e das condições caóticas de numerosas unidades prisionais do País.

Disciplinou o art. 282 do estatuto processual penal a aplicação dessas medidas por juiz, de ofício ou a requerimento das partes, isolada ou cumulativamente. Estabeleceu expressamente que devem ter **preferência** sobre a decretação de prisão preventiva:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

A respeito da nova orientação da legislação processual penal brasileira, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA observa:

[...] agora, a regra *deverá ser* a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve se evitar, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas* ou *descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares).⁷

Deflui do próprio texto constitucional a possibilidade de o Judiciário exercer poder cautelar. O art. 5º, inc. XXXV, da Carta Política, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegura tutela jurisdicional adequada e concede a magistrados judiciais poderes para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade. Não faria sentido que a Constituição reputasse direito fundamental o acesso à via judicial, impondo que pedidos sejam apreciados em prazo razoável,⁸ para que a solução oferecida pelo provimento jurisdicional fosse inócua, inútil, dada a impossibilidade de assegurá-la com medidas cautelares.

Não por outro motivo, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no referendo de medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 172/RJ, que “além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 503.

8 “Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; (Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004) [...]”.

XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário”.⁹

O princípio da proteção efetiva (ou da proibição de proteção deficiente) conduz à inevitável conclusão de que toda ação implica a possibilidade de medida cautelar a lhe garantir utilidade e eficiência. Como instrumento acautelatório, a condução coercitiva deve ser compreendida como medida menos gravosa do que a prisão temporária ou preventiva, como a própria petição inicial reconhece.

Quando devidamente fundamentada e justificada diante do caso concreto, a condução coercitiva contém, de forma equilibrada (sem excessos nem deficiências), garantia de eficácia das demais medidas cautelares realizadas concomitantemente, sem interferir de forma irrazoável (para além do tempo necessário) na restrição de liberdade do conduzido.

Em outras palavras, ainda que sem previsão legal específica, a condução coercitiva é meio de garantir eficácia (e afastar prejuízos) à produção de provas no processo penal. Deve, para tanto, ser executada, sempre, mediante prévia justificação de necessidade, evitando que se lance mão de medidas mais gravosas de restrição de liberdade, como a prisão temporária ou preventiva.

A condução coercitiva precisa ser compreendida sistemicamente como medida que decorre de forma legítima do poder geral de cautela inerente ao Judiciário, com base nos princípios orientadores da atuação jurisdicional, sem malferir a legalidade estrita.

Sobre poder geral de cautela e medidas cautelares no processo penal, são pertinentes estas observações de ANDREY BORGES DE MENDONÇA:

⁹ STF. Plenário. Referendo em medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 172/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 10/6/2009, un. *DJe* 157, 21 ago. 2009.

O princípio da legalidade nas medidas cautelares pode ser entendido ao menos em dois sentidos. Para um primeiro sentido, deve-se observar a forma estabelecida para cada medida cautelar. Neste aspecto, não há dúvidas de que o princípio da legalidade se aplica às medidas cautelares pessoais. Assim, por exemplo, devem ser observadas todas as formalidades inerentes à prisão em flagrante, desde sua detenção até a lavratura do auto de prisão em flagrante. Outro sentido do princípio da legalidade, mais comumente tratado, seria a necessidade de que todas as medidas cautelares estejam previstas em lei, ou seja, que a sua decretação somente seja admissível nas hipóteses expressamente previstas em lei. Neste sentido, fala-se que haveria verdadeira tipicidade das medidas cautelares penais. Em diversos ordenamentos jurídicos há dispositivos legais expressamente indicando a tipicidade ou legalidade das medidas cautelares. Assim, por exemplo, o art. 191, § 1º, do CPP português, e no art. 272 do CPP italiano. **Porém, na legislação brasileira, mesmo após a reforma levada a cabo pela Lei 12.403/2011, isto não restou expressamente determinado.**

Continua, portanto, a discussão sobre se haveria uma verdadeira tipicidade das medidas cautelares penais ou, ao contrário, se há um poder geral de cautela também no processo penal, nos termos do art. 798 do CPC (c.c. o art. 3º do CPP).

Os autores em geral afirmam que em matéria criminal não se poderia aceitar o poder geral de cautela, pois se trata de restrição à liberdade do indivíduo, de sorte que somente nas hipóteses legalmente previstas poderiam ser admitidas as medidas cautelares. Seria aplicável, no caso, o princípio da legalidade, estabelecido no art. 5º, inc. II, da CF. Outros ainda argumentam que a restrição à liberdade de locomoção, nos termos do art. 5º, inc. XV, da CF, somente pode se dar por dispositivo previsto especificamente em lei, sob pena de se permitir o arbítrio. Por fim, poder-se-á argumentar que a nova redação do art. 282, *caput*, dada pela Lei 12.403/2011 teria adotado implicitamente o princípio da legalidade, ao estabelecer, em seu *caput*, que as “medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se (...)”. Certamente se afirmará que somente as medidas cautelares previstas no Título IX do CPP seriam admissíveis.

Pensamos que a questão deve ser analisada sob ângulo diverso. Realmente, em relação às prisões cautelares, não se pode admitir qualquer restrição baseando-se no poder geral de cautela. Neste tema, portanto, somente se podem admitir as prisões provisórias expressamente previstas pela lei. Está expressamente vedada a decretação de outras prisões cautelares que não apenas as expressamente previstas em lei (flagrante, preventiva e temporária).

Ademais, nas hipóteses de medidas cautelares típicas, em que os requisitos estão expressamente previstos em lei – como na interceptação telefônica, cujos requisitos estão estabelecidos na Lei 9.296/1996 – não se pode admitir a utilização do poder geral de cautela para burlar referidos requisitos, criando-se medidas inominadas em detrimento do investigado ou acusado.

Porém, fixados estes dois limites – prisões processuais e medidas cautelares típicas, com requisitos expressamente estabelecidos –, onde vigora a tipicidade das medidas cautelares, ainda haverá campo para aplicação do poder geral de cautela, inclusive nas medidas cautelares penais não prisionais. É verdade que hoje com menor amplitude, após a reforma trazida pela Lei 12.403/2011, mas nos parece que ainda persiste o poder geral de cautela no processo penal. O principal campo de atuação das medidas cautelares atípicas é aquele em que houver lacuna legal. Isto porque a realidade é muito mais ampla e variada que a imaginação do legislador. Haverá situações concretas que sequer foram imaginadas pelo legislador, em que o magistrado se verá diante de situações de risco que terão que ser enfrentadas. Nestes casos, surgirá a importância do poder geral de cautela.

Realmente, não pode haver dúvidas de que a própria Constituição assegura uma tutela jurisdicional adequada, assegurada no art. 5º, inc. XXXV, de sorte a conceder ao magistrado poderes para que não permita que o provimento jurisdicional final seja inútil. Em outras palavras, de que adiantaria proferir uma decisão se esta não é efetiva ou adequada para alcançar o resultado final do processo? Justamente por isto, sempre que houver possibilidade de esvaziamento da função soberana de julgar, como bem afirma ROGÉRIO PACHECO ALVES, deve o magistrado se socorrer de instrumentos processuais aptos a evitar tal frustração e, para

tanto, poderá se valer do poder geral de cautela. Como afirmou o Plenário do STF, “além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário” [ADPF 172, Ref-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10.6.2009, *DJe* de 157, divulgado em 20.8.2009, publicado em 21.8.2009]. Em reforço, diante do art. 3º do CPP, é possível a aplicação do art. 798 do CPC também no processo penal. Se há o poder geral de cautela no processo civil, quando se lida com ilícitos menos graves e interesses muitas vezes disponíveis, com muito maior razão deve ser admitido no processo penal, onde se enfrentam as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Desde que respeitados os limites acima indicados, não há óbice, segundo vemos, na sua aplicação no processo penal, especialmente nas hipóteses de lacuna legal.

Por fim, o próprio princípio da proporcionalidade impõe que se admita o poder geral de cautela no processo penal, mesmo para medidas cautelares penais. Como já vimos, a prisão cautelar deve ser resguardada para situações excepcionais e subsidiárias. Se, diante de um caso concreto, o magistrado antevê uma medida cautelar que, embora não prevista em lei, poderá neutralizar o risco e, assim, evitar a prisão do acusado, deve decretá-la, até mesmo em atenção ao subprincípio da necessidade, que exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam as menos graves possíveis. Assim, por exemplo, suponhamos que em uma situação concreta, que não envolva violência doméstica, o magistrado entenda que a medida de entrega de arma de fogo em juízo – não prevista expressamente no CPP – é suficiente em determinado caso concreto para neutralizar o risco. Não haveria motivo, neste caso, para se determinar a prisão do acusado. Em outras palavras, a prisão processual foi afastada pela aplicação de uma medida cautelar menos gravosa, justamente dando concretude ao princípio da proporcionalidade–necessidade. Foi justamente neste sentido que a jurisprudência criou e passou a admitir com frequência a medida cautelar de retenção de passaporte como forma de evitar a prisão do acusado. Como assevera MARCELLUS POLASTRI LIMA, “ao fazer uso do poder geral de cautela, o juiz

poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado”.

Ademais, o óbice do art. 5º, incs. II e XV, da CF, levantado por alguns doutrinadores, pode ser superado. Realmente, há legislação permitindo o poder geral de cautela (art. 798 do CPC c.c. o art. 3º do CPP). E mesmo que houvesse ausência real de lei, a Constituição não pode ser interpretada isoladamente, mas sim à luz do princípio da unidade. Se assim é, também o próprio texto constitucional prevê a necessidade de uma tutela jurisdicional adequada, nos termos do art. 5º, inc. XXXV. Por fim, a nova redação do art. 282, *caput*, dada pela Lei 12.403/2011, embora realmente faça menção às “medidas cautelares previstas neste Título” não adotou o princípio da legalidade.

Isto porque a redação do *caput* do art. 282 busca apenas asseverar que as disposições do referido artigo são aplicáveis a todas as medidas cautelares do Título XI do CPP. Como já dissemos, o art. 282 está dentro de uma verdadeira “parte geral” das medidas cautelares pessoais. Porém, isto não significa que inexistam outras medidas fora do referido Título. Do contrário, teríamos que defender a revogação de todas as disposições especiais que prevejam medidas cautelares pessoais (Código de Trânsito, Lei Maria da Penha, Lei de Drogas), o que não foi, em hipótese alguma, a intenção da reforma.

Assim sendo, parece-nos que decorre do próprio texto constitucional o poder geral de cautela do magistrado, inclusive no processo penal.

A jurisprudência, antes da Lei 12.403/2011, admitia a utilização do poder geral de cautela em determinadas situações. Assim, o STF aceitou expressamente o poder geral de cautela no processo penal, permitindo que o magistrado fixasse outras restrições, não previstas em lei, ao conceder a liberdade provisória [STF, HC 94.147, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27.5.2008, *DJe* 107, divulgado em 12.6.2008, publicado em 13.6.2008, [...] LEXSTF n. 360, v. 30, 2008, p. 451-459]. Da mesma forma, em decisão liminar o Ministro MARCO AURÉLIO determinou revogação de prisão preventiva com a ressalva de que “o paciente deverá permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chama-

mentos judiciais, e proceder ao depósito do passaporte. Viagem ao exterior ficará na dependência de autorização judicial.” [STF, HC 92.308, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 13.10.2007, publicado no *DJe* 128, divulgado em 22.10.2007].¹⁰

A jurisprudência do STF já admitiu expressamente utilização de poder geral de cautela no processo penal, quando permitiu que magistrado, na concessão de liberdade provisória, fixasse restrições não previstas em lei:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC.

1. A questão jurídica debatida neste *habeas corpus* consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva.
2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais.
3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto.
4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º).
5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais).
6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes

10 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 79-83.

(CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I).

7. Ordem denegada.¹¹

O tema tampouco é inédito no direito comparado. Em comentário a legislação da Espanha, NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO defende a possibilidade de juízes aplicarem medidas alternativas distintas das legalmente previstas, com intuito de concretizar o princípio da intervenção mínima e conferir maior garantia a direitos fundamentais (sem destaques no original):

[...] A pesar de la falta de regulación de medidas alternativas en nuestra Ley procesal y sin perjuicio del deseable desarrollo legislativo de alternativas menos gravosas en relación con todas las injerencias practicables durante el proceso que sean sustituibles por medidas suficientemente idóneas, **puede defenderse en España la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas siempre que sean observadas tres condiciones que inmediatamente veremos. Ello es consecuencia del rango constitucional que hemos atribuido al principio de intervención mínima y es técnicamente realizable por medio de la interpretación de las normas en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.**

Las tres condiciones que proponemos son: a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa; b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja y c) existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación.

[...] La total libertad de los jueces en la aplicación de medidas por ellos inventadas, apartándose de la normativa procesal, lejos de suponer una mayor garantía para el libre ejercicio de los derechos fundamentales, supondría una ame-

11 STF. Segunda Turma. HC 94.147/RJ. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. 27/5/2008, un. *DJe* 107, 13 jun. 2008. No mesmo sentido: STF. Primeira Turma. HC 101.830/SP. Rel.: Min. LUIZ FUX. 12/4/2011, un. *DJe* 82, 4 maio 2011.

naza para la seguridad de su disfrute. Por otro lado, la ausencia de la infraestructura humana y material precisa para garantizar el éxito de las medidas destruiría su idoneidad.

La condición de idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa nada añade a lo hasta ahora manifestado acerca del principio de intervención mínima. Precisamente **dicho principio tiene como fin evitar los perjuicios innecesarios a los afectados y exige que la medida menos gravosa sea suficientemente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida por la medida sustituida.** [...]

En segundo lugar hemos reclamado la existencia de cobertura legal suficiente para la limitación de los derechos que la medida restrinja. El principio de legalidad exige, como sabemos, que toda restricción de derechos fundamentales se encuentre regulada por la ley, mientras que **el problema del que ahora nos ocupamos consiste en determinar las condiciones necesarias que permitan la adopción de medidas que no se hallen previstas por la ley, pero cuya adopción, por ser menos dañosa que las que si cuentan con expreso respaldo legal, es reclamada por el principio de intervención mínima.** Ambos principios, legalidad y necesidad, son principios constitucionales y deben ser cohonestados en interés de los derechos individuales.

[...] La medida alternativa menos gravosa debe asegurar la consecución del fin mediante la restricción de aquellos derechos que la medida excluida limite de forma excesiva. Como la medida que ha de ser sustituida en aplicación del principio de necesidad se encuentra, por definición, regulada por la ley, pues de otro modo el examen de su proporcionalidad carecería de sentido por ausencia del presupuesto constituido por el principio de legalidad, **la restricción del derecho limitado por la medida alternativa dispone de cobertura legal, ya que la ley autoriza la limitación en un volumen mayor que el finalmente ocasionado por el medio sustitutivo menos gravoso.** Por tanto, la relativización del principio de legalidad que de esta manera se produce es tan sólo parcial, de carácter cuantitativo y en interés del ciudadano, quien ve limitados sus derechos en un grado menor que el previsto por la ley con carácter general. En este sentido, la aplicación judicial del principio de interven-

ción mínima con adopción de medidas no reguladas por la ley, limitativas de los derechos cuya restricción se prevé con mayor intensidad, no supone más que la aplicación del conocido aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”, siendo además la elección de ello menos exigencia constitucional.¹²

Neste caso, mesmo diante da lacuna legal do art. 319 do CPP – no que toca à condução coercitiva como medida cautelar alternativa à prisão –, estão preenchidas as três condições mencionadas pelo autor: a) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; b) cobertura legal suficiente da limitação de direitos que a medida promove; e c) existência de infraestrutura necessária para aplicação.

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 deambulatoria 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.

Todo deferimento de condução coercitiva de investigado ou réu exige demonstração de requisito complementar: garantia de eficácia para outra(s) medida(s) que esteja(m) sendo realizada(s) concomitantemente à condução. A finalidade é nitidamente cautelar, de forma menos gravosa do que qualquer outra restrição de liberdade (proporcionalidade), para garantia da produção probatória efetivada com a provisional restrição de liberdade.

Em nenhum momento a privação da liberdade, que deve ser autorizada somente pelo Judiciário, poderá gerar violação de direi-

12 SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 201-202.

tos fundamentais do conduzido, que somente poderá ser interrogado **se desejar falar**, e, ainda assim, na presença de advogado. Dessa maneira, o exercício do direito ao silêncio é garantido. Todavia, não decorre de tais circunstâncias suposto **direito a não ser conduzido**, mormente se restar demonstrada a necessidade da medida como forma de não frustrar a colheita de provas.

Nessa linha de argumentação caminham as precisas considerações de VLADIMIR ARAS, em artigo doutrinário:

A condução coercitiva **autônoma** – que não depende de prévia intimação da pessoa conduzida – pode ser decretada pelo **juiz criminal competente**, quando não cabível a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), ou quando desnecessária ou excessiva a prisão temporária, sempre que for indispensável reter por algumas horas o suspeito, a vítima ou uma testemunha, para obter elementos probatórios fundamentais para a elucidação da autoria e/ou da materialidade do fato tido como ilícito.

Assim, quando inadequadas ou desproporcionais a prisão preventiva ou a temporária, nada obsta que a autoridade judiciária mande expedir mandados de **condução coercitiva**, que devem ser cumpridos por agentes policiais sem qualquer exposição pública do conduzido, para que **prestem declarações à Polícia ou ao Ministério Público, imediatamente após a condução do declarante ao local da depoimento**. Tal medida deve ser executada **no mesmo dia da deflagração** de operações policiais complexas, as chamadas megaoperações.

Em regra, para viabilizar a condução coercitiva será necessário demonstrar que estão presentes os requisitos para a decretação da **prisão temporária, mas sem a limitação do rol fechado (numerus clausus)** do art. 1º da Lei 7.960/89. A medida de condução debaixo de vara justifica-se em virtude da necessidade de acautelar a coleta probatória durante a deflagração de uma determinada operação policial ou permitir a conclusão de uma certa investigação criminal urgente.

Diante das circunstâncias do caso concreto, a prisão temporária pode ser substituída por outra medida menos gravosa, a

partir do **poder geral de cautela do Poder Judiciário, previsto no art. 798 do CPC e aplicável ao processo penal com base no art. 3º do CPP**. Tal **medida cautelar** extranumerária ao rol do art. 319 do CPP reduz a coerção do Estado sobre o indivíduo, limitando-a ao tempo estritamente necessário para a preservação probatória, durante a fase executiva da persecução policial.

De fato, a condução coercitiva dos suspeitos sempre será mais branda que a prisão temporária; a medida **restringe de modo mais suave a liberdade pessoal**, somente enquanto as providências urgentes de produção de provas (cumprimento de mandados de buscas, por exemplo) estiverem em curso.

Se o legislador permite a prisão temporária por (até) 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias nos crimes comuns, a condução coercitiva **resolve-se em um dia ou menos que isto**, em algumas horas, mediante a retenção do suspeito e sua apresentação à autoridade policial para interrogatório sob custódia, enquanto as buscas têm lugar. Ou seja, a condução sob vara deve durar apenas o tempo necessário à instrução preliminar de urgência, não devendo persistir por prazo igual superior a 24 horas, caso em que se trasveste em temporária.

Sendo menos prolongada que as prisões cautelares, a condução coercitiva guarda ainda as mesmas vantagens que a custódia temporária, pois permite que a Polícia interrogue todos os envolvidos no mesmo momento, visando a **evitar, pela surpresa, as versões “combinadas”** ou que um suspeito oriente as declarações de uma testemunha ou a pressione, na fase da apuração preliminar, ou que documentos ou ativos sejam suprimidos, destruídos ou desviados.¹³

Parece evidente que estabelecimento de versões concertadas entre imputados não se enquadra em conceito legítimo de ampla defesa. Esta não pode admitir a construção de versões uníssonas por parte de imputados, sob pena de legitimar afronta à busca da

13 ARAS, Vladimir. *Debaixo de vara: a condução coercitiva como cautelar pessoal autônoma*. Disponível em: < <http://zip.net/bjtyB3> > ou < <https://vladimiraras.blog/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/> >; acesso em 4 fev. 2017.

verdade. Tanto é assim que, se um imputado for colaborador da Justiça e vier a ser procurado por outro investigado (ou potencial investigado) para combinar versões ou omitir fatos, haverá justa causa para decretação de prisão cautelar. Houvesse, de fato, direito de investigados combinar versões uníssonas entre si, não poderia tal fato acarretar consequências processuais negativas. O art. 319, III, do CPP permite que se imponha, como medida cautelar, a proibição de investigados manterem contato entre si. Fosse direito estabelecer versões concertadas, hipoteticamente derivado do princípio constitucional da ampla defesa, não poderia o legislador impor a medida acautelatória, sob pena de inconstitucionalidade.

Há, portanto, equívoco na pretensão deduzida nesta ação direta, quando supõe o requerente que, diante da ausência da medida no rol do art. 319 do CPP, não poderia o juiz decretá-la como cautelar autônoma, conquanto devidamente justificada.

Condução coercitiva, como regra, não se enquadra no conceito de prisão. Por essa razão, não se lhe aplica a restrição prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), cujo art. 7, item 2, prevê 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”.

O dispositivo impõe observância do postulado da legalidade para decretação de prisão e veda aplicação do poder geral de cautela nessa seara. A exigência, todavia, não se aplica à condução coercitiva, a qual não acarreta privação da liberdade, como fazem as prisões processuais. A própria convenção refere-se, no ponto, à **privação** da liberdade. Diferencia-a, expressamente, da hipótese

de mera **restrição** da liberdade, a qual é mencionada em outras passagens, como no art. 7.4.

Nem sempre é clara a distinção entre situações em que há ou não prisão, conforme aponta ANDREY BORGES MENDONÇA:

É importante definir quando há uma verdadeira privação da liberdade, a caracterizar efetiva prisão preventiva, e quando há mera limitação da liberdade ambulatorial. Pense-se no exemplo, enfrentado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de determinação a um imputado que não saia de determinada ilha, por determinado período de tempo. O tema, aparentemente simples, traz questões de difícil solução, sobretudo diante das possibilidades que as novas medidas cautelares trouxeram.

Assim, necessário se mostra, ainda que rapidamente e sem buscar exaurir o tema, apontar alguns critérios que possam auxiliar na identificação de quando estamos diante de uma hipótese de privação de liberdade e, ainda, diante de uma prisão preventiva. Buscar-se-ão critérios para delimitar o conceito de privação de liberdade e, sobretudo, de prisão preventiva.

A prisão preventiva somente se caracteriza quando houver privação da liberdade. Mas não é qualquer restrição da liberdade que caracteriza a prisão, pois há diversas formas em que a polícia interfere na liberdade de movimento que não é suficiente para caracterizar uma prisão.

Como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem faz menção apenas à “privação” da liberdade, sendo que a restrição da liberdade está disciplinada pelo art. 2º do Protocolo 4 à Convenção, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram critérios para distinguir com a mera “restrição” da “privação” da liberdade, que podem ser úteis para a análise.

Segundo a Corte Europeia, a distinção entre privação e restrição é mais de grau ou intensidade que propriamente de natureza ou de essência. Em situações em que houver dúvida, [é] necessário analisar as particularidades do caso concreto, levando-se em consideração uma série de parâmetros,

tais como o tipo, a duração, os efeitos e a modalidade de execução da medida.

Segundo TRECHSEL, a privação da liberdade é uma medida tomada por autoridades públicas, em que uma pessoa “é mantida contra sua vontade por certo período de tempo e em um espaço limitado e obstruído pela força, ou pela ameaça do uso da força, a sair deste espaço”. É interessante fazer algumas considerações relativas a cada um destes elementos à luz das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em relação ao elemento espacial, STEFAN TRECHSEL afirma que não é possível estabelecer um limite claro entre privação e restrição da liberdade por metros quadrados, a depender muito mais das circunstâncias do caso concreto. Outro elemento importante para se considerar a privação da liberdade é o elemento coerção e falta de consentimento. Em relação ao elemento coerção não deve ser levado em consideração literalmente, sendo desnecessário, para sua caracterização, o uso de algemas. Para TRECHSEL, é suficiente o uso de ameaça de uso da força. Assim, em uma prisão domiciliar não é necessário que porta esteja fechada ou que exista método de supervisão eletrônica para caracterizar o confinamento. Muitas vezes a coerção pode ser psicológica e não física.

[...] é relevante considerar o elemento temporal. De acordo com a Corte Europeia, há uma relação entre a intensidade dos elementos espaço e coerção, de um lado, e a duração da medida, de outro.

Assim, verifica-se a relatividade da noção de privação de liberdade. Não é possível uma delimitação precisa da linha divisória (*borderline*) entre uma prisão e outras formas de restrição da liberdade admissíveis. Sua caracterização depende das circunstâncias vivas da pessoa específica e o grau de liberdade que estava gozando antes. O fator decisivo, repita-se mais uma vez, é a situação de fato da pessoa. A Comissão Europeia de Direitos Humanos já entendeu que levar uma pessoa à força para realização de exame de sangue constitui uma privação de liberdade, mesmo em uma ação cível para declaração de paternidade.

Na mesma linha, no sistema estadunidense, considera-se realizada a prisão quando o oficial leva o suspeito em custódia e o transporta para delegacia (*police station*), para que seja acusado de um crime. A Suprema Corte Americana já afirmou,

no *leading case* Michigan v. Chesternut, 486 U.S. 567 1988, que o teste apropriado para determinar se há ou não prisão é verificar se uma pessoa razoável, vendo a conduta policial em particular, no conjunto e levando em consideração as circunstâncias que rodeiam o fato, teria concluído que houve restrição da liberdade de alguém e que a pessoa não seria livre para ir embora. Da mesma forma, no direito inglês se afirma que a prisão não é um conceito legal, mas uma questão de fato, uma situação em que a pessoa está privada do seu direito de ir aonde quer. Não é necessário que haja uma explícita determinação da prisão.

Feitas tais considerações, haverá privação da liberdade, independentemente do nome conferido, quando, em uma situação concreta, a depender das circunstâncias do caso (como o elemento espacial – se é levado ou não para outro lugar, temporal – por lapso considerável de tempo, uso de coerção – utilização da força física, falta de consentimento, efeitos sobre a pessoa, etc.) ficar demonstrado, na visão de um terceiro imparcial, que a pessoa não é livre para se autodeterminar.

No tocante à condução coercitiva do imputado (investigado ou acusado) para realização de algum ato processual, para sua identificação ou, ainda, para colheita de elementos de prova contrários à sua vontade, a depender das circunstâncias concretas, pode haver verdadeira privação de liberdade ambulatorial, com a conseqüente necessidade de observância de todas as garantias constitucionais. [...] Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto e se houver a privação da liberdade por várias horas, com utilização de algemas e contra a vontade do agente, deve-se equiparar a uma privação da liberdade. No caso de condução de testemunhas, a situação é diversa e a questão dependerá da previsão legal da medida.¹⁴

Na mesma linha, ROLANDO DEL CARMEN afirma serem necessários quatro elementos essenciais para caracterizar uma prisão:

14 MENDONÇA, Andrey Borges. Obra citada na nota 5, p. 284-293.

“apreensão e detenção, intenção de prender, autoridade para prender e compreensão pelo indivíduo de que está sendo preso”.¹⁵

No caso X e Y v. Alemanha (*Application 8819/79*), duas garotas foram questionadas em uma delegacia de polícia sobre um alegado furto na sala de aula. A Comissão Europeia de Direitos Humanos afirmou não existir privação de liberdade, entre outros motivos, porque elas permaneceram apenas pequeno período e não havia intenção das autoridades de privá-las de liberdade.¹⁶

Embora em situações excepcionais, a depender do caso, a condução coercitiva possa se caracterizar como verdadeira prisão – quando, por exemplo, durar mais de 24 horas –, na grande maioria das vezes não se equipara a encarceramento, pois restringe a liberdade por tempo reduzido.

O Conselho Nacional de Justiça, ao regulamentar a audiência de custódia (Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015), não estabeleceu necessidade de apresentar pessoa conduzida coercitivamente a autoridade judiciária, a indicar que, em regra, a medida não se equipara a prisão. Como consequência, não se aplica o art. 7.2 da CADH, consoante se afirmou.

Com base nessa compreensão, decidiu acertadamente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que “condução coercitiva de investigado ou testemunha, embora enseje restrição à liberdade individual, não acarreta sua privação, não caracterizando, portanto, medida privativa da liberdade”.¹⁷

15 DEL CARMEN, Rolando V. *Criminal Procedure: Law and Practice*. 8. ed. Wadsworth: Belmont, 2010, p. 157-159.

16 TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. New York: Oxford, 2005, p. 416.

17 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Seção. Procedimento investigatório do MP (peças de informação) 5015109-58.2016.4.04.0000. Rel.: Juiz SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ. 14/4/2016, un. DE, 14 abr. 2016.

Não procede a tese defendida pelo requerente, de que mera condução coercitiva de pessoa suspeita, investigada ou acusada, no curso de investigação criminal, inquérito policial ou processo judicial, por si, afrontaria a liberdade individual e o direito a não auto-incriminação (CR, art. 5º, *caput* e inc. LXIII, garantia conhecida pela expressão latina “*nemo tenetur se detegere*”, isto é, ninguém pode ser obrigado a prejudicar-se).¹⁸ Aplicação do art. 260 do Código de Processo Penal a réus e investigados somente deverá ser decla-

18 Não se deveria confundir o direito à proteção contra autoincriminação e a manter-se em silêncio para evitar prejuízo à própria defesa com um suposto direito a mentir nem com um hipotético direito a fugir das autoridades. FISCHER & PACELLI DE OLIVEIRA observam, a esse respeito:

“187.3. Direito de mentir?: Não é incomum encontrar-se opiniões no sentido de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* abrangeria também um suposto direito à mentira, sobretudo em relação aos fatos, devendo o réu, porém, informar corretamente sua identidade.

Bem, que não há direito algum à prestação de informações falsas não pode[m] restar dúvidas. Aliás, se o réu acusar terceiro como autor do fato, sabendo-o inocente, poderá até responder por denúncia caluniosa, na medida em que pode não se mostrar inteiramente justificada (excludente de ilicitude) a conduta, mesmo que em defesa de seu interesse.

Pode-se mesmo aceitar que o réu elabore qualquer versão em seu favor; o limite seria o tangenciamento voluntário a direitos alheios, quando ciente da inocência alheia.

É claro, por certo, que haverá situações, sobretudo envolvendo concurso de agentes, que a atribuição de fato ou responsabilidade a outro, igualmente processado, ou em situação de sê-lo, estará plenamente justificada pelo contexto das circunstâncias.

De modo que não existe direito algum à prática de violação ao Direito. Não existe também qualquer direito à fuga como já mencionado em alguns setores de nossa prática forense. Uma coisa é admitir-se a situação de premência pessoal daquele ameaçado pela privação da liberdade; pode-se aceitar o seu comportamento de fuga – sem danos a terceiros – como ato inerente à humanidade intrínseca. Do ponto de vista do Direito, porém, não se cuidará de direito subjetivo, mas de ato eventualmente justificado pelas circunstâncias (e não pelo Direito). Do mesmo modo, não constitui direito do réu a apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo, até porque o *falsum* não esgotaria sua potencialidade lesiva naquele processo. [...]” OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Item 187.3.

rada indevida se, diante do caso, for realizada com o fim específico de obrigar o conduzido a declarar.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República por improcedência do pedido.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/DF/WCS/AMO-Par.PGR/WS/2.299/2017