



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
GILMAR MENDES**

**ILUSTRE RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
(ADPF) N. 395**

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), regularmente habilitado como *AMICUS CURIAE*, vem perante V. Exa., por meio de seus procuradores signatários, apresentar o **MEMORIAL** escrito de seus argumentos, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395.

I. SÍNTESE DA QUESTÃO JURÍDICA E SEU TRÂMITE PROCESSUAL

A questão jurídica em discussão pode ser assim sintetizada: a Constituição da República permite que um cidadão, no exercício de seu direito de permanecer em silêncio diante de acusação formal, seja conduzido contra sua vontade, por meio de violência real ou ameaçada da autoridade policial, ao ato processual de interrogatório?

Entendendo que isso é proibido porque constitui uma grave violação de direitos fundamentais, o Partido dos Trabalhadores ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para requerer a declaração de não recepção do art. 260 do vigente Código de Processo Penal.

Os motivos apresentados na petição são tão relevantes quanto objetivos e partem da lembrança de que o interrogatório é, antes e acima de tudo, uma oportunidade para o exercício da defesa pessoal contra a acusação, garantia essa que,



junto ao direito de defesa técnica por meio de advogado ou defensor público, integra o direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV). Logo, o constrangimento para sua realização é absolutamente inaceitável, caracterizando-se como uma violação explícita da autonomia individual do cidadão no legítimo exercício de sua prerrogativa constitucional de definir a própria estratégia de defesa. Em suma, considerando que o chamado *direito ao silêncio* é desdobramento lógico da proibição contra autoincriminação involuntária, a condução coercitiva coloca em grave risco o devido processo legal como fronteira inequívoca entre modelos processuais *autoritários* (dispostos a encontrar “a Verdade” a despeito dos limites definidos pelos direitos fundamentais) e *democráticos* (que não hesitam sacrificar “a Verdade” antes de legitimar a violação dos direitos do cidadão). Em importante acréscimo, a Arguição também contextualiza a questão, denunciando que o uso da condução coercitiva nos últimos anos tem produzido como efeito colateral a desnecessária estigmatização dos acusados e a vulgarização do processo penal, atacando simultaneamente a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR) e a sobriedade que deve caracterizar um sistema de justiça criminal técnico e ético.

A Arguição requer, ao final, que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional o tratamento jurídico conferido pelo Poder Judiciário brasileiro ao instituto da condução coercitiva como medida cautelar autônoma, com o objetivo de obter, exclusivamente ou não, o depoimento de pessoas suspeitas, investigadas, indiciadas ou acusadas em procedimentos investigativos, inquéritos policiais ou processos criminais.

Consultadas, manifestaram-se sobre o importante tema Presidência, Câmara, Senado, Procuradoria e Advocacia Geral da União, em Pareceres mais ou menos fundamentados e nos quais o interesse político imediato não raro superou uma análise radicalmente comprometida com republicanos valores.

A Presidência da República, de início, sustentou que o *direito ao silêncio* não assegura ao acusado a possibilidade de não se fazer apresentar ao juiz quando solicitado – o que, francamente, não faz muito sentido: se o acusado, informado de seus direitos,



decide não falar, por quê obrigá-lo a comparecer ao Juízo? Pelo prazer da viagem? Salientou, ainda, que a condução coercitiva não consiste em restrição à liberdade – o que é empiricamente contraditório – e que a medida se justifica por atender a diversas finalidades úteis à investigação, como garantir a segurança do investigado e da sociedade – o que, além de pouco crível, chega a soar como cinismo – e evitar a dissipação de provas ou o tumulto na sua colheita – esquecendo que o interrogatório é o último ato da instrução e que a execução dos mandados de busca e apreensão já prevê tal restrição –, entre outras considerações de menor importância. Em outras e mais simples palavras, a Presidência inverteu a lógica dos direitos fundamentais, subordinando a juridicidade de uma ação à sua conveniência, em nítida, bem conhecida e lamentável manobra utilitarista.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, se limitou a informar que no Projeto de Lei que propõe um novo Código de Processo Penal, o interrogatório é confirmado como meio de defesa pessoal, parte do direito fundamental à ampla defesa – a confirmar a não recepção do art. 260 pela Constituição de 1988. Evidentemente, com isso, demonstra o retrocesso do entendimento jurisprudencial que a ADPF está a contestar.

A terceira manifestação, originária do Senado Federal, opinou pela improcedência do pedido, baseando-se nas afirmações de que o direito de liberdade não é absoluto, podendo ser restringido ao acusado e que a condução coercitiva é medida menos gravosa que a prisão cautelar; ou seja, apresentou truísmos no lugar de argumentos. Ademais, afirmou que o art. 319 do Código de Processo Penal garante ao juiz um suposto e perigoso “poder geral de cautela”, que lhe permitiria aplicar a medida mesmo em casos onde não esteja prevista (?), apesar da exigência de legalidade estrita para todos os atos da autoridade pública, especialmente para os que restringem direitos fundamentais (art. 5º, II, CR). Trouxe aos autos, também, uma versão desatualizada do conceito de interrogatório, que deixa de ser meio de defesa para se constituir em meio preferencial de prova, consoante a lógica punitiva do processo inquisitório e sua obsessão com a confissão como rainha das provas. Apela, nesse ponto, para a conveniente “Teoria dos Poderes Implícitos”, em favor da arbitrariedade judicial, ao



asseverar que o poder legal de intimar para o interrogatório inclui a disposição de quaisquer meios para assegurar sua realização. O problema imediato é que, sem especificar quais meios são admissíveis para o fim de “extração da Verdade”, o Senado flerta perigosamente com a legitimação da tortura física ou psicológica, desde que alcançado o objetivo de demonstrar a responsabilidade penal do imputado.

O Parecer da Procuradoria Geral da República, a seu turno, faz constar que a condução só deve ser declarada indevida quando realizada com o fim específico de obrigar o acusado a falar, não obstante a lei processual também exigir a necessidade de prévia intimação, o que não foi mencionado. O órgão ministerial desenvolve raciocínio adicional quanto ao poder geral de cautela, desta vez com base na ADPF 172/RJ (cuja pertinência para o caso em tela é, no mínimo, duvidosa) e, estruturando-se sobre comparações não contextualizadas entre sistemas jurídicos distintos, defende uso de medidas cautelares não previstas quando diante de três requisitos.

Por fim, a manifestação da Advocacia Geral da União vem acompanhada de opinião de parte da Polícia Federal, e aponta para as seguintes questões de mérito: a condução coercitiva é medida de privação de liberdade do investigado ou acusado por curto lapso temporal (o que não passa de apologia à lesão de direitos), o poder geral de cautela do juiz permite o uso como medida cautelar autônoma (o que viola a exigência de legalidade estrita) e, por fim, que os direitos não são absolutos, devendo ocorrer ponderação de valores (um conhecido pretexto para hermenêutica de ocasião). Também aponta para o fato de que a condução coercitiva é menos gravosa que a prisão cautelar (um truísmo, como visto), mas que poderá ser decretada nas mesmas hipóteses e sempre que o Juiz visualizar necessidade de presença do investigado para colheita de elementos de informação (sem indicar o motivo ou autorização legal para isso) ou para evitar destruição de fontes de provas (ignorando a existência dos mandados de busca e apreensão para tal fim).

Como se vê, a questão central suscitada pela ADPF não foi diretamente enfrentada; em regra, teve como resposta o oportunismo de justificar a condução coercitiva por seu fim, sem buscar fundamentos constitucionais que a autorizem como



meio. Seguramente, a tônica do debate (ou sua falta) não pode ser explicada pela ignorância das competentes e bem informadas autoridades que expressaram suas posições. Em outro sentido, é no turbulento contexto político-criminal que acompanha a presente discussão que parece residir a resposta para a deliberada confusão. Vamos a ele.

II. O CONTEXTO DA DISCUSSÃO

O Direito é histórico e social. Tem tempo e espaço. Por isso, no campo das chamadas ciências criminais normativas (Direito, Processo e Execução Penal), em especial, uma avaliação contextual é fundamental, porque além de diminuir o risco de diletantismo também se presta a denunciar o sectarismo de certas posições manejadas em nome das melhores, ou piores, intenções. À luz dessa advertência preambular, portanto, é pertinente uma contextualização, ainda que breve, para situar o debate no atual panorama jurídico e político nacional.

O Código de Processo Penal trata da condução coercitiva em diferentes artigos, que autorizam, *a priori*, a presença compulsória de testemunhas (art. 218), do ofendido (art. 201, §1º) do perito (art. 278) e do próprio acusado (art. 260) em caso de injustificada ausência mesmo após regular intimação.

O extremo expediente, contudo, raramente é invocado. A medida é, em si mesma, autoritária e sua inconstitucionalidade é intuída, quando não expressamente declarada.

Nos últimos três anos, contudo, notadamente em função de enormes e espetaculares operações de criminalização secundária conduzidas por Forças-Tarefas vinculadas à lógica operativa – muitas de legalidade duvidosa – se tornou corriqueira a prática de surpreender e mobilizar coercitivamente cidadãos investigados para “prestar esclarecimentos” perante a Autoridade Pública sem prévia e regular intimação – embora a falta de comunicação não pareça alcançar a imprensa, sempre presente e preparada nesses episódios.



Os alvos preferenciais dessas operações integram ou estão em relação protooperativa com a classe política brasileira e as imputações se projetam sobre o horizonte do “crime de colarinho branco”, capaz de despertar imediata e, em alguma medida justificada, raiva popular. Raiva que, por sua vez, é incorporada na estratégia de criminalização, servindo como instrumento de pressão de certos promotores e juízes voluntaristas sobre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a assegurar a realização de suas pretensões – e assegurando ampla audiência à mídia de massa, no processo. Cumpre, assim, função análoga à dos “vazamentos ilegais” de acordos de colaboração premiada ou de conversas interceptadas judicialmente.

A exposição de suspeitos ou acusados brancos e ricos sob custódia de policiais vestidos com roupas escuras e ao estilo militar é, sem dúvida, uma parte importante desse teatro inquisitório, que antecipa uma heurística de condenação, promove a ideia de eficiência do sistema de justiça criminal, pressiona o conduzido a “colaborar” e, de certo modo, refrigera o anseio social e imediato por punição.

As vantagens da condução coercitiva para fins de incriminação são, como se percebe, indubitáveis. O cidadão é repentina e ostensivamente subtraído de seu domicílio (quando não do hospital etc.), não raro nas primeiras horas da manhã, posto sob holofotes, atacado por perguntas de repórteres mais informados de seu caso penal do que o próprio e confrontado em ambiente hostil com o resultado praticamente já finalizado de uma extensa investigação contra si, que sequer sabia existir. Se somarmos a isso a restrição de acesso à um advogado e a falta de tempo para análise detalhada do inquérito, que impossibilitam a formulação de uma narrativa coerente de defesa, a confissão – ou, melhor ainda, a delação – aparecem como únicas opções razoáveis, para júbilo das agências de repressão. Nada mais útil, como não hesitem admitir em suas manifestações as autoridades que explicitamente se beneficiam do expediente.

Por outro lado, nada mais ilegal. A mínima exigência de prévia intimação, solenemente ignorada, seria, por si só, bastante eficaz para esvaziar esse uso alternativo da condução em busca de confissão ou delação. Todavia, como as já mencionadas opiniões oficiais destacam, aqui sequer houve recusa – mas, por algum motivo, isso já



não importa, em que pese a lei. Mal disfarçada de interpretação, o que é simples violação do texto legal, essa prática completamente arbitrária lamentavelmente também contribui para a degeneração de outros direitos fundamentais, como a proteção da honra e imagem e a garantia de presunção de inocência, irreversivelmente maculadas. A odiosa lembrança da prisão para averiguação desperta um forte sentimento de *déjà vu*. Mais não é preciso dizer, ao menos no que se refere à descrição de um violento contexto afim somente ao Estado de Polícia.

III. DISCUSSÃO DO MÉRITO DA QUESTÃO

1. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 260 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

O art. 260 do Código de Processo Penal foi redigido no mesmo contexto de outros dispositivos que, na formulação original de 1941, previam a possibilidade de se interpretar o silêncio do imputado desfavoravelmente. A previsão foi estabelecida em razão da orientação política e ideológica do Estado Novo que, em matéria processual penal, apostava no caráter plenipotenciário do juiz, obtenção da verdade material e máxima liberdade do magistrado na apreciação da prova (livre convencimento).¹

O interrogatório foi inserido entre os meios de prova e, topograficamente, localizado como primeiro ato da instrução, pela relação que o imaginário processual da época sustentava, pode-se dizer, do “réu como o detentor genuíno da verdade”.

Embora, mesmo na década de 40, o acusado não pudesse ser constrangido a falar, o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e art. 187, CPP), razão pela qual a sua condução coercitiva deveria ser realizada, caso não atendesse à

¹ Sobre as características e orientações da reforma, conferir os textos e discursos do Ministro Francisco Campos, presentes, por ex. na obra CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001.



intimação para comparecimento (art. 260, CPP).² Este último dispositivo só existe em razão da mentalidade inquisitorial do período que, refletindo no campo do processo as diretrizes do Estado autoritário, recusava efetividade à garantia que veda a autoincriminação compulsória.

O art. 187, entretanto, foi **expressamente revogado pela Lei nº 10.792/03**, assim como foi suprimida a menção à "interpretação do silêncio em prejuízo da defesa" no art. 186, CPP. No novo art. 186 do atual Código de Processo Penal foi introduzido o "*direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*", e, no parágrafo único, se estabeleceu a determinação de que o "*silêncio não poderá importar em confissão e nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*".

Tais alterações não podem ser perdidas de vista quando analisamos a nova sistemática, porquanto a interpretação teleológica há de se fazer presente.

O art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que incluiu o interrogatório como ato que, sem o acusado, não pode ser realizado, **perdeu o sentido jurídico e político com a Constituição da República de 1988** e, para que não sobrassem dúvidas, com as **alterações produzidas pela Lei nº 10.732**, de 1º de dezembro de 2003. A sua manutenção no Código sofre da mesma patologia que diversos outros dispositivos que, abstrata ou incidentalmente, já foram afastados pelo Supremo Tribunal Federal ou que são sobejamente recusados pela doutrina.

O conjunto normativo responsável por estabelecer os limites de atuação do poder criminal está estabelecido na Constituição da República e, especialmente, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil, ratificando-os, concordou em se submeter.

A condução coercitiva do imputado para fins de interrogatório coloca em xeque o preceito fundamental da liberdade individual (vedação às estratégias persecutórias de

² Na redação original do Código de Processo Penal: Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, **o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa**. Art. 187. **O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas**.



facilitação da autoincriminação compulsória) e, como medida cautelar atípica, o preceito fundamental da legalidade estrita em matéria criminal (vedação à decretação de medidas limitadoras da liberdade pessoal, sem previsão nominal ou procedimento previsto em lei). Ambos estão previstos na Constituição da República (art. 5º, LXIII e art. 37), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.2 e 8.2“g”) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9.1), ratificados e promulgados pelo Brasil.

Desde uma adequada hermenêutica processual penal é possível, como pretende o autor da ADPF, construir um sentido democrático ao dispositivo. O alcance do art. 260, CPP, assim compreendido, pode ser definido da seguinte forma:

- a) O comparecimento do imputado na investigação ou processo penal não é um *dever*, mas um *direito*, salvo nas hipóteses em que sua ausência frustrar o regular desenvolvimento da persecução, como, por ex., na situação específica do reconhecimento;³
- b) Nestes *estritos casos*, o imputado deverá ser *previamente intimado* para comparecer ao ato e, somente se não possuir *justificativa razoável*, poderá, em *nova decisão*, constar a possibilidade de condução coercitiva;
- c) Não é admissível, de qualquer forma, a condução coercitiva do imputado, sem autorização judicial, independente dos motivos eventualmente declinados pela autoridade;
- d) Em nenhuma hipótese, é possível conduzir coercitivamente o imputado para o interrogatório (sequer para a qualificação) ou, ainda, com o fim de garantir a execução de medidas cautelares de pesquisa ou investigação (de obtenção de prova).

³ Mesmo nestes casos, há sólida posição doutrinária pela desnecessidade de comparecimento do réu, uma vez que o direito a não autoincriminação compulsória também incluiria a proteção contra comportamentos passivos, capazes de fornecer elementos probatórios desfavoráveis ao imputado. Cf. GIACOMOLLI, Nereu. **O Devido Processo penal**. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF.



Na **Projeto de Novo Código de Processo Penal** (PL n. 8045/10) – conforme noticiado pela Câmara dos Deputados em sua manifestação nos autos – não consta a possibilidade de condução coercitiva do investigado ou acusado para o interrogatório. Também não consta no rol das medidas cautelares diversas da prisão, qualquer previsão de medida cautelar de condução coercitiva.⁴ O art. 64 do Projeto, a propósito, expressamente dispõe que o “interrogatório é meio de defesa do investigado ou acusado” e, finalmente, ratifica, dentre os seus direitos, o de ser informado da prerrogativa de silenciar-se e de que não o será interpretado em seu desfavor (art. 66, IV e V do PL nº 8045/10), o que equivale à versão brasileira da célebre “advertência de Miranda”.

Não está em questão que o imputado, conduzido coercitivamente, poderá exercer o *direito ao silêncio* perante à autoridade. Afinal, mesmo o autoritário código de 1941 previu esta possibilidade. O que deve ser deliberado pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, é a juridicidade da condução coercitiva do acusado, intimado previamente ou não, **como estratégia persecutória de intimidação velada, favorável à tomada de declarações.**

A garantia que veda a autoincriminação compulsória não pode ser interpretada restritivamente, sob pena de sufocar-se a efetividade da ampla defesa. A condução coercitiva do imputado para o interrogatório, conseqüentemente, viola o direito de não ser submetido à tramas e ardis orientados a corromper a decisão de resistir à produção de prova contra si.

A condução coercitiva de imputados durante o inquérito é ainda mais problemática, uma vez que os Tribunais superiores não exigem a presença da defesa técnica como condição à validade do ato de interrogatório na investigação, mesmo após a Lei nº 13.245/16. Assim, a chance de que ceda a pressões do gênero “*colabore e não*

⁴ O Projeto de Lei nº 8045/10 que trata do Novo Código de Processo Penal está com previsão de entrega final dos relatórios parciais para o mês de maio de 2017. O texto já passou pelo Senado Federal e aguarda a deliberação final da Câmara dos Deputados.



iremos requerer a sua prisão” deve ser considerada em uma concepção, não ingênua, de jurisdição constitucional em matéria criminal.⁵

Em sentido oposto, o Parecer nº 171/2016 - SELP/COGER, subscrito pelo Departamento de Polícia Federal e incluído na manifestação da AGU, sustenta que a condução coercitiva do imputado para interrogatório é legítima, *“pelo menos, para que seja identificado e qualificado”*, o que constitui uma deliberada confusão entre “condução coercitiva” (de investigado já conhecido) e “prisão em flagrante” (ato processual explicitamente voltado à identificação e qualificação do suspeito). E, para arrematar, expulsa a Constituição de seus domínios sem maiores cerimônias, vinculando-se a uma estranha posição dos Tribunais de que o *direito ao silêncio* simplesmente *“não se aplica à primeira fase do interrogatório”* (art. 187, §1º, CPP).

A alegação de que as pessoas são conduzidas à força, somente para que sejam qualificadas, parece claro, é um artifício retórico que não se verifica na prática. Nem se diga que é merecedora de maior atenção a afirmação de que a coerção contra o imputado, restringindo-lhe a liberdade de locomoção, constitui medida do seu próprio interesse (!), porque permitiria a *“sua correta identificação, especialmente em casos que envolvem menores de idade ou homônimos”*.⁶

A atuação diligente da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário é suficiente para evitar a prisão de homônimos, convenhamos, uma lamentável “exceção” que ainda persiste no Brasil. Se os órgãos de persecução penal são incapazes de se certificarem da correta identificação de um investigado e, para isto, dependem de conduzi-lo à revelia, então, o problema está na falta de inteligência policial e não na garantia que veda a autoincriminação.

⁵ O direito ao não comparecimento para interrogatório, como desdobramento do direito ao silêncio, protege o imputado de diversos outros artifícios que, aliados à condução coercitiva, pretendem induzi-lo a falar: *informação de que está sendo ouvido como testemunha (quando se trata de investigado); promessas veladas de que melhorará sua situação ao colaborar; indicações de que se trata de perguntas simples, coisas de rotina da investigação, etc.*

⁶ Fl. 11 do parecer nº 171/2016 - SELP/COGER – Departamento de Polícia Federal.



Em juízo, a desnecessidade da medida está fora de qualquer discussão. O interrogatório é o último ato da instrução, o que torna pouco crível imaginar que, até este momento, o réu não tenha sido identificado (pois bastaria a citação pessoal válida para sua integral qualificação). De qualquer forma, a falta de qualificação não é capaz, sequer, de “retardar a ação penal”, quando certa a identidade física. Uma vez certificada, pode-se retificar os autos *sem prejuízo da validade dos atos precedentes* (art. 259, CPP).

Em suma, as conduções coercitivas têm sido empregadas no Brasil para produzir no acusado a subjetividade indispensável para questionar a necessidade de autodefesa. A finalidade da imposição de força para a realização do ato, nestes termos, aumenta a possibilidade de que abra mão do *direito ao silêncio* e responda ao que lhe for perguntado. Este contexto expressa o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal e explica porque a garantia que veda a autoincriminação compulsória confere ao acusado, tanto o direito de calar-se, quanto o de não comparecer ao interrogatório. Qualquer outra interpretação é rigorosamente inconstitucional.

2. INCONSTITUCIONALIDADE DO EMPREGO DA CONDUÇÃO COERCITIVA COMO MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

O uso da condução coercitiva como medida cautelar inominada ofende princípios constitucionais e convencionais básicos que, em matéria penal, confirmam a opção política do Brasil pelo Estado de Direito.

Hoje há um relativo consenso de que a defesa do poder geral de cautela somente interessa ao direito processual civil. De fato, para a esmagadora maioria da doutrina processual penal brasileira, prevalece a inexistência de “poderes gerais” do juiz no processo criminal.⁷ Esta posição, amplamente majoritária, parte da premissa de que

⁷ Por todos: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 790. BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 708. MAGALHÃES GOMES FILHO,



não há política estatal mais violenta do que a responsável por exercer a competência punitiva e que este poder deve estar vinculado estritamente a limites, ou seja, à forma legal.⁸

Não por outro motivo, é usual a temerária confusão, em processo penal, entre discricionariedade e arbitrariedade. A legitimação da criatividade judicial em matéria de medidas cautelares (pessoais, reais ou probatórias) instaura um perigoso espaço de tendência ao arbítrio e, portanto, de fragilização dos dispositivos de controle do poder e de defesa das liberdades públicas. O direito processual penal está política e juridicamente orientado à tutela destes valores e, por tal razão, a ele não se aplicam as justificativas que autorizariam um poder geral de cautela do juiz no processo civil, como, por ex., o recurso ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR).

Para que não reste dúvida: o art. 5º, incisos II e XXXIX da Constituição da República, institui o princípio da legalidade da repressão criminal como uma garantia individual sempre oponível ao Estado brasileiro. E o art. 7, itens 2 e 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratifica, respectivamente, 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; Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.* Não fosse isso mais do que suficiente, o art. 9.1. do Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos arremata: *toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.*

Antonio, 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**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 42, p. 30-40, abr. 1994. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Etc.

⁸ LOPES JR., Aury. op. cit. p. 790.



As medidas cautelares inominadas, como se vê, são expressamente proibidas pelos Tratados Internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional. Nesse ponto, salta aos olhos uma curiosa novidade: a Procuradoria Geral da República sustentou que estes textos se referem à *privação* da liberdade, enquanto a condução coercitiva acarretaria somente a sua *restrição* – distinção que beira a má-fé argumentativa. O princípio da legalidade, nessa peculiar interpretação que lhe é conferida, só se aplicaria às prisões provisórias e não às medidas cautelares diversas, que estariam aquém de qualquer limitação legal.⁹ Não é necessário descer a minúcias para concluir pela incorreção do raciocínio, que já foi repellido em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De fato, a **Corte Interamericana se pronunciou sobre a extensão da garantia prevista no art. 7.2**, por ex., no caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador*” e entendeu que o dispositivo deve ser interpretado com a amplitude que ela, CIDH, lhe confere, ou seja, compreendendo não apenas a privação *stricto sensu*, mas **todo e qualquer caso de restrição à liberdade física**. Veja-se os seguintes trechos do Acórdão:

53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.

Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad.

⁹ O parecer chega a defender que o princípio da legalidade estrita, imposto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, estaria satisfeito no âmbito processo penal, porque o processo civil tem regra autorizando o poder geral de cautela do juiz (aplicável, com base no art. 3º do CPP). O argumento consta à fl. 21/22 do parecer da Procuradoria Geral da República.



De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

54. Finalmente, la Corte resalta que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.

B) ILEGALIDAD DE LAS DETENCIONES DE LOS SEÑORES CHAPARRO Y LAPO

55. El artículo 7.2 de la Convención establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

56. Este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Valga reiterar que para esta Corte “ley” es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

57. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.¹⁰

¹⁰ Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em 26 de abril de 2017.



O entendimento adequado do art. 7. 2 e 3 da CADH enuncia uma **proteção do direito à liberdade** física e alcança, nas **palavras da própria Corte**, “os comportamentos corporais que pressupõem a presença física do titular do direito e que se expressam normalmente em um movimento físico”.

O cristalino posicionamento do Tribunal se aplica, *ipsi litteris*, aos casos de condução coercitiva como medida cautelar autônoma. O objetivo da proteção jurídica é assegurar o indivíduo de “toda interferência ilegal ou arbitrária em sua liberdade física”, justo o que não ocorre na hipótese, neutralizando a artificial diferenciação proposta entre *privação* e *restrição*.¹¹

Mais: a Convenção Americana de Direitos Humanos também exige que a garantia primária do direito à liberdade física, em qualquer dimensão, somente possa restringir-se por **reserva de lei**, no sentido particular de que, “**unicamente através de uma lei pode-se afetar a liberdade pessoal**”.

É óbvio que a *lei*, referida pela Corte Interamericana, não pode ser uma que, em matéria civil, autorize o juiz a decretar medidas cautelares não previstas explicitamente no texto legal. Mesmo assim, este argumento fez-se presente no Parecer da PGR, que sumariamente ultrapassou o imperativo da legalidade estrita, porque “*realmente, há legislação permitindo o poder geral de cautela*”, remetendo ao próprio Código de Processo Civil (fl.16).¹²

¹¹ O princípio da legalidade e da taxatividade das medidas cautelares pessoais, embora previsto no art. 272 do CPP italiano, suscitou questionamentos de alguns autores quanto à extensão do conceito de liberdade, para fins do exercício do poder geral de cautela (*art. 272. Le libertà della persona possono essere limitate com misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del titolo I, Libro IV*). Prevaleceu o entendimento de que a palavra liberdade se estende ao âmbito de qualquer medida cautelar pessoal, ainda que tão somente interditiva. Nas palavras de Fabio Varone e Guido Todaro: “*l'uso plurale del termine libertà, consente estendere l'ambito di operatività e le garanzie del procedimento cautelare personale anche alle misure interdittive, le quali, come scritto, non incidono durettamente sulla libertà dell'individuo in senso fisico, ma solo su alcuni diritti e facoltà della persona*”. VARONE, Fabio. TODARO, Guido. **La Difesa Nel Procedimento Cautelare Personale**. Milano: Giuffrè, p. 26

¹² S.m.j, também não procede o argumento de que a Lei n° 12. 403/11 não adotou expressamente o princípio da legalidade. Ora, considerando o texto constitucional e das convenções, não seria o caso de se perguntar o contrário? Porque a Lei 12.403/11 não incluiu a condução coercitiva do imputado como uma das medidas cautelares pessoais?



A fragilidade da ilação é patente. A reserva de lei, conforme sublinhado no caso “*Chaparro vs. Equador*”, **deve vir forçosamente acompanhada do princípio da tipicidade, que obriga aos Estados a estabelecer, tão concretamente quanto seja possível, as causas e conduções da limitação à liberdade física.** A lei, a que se refere o texto da CADH, é uma lei de natureza processual penal, presente no Código de Processo Penal ou em regulações especiais (como a Lei n° 11. 140/06, por ex.).

O emprego da condução coercitiva como medida cautelar **não está previsto em lei** e, por esta razão, **não há disciplina do procedimento a ser seguido para sua execução.** Na prática, a ausência de regulamentação criou um “espaço vazio de controle” quanto a vários aspectos fundamentais da condução coercitiva como medida cautelar, deixando em aberto questões centrais para o controle da violência estatal, tais como: (i) *quem deve cumprir o decreto de condução coercitiva nestes casos? Oficiais de justiça ou policiais?* (ii) *É necessária a presença de defesa técnica no ato de interrogatório?* (iii) *É admissível o uso de algemas?* (iv) *Em que local o conduzido deve permanecer na unidade policial?* (v) *Quais são os limites da incomunicabilidade do conduzido?* (vi) *Está proibido de falar com seus advogados em contato telefônico?* (vii) *Poderá falar com eles, reservadamente e antes de qualquer manifestação?* (viii) *São válidas suas declarações feitas sem esse prévio e reservado contato?* (ix) *Finalmente, qual o prazo máximo que uma pessoa conduzida coercitivamente pode ficar detida em uma unidade policial? 23 (vinte três) horas? Ou a pessoa fica detida até que se cumpram todos os mandados de prisão e busca e apreensão que foram expedidos ou até silenciar ou prestar declarações à autoridade policial? Etc. Etc.*

O problema da condução coercitiva sem previsão legal não é, portanto, apenas uma questão de medida **nominada** ou **inominada**, mas de **ausência de forma processual**, falta de *fattispecie giuridica processuale*, para usar a expressão tão trabalhada por Giovanni CONSO.¹³ O vácuo normativo favorece toda sorte de abusos, tornando-a inconstitucional por violação ao art. 5º, II e XXXIX, §§1º e 2º da Constituição

¹³ CONSO, Giovanni. **Il Conceto e le Specie D’Invalidità**: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali. Milão: Giuffrè, 1972.



da República e art. 7.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n° 678/92), além do art. 9.1. do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto n° 592/92).

Vale repisar: ambos os Tratados Internacionais consagram proteções jurídicas à liberdade física da pessoa, com o objetivo de impedir prisões e restrições arbitrárias. Estas regras, por certo, não se aplicam às demandas reguladas pelo Código de Processo Civil, cuja existência de um poder geral de cautela do juiz se justificaria para evitar o perecimento de direitos – ao contrário do Processo Penal, no qual o respeito aos direitos passa necessariamente pela incolumidade da estrita forma legal.

A reforma do Código de Processo Civil em 2015, **em direção totalmente contrária às reformas do processo penal**, eliminou grande parte das medidas cautelares nominadas, adotando a posição de que era preciso simplificar o processo, permitindo-se ao juiz que determine “as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297 da Lei n° 13.105/15). Esta modificação era desejada pelos juristas deste campo, o que não se verifica entre os doutrinadores penais. Referindo-se às alterações no processo civil, o Ministro Luiz FUX defendeu que “a tutela cautelar reclama certa fungibilidade para que o juiz possa conferir à situação fenomênica retratada uma solução sob medida, nada justificando a existência de figuras abundantes de medidas cautelares, várias com o mesmo pressuposto e objetivo, ostentando, apenas, *nomen iuris* diferentes”.¹⁴

À singular exceção do professor Andrey Borges MENDONÇA, membro do Ministério Público Federal e citado para fundamentar, não por acaso, a posição da Procuradoria Geral da República, praticamente não há quem sustente, na doutrina moderna do processo penal brasileiro, a existência de poderes gerais de cautela do juiz criminal.

¹⁴ FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro** - Direito em Expectativa. Coordenação de Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16



Apenas um entre inúmeros exemplos, Antonio Magalhães GOMES FILHO, Professor Titular em direito processual penal e Livre-docente da Universidade de São Paulo, resume a questão da seguinte forma:

“Não se pode cogitar em matéria criminal de um “poder geral de cautela”, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível a expressa previsão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”.¹⁵

A vedação às cautelares atípicas, como advertido pelo Professor Gustavo BADARÓ, sempre esteve ligada à ideia de legalidade da persecução penal. Esta proibição tem relação direta com o sistema de controles jurídicos que o direito processual penal estabelece para constranger o arbítrio das decisões judiciais, tendência verificada diuturnamente em qualquer modelo de administração da justiça criminal.¹⁶

A respeito do significado do *princípio da legalidade – taxatividade ou tipicidade processual* –, vale conferir o trecho do seguinte julgado proferido, na Itália, pela *Sezioni unite della Cassazione*:

(...) all’art. 272 c.p.p, il cui significato ultimo nella materia *de libertate* è quello di vietare ciò che non sia esplicitamente consentito dalla legge processuale, hanno statuito e nominate sono le figure delle misure cautelali personali, così come tipici e nominati sono i casi, le forme e i presupposti secondo i quali le stesse possono essere adottate.

Di talché, in ossequio ai principi di stretta legalità, tassatività e tipicità, deve concludersi che, al di fuori dei

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência**, op. cit, p., 57

¹⁶ BADARÓ, Gustavo, op, cit, p. 798.



casi in cui non siano espressamente consentite dalle singole norme processuali, non sono ammissibili (...).

Cass, sez. Um, 30.5.2006, n. 29907, La Stella, *Cass. Pen*, 2006, 3971.

O argumento de que a condução coercitiva do imputado se justificaria por ser *medida menos grave* que a prisão preventiva não está distante de um **típico caso de sofismo**: discurso que se apresenta aparentemente lógico é, precisamente, articulado com a finalidade de induzir a erro.

A condução coercitiva é menos grave que a prisão, não há dúvida; é, porém, seguramente mais atentatória à liberdade física do imputado que a regular proibição de manter contato com pessoa determinada ou de ausentar-se da comarca (art. 319, III e IV), para ficarmos em duas hipóteses previstas em lei.¹⁷

Ainda: a equiparação da condução coercitiva com a antiga prática de retenção de passaporte, quando não existia no CPP o atual art. 320, também está mal colocada. Pois, à época, a legislação brasileira não trazia um extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão, proposto justamente para eliminar os espaços de arbítrio judicial. A retenção de passaporte constitui uma medida que se esgota em si mesma e não demanda a manipulação forçada da liberdade física do imputado, por meio de uma série de atos administrativos que se prolongam no espaço e no tempo.

Quando se admitia a retenção de passaporte como expressão do poder geral de cautela, só haviam três opções à disposição do juiz: prisão cautelar, liberdade plena ou liberdade provisória mediante determinadas condições. A comparação se torna ainda mais frágil, porque a entrega de um passaporte não inclui o constrangimento físico e psicológico do indivíduo, nem o emprego da força que pode chegar, hipoteticamente,

¹⁷ Segundo se extrai do parecer da PGR, os objetivos da medida seriam o de impedir o acusado de entrar em contato com determinadas pessoas ou atrapalhar a execução de outras medidas de pesquisa ou investigação. Ambas as cautelares citadas pretendem evitar a circunstância. À guisa de ilustração, vale registrar que o PL n° 8045/10, que não traz a condução coercitiva como uma das medidas cautelares pessoais, trouxe outras providências ainda menos graves do que ela. Para cumprir a mesma finalidade almejada pelos seus defensores, seria possível decretar, por ex., o recolhimento domiciliar ou o bloqueio de endereço eletrônico na internet.



à necessidade de uso de algemas – sem falar na inconveniente cobertura midiática do fato, bastante comum nos dias atuais.

Além disso, a condução coercitiva **aumenta, inequivocamente, a possibilidade de cerceamento de defesa**, uma vez que, a depender da forma em que é realizada (nas primeiras horas da manhã, por grande número de policiais, ostensivamente etc.), há dificuldade na garantia da presença de advogado ao conduzido.

Em suma, a falta de disciplina legal para a prática da condução coercitiva como medida cautelar autônoma, ou seja, ausência de forma processual fixada previamente em lei, cria prejuízos adicionais à tutela das liberdades públicas.

A prática da condução coercitiva como medida cautelar autônoma revela que o instituto tem sido utilizado com o objetivo, mais ou menos declarado, de inocuidade provisória do indivíduo. O imputado é destituído de seus direitos e isolado, não porque haja indícios de perturbação ao desenvolvimento da investigação, mas para "acautelar a coleta probatória durante a deflagração de uma determinada operação policial ou permitir a conclusão de uma certa investigação criminal urgente".¹⁸

A condução coercitiva, assim considerada, converte-se tão somente em uma **estratégia persecutória**: restringe-se a liberdade do imputado, retirando-o provisoriamente de circulação para, com isto, garantir a suposta eficácia de outras medidas. Neutraliza-se o sujeito, manejando-o como objeto da persecução, porque isto auxiliaria no recolhimento de fontes e elementos de prova. E assumindo tal proposição, vê-se que está-se diante de manobra manifestamente intimidatória.

A justificativa de que é necessário assegurar uma eficiente "colheita da prova durante a deflagração de uma operação policial", esclarece que a condução coercitiva não é decretada como uma genuína medida cautelar pessoal. As decisões **não se fundam em situações reais de *periculum libertatis***, porque a condução coercitiva é determinada para assegurar a efetividade de *meios de pesquisa* que ainda estão sendo

¹⁸ Nas palavras do Procurador da República Vladimir Aras, citado à fl. 21 do parecer da Procuradoria Geral da República.



executados. Não se vê nos decretos de condução coercitiva uma indicação concreta de condutas atentatórias à investigação, porque, houvesse, decerto o decreto seria de prisão temporária.

Argumentar o contrário é negligenciar os graves problemas que advém do funcionamento concreto do sistema de justiça criminal no Brasil.

IV. CONCLUSÃO

Não há conduções coercitivas para que o imputado seja apenas qualificado. A prática de condução coercitiva, seja como medida cautelar inominada ou nos termos do art. 260, CPP, tem **o objetivo de restringir a liberdade do cidadão, enquanto estratégia persecutória de facilitação de mandados de busca e apreensão, por ex. e/ou criar uma situação velada de intimidação e estímulo à autoincriminação.**

Nenhuma das duas hipóteses contribui à eficácia da repressão penal e, mesmo que servissem para tanto, não poderiam ser admitidas no Brasil, sem a renúncia aos princípios que vinculam o país ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Na esperança de ter contribuído para o debate de maneira significativa, franca e tecnicamente rigorosa, em nome de todos os associados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e firmes no compromisso com as regras processuais definidas na Constituição da República, agradecemos a deferência da Corte e despedimo-nos, cordialmente,

São Paulo, 05 de maio de 2017,

Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**
OAB/PR 40.855

Prof. Dr. **Antonio Pedro Melchior**
OAB/RJ 154.653

Débora Nachmanowicz
OAB/SP 389.553

Lucas Sada
OAB/RJ 178.408