UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JORGE DA SILVA TELLES VARGAS

# ANÁLISE MATERIAL DOS PRINCIPAIS ATOS POSTULATÓRIOS E DECISÓRIOS DA ADPF 444

Tubarão
2019

**JORGE DA SILVA TELLES VARGAS**

# ANÁLISE MATERIAL DOS PRINCIPAIS ATOS POSTULATÓRIOS E DECISÓRIOS DA ADPF 444

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Cristiano de Souza Selig. Esp.

Tubarão

2019

**JORGE DA SILVA TELLES VARGAS**

# ANÁLISE MATERIAL DOS PRINCIPAIS ATOS POSTULATÓRIOS E DECISÓRIOS DA ADPF 444

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 25 de junho de 2019.

Professor e orientador Cristiano de Souza Selig, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Andreza da Cruz, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a todos que de alguma forma contribuíram para minha trajetória no curso de graduação, em especial à minha família.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço aos meus pais por todo empenho e dedicação ao me auxiliarem e incentivarem durante esses últimos 5 (Cinco) anos, pois sem eles a conclusão do curso de Direito seria apenas um sonho e não uma realidade.

Sou grato por tudo que aprendi e vivenciei nos bancos universitários durante este período. Encerro esta fase como um ser humano melhor, e isso certamente vai além do conhecimento técnico que tanto almejamos.

Meus mais sinceros agradecimentos a todos professores que contribuíram de alguma maneira para minha trajetória acadêmica, em especial ao professor Cristiano de Souza Selig, meu orientador, que me auxiliou na elaboração deste trabalho científico com muito entusiasmo e profissionalismo.

Encerro meus agradecimentos fazendo menção à minha namorada Emillin Néri, por sempre me incentivar e até mesmo abdicar de certos momentos de lazer para que eu pudesse obter êxito em meus estudos.

Muito obrigado!

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.
(BANDEIRA DE MELLO)

**RESUMO**

O presente trabalho possui o escopo de viabilizar uma análise material dos principais atos postulatórios e decisórios da ADPF 444. Para tanto, quanto ao nível de profundidade, o trabalho adota o método exploratório, quanto à abordagem foi adotada a técnica qualitativa e quanto ao procedimento de coleta de dados, foi empregado o método documental e bibliográfico. Os resultados do presente trabalho foram obtidos por intermédio da análise dos argumentos utilizados nos atos postulatórios e decisórios de maior relevância ao deslinde da causa. Neste sentido, foram expostos os fundamentos da petição inicial formulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como os argumentos das manifestações posteriores e contrárias ao pleito inicial, apresentadas pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República, respectivamente. Por fim, foram analisados os votos condutores do julgamento da ADPF 444, proferidos pelo Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin. Sendo assim, foi constatada que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi favorável ao pleito inicial por maioria dos votos, de modo a declarar a não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, frente aos preceitos e garantias fundamentais inerentes ao investigado ou acusado.

Palavras-chave: Interrogatório. Condução Coercitiva. Presunção de Inocência.

**ABSTRACT**

The present work has the scope to make feasible a material analysis of the main postulatory and decision-making acts of the ADPF 444. In order to do this, as well as the depth level, the work adopts the exploratory method, regarding the approach adopted the qualitative technique and the procedure of data collection, the documentary and bibliographic method was used. The results of the present study were obtained by analyzing the arguments used in the postulatory and decision - making acts of greater relevance to the demarcation of the cause. In this regard, the grounds of the initial petition formulated by the Federal Council of the Brazilian Bar Association, as well as the arguments of the later manifestations and contrary to the initial plea, were presented by the Federal Attorney General's Office and Attorney General's Office, respectively. Finally, the voting votes of the ADPF 444 judgment, given by Ministers Gilmar Mendes and Edson Fachin, were analyzed. Thus, it was established that the decision of the Federal Supreme Court was favorable to the initial litigation by a majority of the votes, so as to declare the non-acceptance of article 260 of the Code of Criminal Procedure by the Federal Constitution of 1988, against inherent fundamental precepts and guarantees investigated or accused.

Keywords: Interrogation. Coercive Driving. Presumption of Innocence.

## LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PGR – Procuradoria Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO ..... 10**
1.1 PROBLEMA DE PESQUISA ..... 11
1.2 JUSTIFICATIVA ..... 11
1.3 OBJETIVOS ..... 12
**1.3.1 Geral ..... 12**
**1.3.2 Específicos ..... 12**
1.4 HIPÓTESE ..... 12
1.5 DESENVOLVIMENTO ..... 13
**2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 444 – DESCRIÇÃO E TRAJETÓRIA DO CASO ..... 14**
2.1 BREVE DESCRIÇÃO DO CASO ..... 14
2.2 ANDAMENTO DA ADPF ATÉ O JULGAMENTO DO PLENÁRIO DO STF ..... 15
**3 FUNDAMENTOS DOS PRINCIPAIS ATOS POSTULATÓRIOS DA ADPF 444 ..... 17**
2.3 PETIÇÃO INICIAL ..... 17
2.4 MANISFESTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO ..... 21
2.5 MANISFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA ..... 23
**3 FUNDAMENTOS DOS VOTOS CONDUTORES NO JULGAMENTO DA ADPF 444 ..... 29**
3.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES ..... 29
**3.1.1 Direitos fundamentais potencialmente atingidos ..... 30**
3.1.1.1 Presunção de não culpabilidade ..... 30
3.1.1.2 Da dignidade da pessoa humana ..... 31
3.1.1.3 Direito à liberdade de locomoção ..... 31
3.1.1.4 Direito à não autoincriminação ..... 32
3.1.1.5 Direito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa ..... 33
3.1.1.6 Validade das restrições: o direito de ausência ao interrogatório ..... 35
3.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN ..... 37
**3.2.1 Fundamentos do voto ..... 38**
**4 CONCLUSÃO ..... 43**
**REFERÊNCIAS ..... 45**

# 1 INTRODUÇÃO

A condução coercitiva de investigados ou acusados para interrogatório é medida prevista expressamente no artigo 260 do Código de Processo Penal, com a determinação que só poderá ser realizada diante do não atendimento à intimação.

Nestes termos, segue o que dispõe o artigo 260 do Código de Processo Penal:

> 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 (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, preleciona a doutrina: “Se o réu, apesar de regularmente notificado, deixar de comparecer a ato em que sua presença não seja indispensável, a única consequência que lhe advirá será a decretação da revelia.” (REIS, 2013, p. 424).

Salienta-se que grande parte da doutrina e da jurisprudência pátria considera a condução coercitiva de investigados para interrogatório compatível com os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal.

Tal medida é prevista expressamente de forma anterior à Constituição Federal de 1988, entretanto, somente nos últimos anos passou a ser utilizada de forma extremamente ampla em investigações policiais.

Para ilustrar a abrupta banalização do instituto é de extrema validade citar a notória operação lava jato, na qual foram executadas 222 conduções coercitivas até 14-11-2017, de acordo com o site www.lavajato.mpf.mp.br.

Todavia, há correntes doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, segundo as quais a condução coercitiva de investigados representa uma afronta a diversos princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao processo penal.

Corroborando a existência da controvérsia, destaca-se o ajuizamento da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 444), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual o magistrado optou por deferir medida liminar 18/12/2017, a fim de vedar a condução coercitiva para interrogatório.

Nesta ocasião, o Ministro Relator expôs diversos direitos fundamentais potencialmente atingidos, tais como: o direito a não autoincriminação, ao silêncio, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas e a ampla defesa e ao contraditório.

Todavia, a Procuradoria-Geral da República considera inconstitucional negar ao magistrado os meios para restaurar a ordem jurídica violada pela prática de crimes. Segundo a PGR, isso é prejudicial à proteção dos bens que cabe ao Judiciário tutelar.

Já em decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 14/06/2018, com o placar de seis votos a cinco, o entendimento do Ministro relator Gilmar Mendes prevaleceu, no sentido de que a condução coercitiva de investigados viola a Constituição da República e, portanto, é inadmissível.

Diante deste contexto de inúmeras controvérsias no decorrer do trâmite da ADPF 444, é que se torna de extrema relevância a análise de seus principais atos postulatórios e decisórios. Desta forma, surge inevitavelmente o seguinte questionamento: Quais são os principais fundamentos postulatórios e decisórios da ADPF 444?

## 1.1 PROBLEMA DE PESQUISA

Quais são os principais fundamentos postulatórios e decisórios da ADPF 444?

## 1.2 JUSTIFICATIVA

A grande aplicabilidade recente da medida de condução coercitiva em investigações de grande e pequena repercussão trouxe ao cenário jurídico nacional o acaloramento do debate acerca de sua compatibilidade com os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal.

A medida é prevista expressamente no artigo 260 do Código de Processo Penal, entretanto, não é possível ignorar a relevância do debate diante de uma iminente afronta à nossa Constituição Federal.

O assunto se tornou de tal relevância que foi ajuizada por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 444) de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ou seja, o debate chegou à mais alta corte do país, sendo nesta ocasião proibida em todo o território nacional.

Entre os aplicadores do direito a controvérsia é grande, pois há aqueles que defendem a medida de condução coercitiva como instrumento útil e indispensável para a efetividade das investigações, e há outros que refutam a possibilidade de sua aplicação.

Sendo assim, a presente pesquisa tem o objetivo de analisar os principais fundamentos postulatórios e decisórios da ADPF 444, inclusive em certos pontos realizando um comparativo com a doutrina pátria pertinente aos princípios potencialmente atingidos.

No que se refere a outros estudos relacionados ao assunto é possível encontrar pesquisas similares sobre a condução coercitiva e o conflito entre os direitos e garantias fundamentais e a preservação da ordem pública, entretanto não foi encontrado nenhum estudo que analise os fundamentos postulatórios e decisórios da ADPF 444. É diante deste contexto de grande relevância e controvérsia jurídica que se faz importante o presente estudo.

## 1.3 OBJETIVOS

### 1.3.1 Geral

Realizar a análise material dos principais atos postulatórios e decisórios da ADPF 444.

### 1.3.2 Específicos

Os objetivos específicos como ferramentas fundamentais para atingir o objetivo geral estão delimitados da seguinte forma:

a) Indicar o objetivo da ADPF 444;
b) Expor o andamento processual da ADPF 444, desde o protocolo da petição inicial até o julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal;
c) Analisar os fundamentos da petição inicial formulada pelo CFOAB;
d) Analisar os fundamentos da manifestação da AGU;
e) Analisar os fundamentos da manifestação da PGR;
f) Analisar os fundamentos dos votos condutores do julgamento da ADPF 444.

## 1.4 HIPÓTESE

Os fundamentos expostos em petição inicial pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil prevalecem sobre os argumentos formulados pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República, de modo a ensejar a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

## 1.5 DESENVOLVIMENTO

Para atingir os objetivos estabelecidos, o presente trabalho foi dividido em 03 (Três) capítulos de desenvolvimento. No primeiro capítulo será realizada uma breve descrição geral da ADPF 444, bem como a exposição dos andamentos processuais da demanda, de forma clara e objetiva. Destaca-se que o objetivo deste capítulo inicial é situar o leitor acerca do objeto da ADPF, bem como em relação aos atos praticados no curso do processo.

No capítulo posterior será realizada a análise dos principais atos postulatórios da ADPF, o que irá viabilizar a compreensão dos argumentos a favoráveis e desfavoráveis à medida de condução coercitiva, expostos pelo CFOAB, AGU e PGR.

Superada esta etapa da pesquisa, serão analisados os votos condutores do julgamento da ADPF, proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, a fim de expor as duas vertentes que vigoram no Supremo Tribunal Federal. Neste momento, serão realizados alguns comparativos com a doutrina e os demais argumentos expostos no capítulo anterior.

# 2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 444 – DESCRIÇÃO E TRAJETÓRIA DO CASO

Neste capítulo, inicialmente será apresentada uma descrição da ADPF 444, indicando o seu objetivo, posicionamentos em sentido contrário e finalmente a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. Nota-se que esta exposição será realizada de forma breve, somente com intuito de situar o leitor no que tange ao objetivo da arguição.

Ademais, será demonstrado de forma clara e objetiva o trâmite da ADPF 444 perante o Supremo Tribunal Federal, ou seja, serão elencados os andamentos processuais em sequência cronológica, a fim de facilitar a análise posterior em relação aos argumentos de maior relevância. Frisa-se que a análise dos andamentos processuais se dará desde o protocolo da petição inicial até o julgamento do plenário do STF, concluso em 14/06/2018.

Por fim, destaca-se que não constitui objeto do presente capítulo, a realização de uma análise processual da demanda, o que certamente não se enquadra dentre os objetivos previamente estabelecidos para o trabalho.

## 2.1 BREVE DESCRIÇÃO DO CASO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 444, objeto de análise deste trabalho, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no intuito de que fosse reconhecida a não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, ou de forma subsidiária, que fosse declarada inconstitucional qualquer interpretação ampliativa conferida ao referido dispositivo (OAB, 2017).

Desta forma, desde o princípio, o objetivo central da demanda era que o Supremo Tribunal Federal proibisse a medida de condução coercitiva de investigados para interrogatório, ou que ao menos, determinasse a correta interpretação do dispositivo pertinente, evitando, portanto, que fosse preterida a premissa de prévia intimação.

Contudo, a Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União se posicionaram veementemente contra o deferimento da ação, por considerar que as supostas violações aos preceitos fundamentais indicados na petição inicial são inexistentes.

Entretanto, em que pese as manifestações em sentido contrário no curso da ação, o Ministro Relator optou por acolher liminarmente o pleito inicialmente formulado, o que foi corroborado pela maioria dos votos no decorrer do julgamento (BRASIL, 2018).

## 2.2 ANDAMENTO DA ADPF ATÉ O JULGAMENTO DO PLENÁRIO DO STF

A petição inicial da ação de descumprimento de preceito fundamental 444 foi protocolada no dia 13/03/2017, sendo distribuída por prevenção e conclusa ao Ministro Relator Gilmar Mendes no dia 14/03/2017. Destaca-se que a distribuição por prevenção é decorrente do ajuizamento da ADPF 395, conforme exposto em certidão anexada aos autos (BRASIL, 2017).

Em 15/03/2017, foi proferido despacho, por meio do qual restou estabelecido o rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868/99, que apesar de ser referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi adotado por analogia. Por intermédio da mesma decisão, foi determinada a remessa dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para que se manifestassem acerca do pleito no prazo de 05 (Cinco) dias (BRASIL, 2017).

Na data de 16/03/2017, foram expedidos ofícios ao Presidente do Senado Federal, ao Presidente da Câmara dos Deputados, bem como ao Presidente da República, solicitando informações acerca das alegações formuladas em petição inicial pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

Dias após, mais especificamente em 24/03/2017, a Associação dos Advogados de São Paulo peticionou nos autos da ação o pedido para integrar a lide na qualidade de *amicus curiae,* o que foi deferido pelo Relator somente em 29/03/2017 por decisão fundamentada. Ainda no mesmo dia do deferimento, a Câmara dos Deputados prestou as informações acerca do pleito formulado, conforme determinado anteriormente (BRASIL, 2017).

Apenas em 25/04/2017, após ter ocorrido a certificação de não recebimento das informações solicitadas, é que a Advocacia-Geral da União se manifestou pelo indeferimento do pleito inicial. No mesmo sentido, em 27/04/2017, a Procuradoria-Geral da República também se manifestou pelo indeferimento dos pedidos formulados pelo Conselho Federal da OAB (BRASIL, 2017).

No dia 12 de dezembro de 2017, ou seja, mais de 07 (Sete) meses depois, houve nova manifestação da OAB, solicitando a apreciação do pedido liminar em razão do *periculum in mora.* Sendo assim, os autos seguiram conclusos ao Relator, que em 19/12/2017, deferiu o pedido liminar vedando a medida de condução coercitiva de investigados para interrogatório, o que fez de forma extremamente fundamentada (BRASIL, 2017).

Destaca-se que a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes não será objeto de análise, tendo em vista que os argumentos são repetidos em seu voto condutor, durante o julgamento do plenário.

Após proferida a decisão liminar de deferimento do pedido inicial, em 22/12/2017, foram efetuadas as devidas comunicações às autoridades pertinentes acerca da decisão. Na data de 28/02/2018, foi expedida certificação de decurso de prazo referente à não interposição de recurso da decisão liminar (BRASIL, 2017).

Ademais, o Instituto dos Advogados Brasileiros requereu sua habilitação na qualidade de *amicus curiae* no dia 07/03/2018, o que foi deferido pelo Ministro Relator no dia 12/03/2018. Já no dia 14 de março de 2018, a PGR interpôs agravo regimental contra a decisão liminar proferida monocraticamente (BRASIL, 2018).

Em 07/06/2018, iniciado o julgamento, o Ministro Gilmar Mendes não conheceu do agravo regimental apresentado pela PGR, declarando a inconstitucionalidade da medida de condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, o que fez de forma fundamentada e ratificando os argumentos utilizados na decisão liminar, conforme será exposto em capítulo posterior (BRASIL, 2018).

Após o voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Nesta ocasião falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano José Breda; pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, o Dr. Leonardo Sica; e, pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, o Dr. Técio Lins e Silva (BRASIL, 2018).

Em outra sessão, realizada no dia 13/06/2018, após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber, o julgamento foi igualmente suspenso, sendo retomado somente em 14/06/2018, quando por maioria e nos termos do Relator, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório (BRASIL, 2018).

# 3 FUNDAMENTOS DOS PRINCIPAIS ATOS POSTULATÓRIOS DA ADPF 444

Uma vez compreendidos alguns aspectos essenciais acerca da propositura da ADPF 444, será realizada uma análise material acerca de seus principais fundamentos postulatórios, de modo que serão expostos os principais argumentos formulados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em petição inicial, bem como pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República em manifestações posteriores e contrárias ao pleito inicial.

Destaca-se que o objetivo desta pormenorização, no mesmo sentido do capítulo anterior, também não é descrever os aspectos processuais da demanda, tão pouco as manifestações de menor relevância ao deslinde da causa, uma vez que o propósito do presente capítulo consiste somente em destacar os principais argumentos trazidos à tona, a fim de justificar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da medida de condução coercitiva prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal.

A referida exposição se dará de forma isolada neste capítulo, ou seja, não será estabelecida nenhuma relação com as demais fontes do direito, como outros julgados do STF ou doutrinas pertinentes ao tema, as quais serão de grande valia somente no capítulo posterior.

Vale dizer que a sistemática da exposição terá como recurso de interpretação textual a elaboração de paráfrases baseadas no texto original das peças processuais formuladas pelo Conselho Federal da OAB, pela AGU, e pelo *custus legis*, a PGR. Por fim, salienta-se que no decorrer da exposição dos argumentos serão tecidas algumas observações acerca dos pontos mais relevantes ao pleito, as quais não devem ser confundidas com a fundamentação constante nas peças processuais analisadas.

## 2.3 PETIÇÃO INICIAL

Segundo Marques (1961, p. 166 apud OAB, 2017), medidas de caráter coativo, que impliquem na diminuição da liberdade do indiciado ou do réu, podem ser determinadas durante a fase de investigação ou durante a fase processual, entretanto, o regime de estrita vinculação jurídica deverá nortear a aplicação destes atos.

Apesar do artigo 260 do Código de Processo Penal prever expressamente a necessidade da recusa do acusado em comparecer ao interrogatório, tal premissa não tem sido observada na prática das conduções (OAB, 2017).

Contudo, a restrição dos direitos fundamentais, caso ocorra, deverá obedecer veementemente às normas processuais penais, de modo que não é possível a realização de uma

interpretação extensiva do artigo 260 do Código de Processo Penal, para fins de levar a cabo conduções coercitivas sem que haja a recusa do investigado.

É o que argumenta o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Veja-se:

> Esse deve ser o limite à restrição dos direitos fundamentais em jogo, ou seja, não é possível permitir que a relativização dos direitos individuais ocorra sem a fiel observância do devido processo legal. No caso em exame, não é razoável autorizar-se interpretações extensivas da regra do art. 260 do CPP (OAB, 2017).

Por intermédio dos primeiros parágrafos de argumentação do CFOAB, é possível perceber que o aspecto da legalidade analisado, diz respeito à fiel observância da premissa de prévia intimação inserida no artigo 260 do CPP. Deste modo, em momento algum há a afirmação de que a medida de condução coercitiva não é prevista pela legislação. Salienta-se que esta observação será importante para a futura realização de um paralelo com a manifestação da PGR.

A referida premissa para que haja qualquer restrição dos direitos fundamentais está inserida em outros ordenamentos jurídicos, tais como o da República Federal da Alemanha, o que demonstra de forma clara a preocupação universal no que tange à observância do devido processo legal (OAB, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ao trazer consigo os princípios da legalidade e do devido processo legal, garante que não haja limitação do direito à liberdade de locomoção sem o estrito cumprimento da lei, o que não vem ocorrendo em relação à aplicação do artigo 260 do Código de Processo Penal. Tal argumento é utilizado pelo CFOAB, conforme segue:

> E é sob essa exata perspectiva que a Constituição Federal de 1988 assegura como direitos fundamentais o princípio da legalidade (art. 5o, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) e o devido processo legal (art. 5o, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), para o fim de garantir que a liberdade de locomoção do cidadão não seja limitada fora das hipóteses previstas expressamente em lei, como vem sistematicamente ocorrendo com conduções coercitivas decretadas sem a observância da premissa do art. 260 do CPP, ou seja, sem que o cidadão tenha descumprido anterior intimação (OAB, 2017).

A condução coercitiva não é admitida quando inexistir recusa em relação à intimação realizada, contudo, salienta-se que o não comparecimento do acusado nem sempre enseja a realização de condução na fase pré-processual, conforme arguido em petição inicial.

> A propósito, além de incabível a condução coercitiva sem que haja anterior recusa no cumprimento de intimação, cumpre ressaltar que o não comparecimento do acusado,

> por si só, não enseja a determinação de condução coercitiva na fase de investigação criminal (OAB, 2017).

O acusado não pode ser compelido a produzir material probatório contra si mesmo, conforme assegura a prerrogativa da não autoincriminação, que emerge do *princípio nemo tenetur se detegere*, indo ao encontro do direito ao silêncio, constitucionalmente garantido ao indivíduo (OAB, 2017).

Sempre que a produção da prova em desfavor do acusado depender de sua ação efetiva, não será possível preterir a respectiva anuência, tão pouco utilizar a medida de condução coercitiva para este fim. Neste aspecto, destaca-se que o direito a não autoincriminação se materializa na resistência do acusado, o que de maneira alguma configura desobediência ou desacato, mas tão somente o exercício de uma garantia constitucional (OAB, 2017).

Além da obrigatoriedade de anuência do acusado no caso de produção de provas contra si mesmo, ressalta-se a inexigibilidade da parte contribuir para a produção probatória na fase investigativa, caracterizada evidentemente como pré-processual, de modo que se torna inviável a determinação da medida de coação pessoal neste momento, tendo em vista a não incidência da ampla defesa e do contraditório (OAB, 2017).

Neste mesmo norte, destaca-se que o indivíduo pode optar por manifestar-se apenas na fase processual, o que é reforçado pela aplicação do artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual determina a repetição judicial das provas produzidas durante a investigação (OAB, 2017).

Caso estejam presentes os indícios de autoria e materialidade, o próprio inquérito policial será procedimento prescindível à persecução penal, ademais, a condução coercitiva em fase extrajudicial coloca o acusado como simples objeto de prova, desprovido de garantias individuais (OAB, 2017).

O artigo 260 do CPP não é claro acerca de qual autoridade poderá determinar a medida de condução coercitiva. Entretanto, por se tratar de instrumento que cerceia a liberdade da pessoa, a condução constitui hipótese de medida cautelar diversa da prisão, de modo que sua aplicação deverá ser efetivada por meio de decisão escrita e fundamentada proferida pela autoridade judiciária, desde que presentes os requisitos mínimos do artigo 282, II do CPP (OAB, 2017).

Neste ponto específico, segue o que argumenta o CFOAB, *in verbis*:

> Enquanto instrumento que cerceia - ainda que por curto lapso temporal - a liberdade do indivíduo, a condução coercitiva é uma hipótese de medida cautelar alternativa à prisão. Nesse sentido, a sua decretação deve se dar por meio de decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, desde que preenchidos os requisitos do art. 282, II do CPP, quais sejam: i) *fummus comissi delicti*; ii) estrita necessidade da presença física do acusado em ato processual que, sem ele, não possa ser realizado; e iii) anterior falta injustificada de atendimento à notificação para comparecer a ato processual penal (OAB, 2017).

Sendo assim, salienta-se que a decretação de medidas cautelares de coação pessoal não é inerente à função de polícia judiciária, seja estadual ou federal, uma vez que tal prerrogativa consistiria em interpretação *in malam parte*, o que é vedado pelo próprio STF (OAB, 2017).

Noutro vértice, de acordo com o sistema penal acusatório estabelecido no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988, o juiz não poderia ingerir-se na produção probatória, pois estaria colocando em dúvida sua imparcialidade, o que obviamente é inconcebível (OAB, 2017).

Aliás, conforme Lopes Júnior (2012, p. 110 apud OAB, 2017) as solicitações e recolhimento do material probatório são inerentes às partes, uma vez que o sistema acusatório limita o juiz a decidir de forma equidistante.

Desta forma, tendo em vista a adoção do sistema acusatório, a condução coercitiva levada a cabo pelo juiz na fase investigativa poderá macular sua imparcialidade, uma vez que este juiz poderá ser o mesmo a decidir a causa, momento no qual ele possivelmente será influenciado por informações obtidas sem a observância da ampla defesa e do contraditório, ou seja, na fase inquisitória (OAB, 2017).

Segue o que argumenta a OAB, *in verbis*:

> De acordo com a racionalidade do sistema acusatório, as funções de investigar e julgar não se concentram em uma mesma autoridade. Dessa feita, cumpre ao magistrado proferir sentença judicial e ao membro do Ministério Público a tarefa da acusação, ressaltando-se que o juiz deve se manter equidistante das partes. Nessa senda, não cabe ao magistrado encaminhar forçosamente o investigado durante a fase pré-processual, pois, ao se imiscuir na produção de provas de forma a corroborar com a sua elaboração, ele estaria maculando a sua imparcialidade, o que lhe é vedado (OAB, 2017).

As partes, de acusação ou defesa, deverão estar amparadas pelo princípio da paridade de armas, de modo a prevenir possível prevalência da acusação sobre a defesa, ou vice e versa, o que é corroborado pelo artigo 5º inciso LV da Constituição (OAB, 2017).

Por fim, enfatiza-se que em caso de não comparecimento do investigado, sua inércia deverá ser interpretada como mero exercício do direito à ampla defesa, uma vez que optou pelo

silêncio e por perfazer sua defesa somente na fase judicial, o que não representa irregularidade alguma. Desta feita, não cabe determinação para que este sujeito seja conduzido a força durante o inquérito, pois já se manifestou tacitamente pelo direito de não contribuir para a produção probatória. (OAB, 2017).

O que se extrai deste argumento referente ao exercício da ampla defesa, é que se torna ilógico conduzir o indivíduo coercitivamente após o não atendimento à intimação, uma vez que neste caso o investigado já externou tacitamente sua intenção de permanecer em silêncio, de não contribuir para a produção da prova, de modo que não é possível restringir sua liberdade para este fim.

Diante todo o exposto, o CFOAB requereu a total procedência do pedido para determinar a não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, no que tange à condução coercitiva na fase investigativa. Ademais, de forma subsidiária, pugnou pela inconstitucionalidade da interpretação ampliativa conferida ao artigo 260 do CPP (OAB, 2017).

No tocante ao pleito formulado, é importante destacar que este se deu de forma razoável, tendo em vista que se limitou a requerer a proibição da medida de condução coercitiva somente na fase investigativa, ou seja, pré-processual. Por fim, foi realizado um pedido subsidiário, o qual deveria ser acolhido somente em caso de indeferimento do pedido principal. Nota-se que este pedido secundário tem sua origem no suposto desrespeito à premissa de prévia intimação, a qual segundo a OAB, não vem sendo observada.

## 2.4 MANISFESTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

No que se refere ao mérito, a medida de condução coercitiva nada mais é do que a possibilidade de levar a pessoa, ainda que contra sua vontade, à presença de autoridade competente para praticar determinado ato, desde que a presença do conduzido seja questão *sine qua nom*. Veja-se a argumentação formulada pela Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

> Como cediço, a condução coercitiva consiste em uma medida pela qual o indivíduo tem sua liberdade restringida ao ser levado, contra sua vontade, à presença da autoridade para participar de ato instrutório que, sem ele, não possa ser realizado (AGU, 2017).

Ademias, a condução coercitiva é disciplinada em diversos dispositivos legais, sejam eles oriundos da legislação ordinária ou complementar, o que de fato estabelece a

possibilidade de condução do ofendido, das testemunhas, do acusado e dos peritos (AGU, 2017).

Neste momento inicial, a AGU defende as conduções coercitivas nos casos em que a presença do indivíduo seja necessária, inclusive dando outros exemplos de pessoas que podem ser conduzidas além do investigado, certamente no intuito de demonstrar aos julgadores que tal medida é algo recorrente em nosso ordenamento jurídico.

Em que pese os questionamentos acerca da constitucionalidade da medida de condução em face de alguns preceitos fundamentais inerentes ao conduzido, é importante destacar que tais garantias individuais não possuem caráter absoluto, conforme decidido pelo próprio STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2566 (AGU, 2017).

A restrição da liberdade oriunda da condução é justificável, pois perdura por curto lapso temporal e serve notadamente para a manutenção do direito à segurança, o que atende aos objetivos benéficos da coletividade (AGU, 2017).

Neste mesmo sentido, argumenta Lima (2014, p.722 apud AGU, 2017), *in verbis*:

> Em comparação com a prisão preventiva (ou temporária) há uma redução do grau de coerção da liberdade de locomoção do investigado, que fica restrita ao tempo necessário para a preservação das fontes de provas, não podendo persistir por lapso temporal superior a 24 (vinte e quatro) horas, hipótese em que assumiria, indevidamente, as vestes de verdadeira prisão cautelar. Ou seja, ao invés de o juiz decretar eventual prisão cautelar (preventiva ou temporária), poderá determinar a expedição de um mandado de condução coercitiva sempre que visualizar a necessidade da presença do investigado (ou acusado) para a colheita de elementos de informação para a elucidação da autoria c/ou da materialidade da infração penal, hipótese em que o cidadão será privado da sua liberdade de locomoção somente por algumas horas. A título de exemplo. de modo a evitar a supressão ou destruição de fontes de prova, é relativamente comum a expedição de mandados de condução coercitiva no mesmo dia em que operações policiais de maior complexidade são deflagradas, objetivando evitar que o investigado. em liberdade. prejudique o cumprimento de mandados de busca em seu domicílio e/ou local de trabalho.

Neste ponto, aliada aos ensinamentos da doutrina, a AGU argumenta que a medida de condução coercitiva é justificável em razão de sua menor gravidade frente às medidas cautelares de prisão, de modo que nos casos em que o juiz visualize a necessidade da presença do indivíduo, ao invés de decretar sua prisão temporária ou preventiva terá como recurso a medida de condução, que nestes casos, será mais benéfica ao investigado.

Frisa-se que é assegurado ao investigado, ainda que conduzido coercitivamente, o direito de se resguardar em silêncio, o que não pode lhe acarretar nenhuma desvantagem processual, de modo que não deve vigorar o argumento da OAB no sentido de que a condução coercitiva viola o direito de não produzir provas contra si mesmo (AGU, 2017).

Ademais, conforme a AGU (2017), por intermédio do Parecer n. 171/2016 SELP/COGER do Departamento de Polícia Federal, resta evidente que a medida de condução tem se mostrado eficaz durante investigações criminais, inclusive evitando a destruição de provas e obstruindo o contato entre os indiciados.

Neste trecho da argumentação, com o respaldo do parecer da Polícia Federal, a AGU afirma que a medida de condução coercitiva é apta a conferir maior efetividade às investigações, não só por intermédio das informações prestadas pelo conduzido, mas também por impedir a interferência dos investigados na coleta ou produção de provas.

Nota-se que, embora a manifestação da AGU tenha sido bastante suscinta se comparada com a da PGR, o posicionamento foi totalmente oposto ao pleito inicial, uma vez que conforme os argumentos expostos a medida de condução coercitiva seria totalmente amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o caráter não absoluto do direito à liberdade, o curto lapso temporal de privação da locomoção, a necessidade de eficiência nas investigações bem como a garantia do silêncio conferida ao conduzido.

## 2.5 MANISFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Segundo a PGR (2017), os argumentos formulados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não devem ser acolhidos, uma vez que cabe à acusação promover a produção de provas e ao réu é assegurado o direito de permanecer em silêncio, a fim de que não seja compelido a produzir provas em seu desfavor.

Neste ponto inicial da argumentação, a PGR destaca o papel que a acusação e o réu devem assumir durante a persecução penal, salientando o direito ao silencio conferido ao réu, de modo que prerrogativa de não autoincriminação estaria a salvo.

É vedada a determinação de condução coercitiva que vise obrigar o acusado a produzir prova, caso em que a medida estaria inequivocamente em desconformidade com a Constituição de 1988 (PGR, 2017).

Já no que se refere à finalidade da medida, são duas as espécies de condução coercitiva que poderão ser determinadas, sendo uma com o objetivo de coação pessoal para a prática de determinado ato e outra como garantia da ordem pública, da instrução processual ou até mesmo para assegurar a aplicação penal, caso em que poderia substituir outra medida mais gravosa, como por exemplo a prisão (PGR, 2017).

Conforme a PGR (2017), o Estado possui o direito de coação para que possa dar efetividade à persecução de infrações penais, o que dá origem à primeira hipótese/finalidade descrita anteriormente, ou seja, a de coagir o indivíduo para que pratique determinado ato.

A determinação para que a pessoa seja conduzida coercitivamente pode, em alguns casos, ser necessária à identificação do suspeito pela prática de determinado crime, ou seja, para que a autoridade policial tenha certeza sobre a identidade de determinada pessoa, o que não se confunde com a idenficação do verdadeiro culpado (PGR, 2017).

No mesmo norte, o STF já decidiu, em julgamento de Habeas Corpus, que é admitida a condução coercitiva para fins de esclarecimentos, o que fez com fulcro no artigo 144, §4º da Constituição e artigos 4º e 6º do Código de Processo penal (PGR, 2017).

Veja-se o que decidiu o STF (2011 apud PGR, 2017) no Habeas corpus 107.644/SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

> 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 DOUTRINA 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 formalidades previstas no art. 6o, V, do Código de Processo Penal. [...].

Outrossim, a condução coercitiva pode possuir natureza cautelar, ou seja, ser determinada para diminuir os riscos à aplicação da lei penal, de modo a impedir que os suspeitos/acusados destruam provas ou combinem versões (PGR, 2017).

Em idêntico sentido, segue o que argumenta a PGR, *in verbis*:

> 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 (AGU, 2017).

Destaca-se que as medidas acessórias à ação principal, basicamente possuem o condão de evitar que os investigados alterem a normalidade da investigação ou da aplicação da lei penal. Em 2011, houve alteração do artigo 282 do Código de Processo Penal, fazendo com que haja a preponderância das demais medidas cautelares sobre a prisão preventiva (PGR, 2017).

Segundo Pacelli (2011, p. 503 apud PGR, 2017) assevera que a prisão preventiva constitui medida cautelar de maior gravidade, a qual deverá incidir somente em casos de maior risco à aplicação da lei penal ou de prática reiterada de crimes.

Neste ponto, a PGR corrobora a argumentação realizada anteriormente pela AGU, uma vez que ambas salientam a menor gravidade da medida de condução coercitiva frente às prisões temporária e preventiva.

Ademais, conforme aduz a PGR, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, estabelece o direito fundamental de acesso à Justiça, o qual seria de pouca valia caso inexistisse a possibilidade de assegurar a prestação jurisdicional por meio de medidas cautelares. Em razão desta premissa, o STF já argumentou no sentido de que o poder de cautela é inerente ao Judiciário (PGR, 2017).

A fim de evitar medidas mais gravosas e ineficiência em relação à produção probatória, poderá ser determinada a condução coercitiva, desde que devidamente justificada. Desta forma, a medida deve ser interpretada como parte do poder de cautela conferido ao Judiciário, sem deixar de observar as determinações legais (PGR, 2017).

Segundo Mendonça (2011, p. 79-83 apud PGR, 2017) em se tratando de medidas cautelares, o princípio da legalidade possui dois aspectos importantes, sendo o primeiro referente ao dever de observância rígida aos ditames da lei e o segundo em relação a necessidade de previsão expressa da medida a ser determinada.

Em que pese haja discussão acerca do princípio da legalidade e do poder geral de cautela conferido ao magistrado, destaca-se que ele permanece aplicável ao Processo Penal mesmo após a promulgação da Lei 12.403/2011, o que permite em determinadas situações, que sejam determinadas medidas cautelares não previstas expressamente pelo diploma legal.

No mesmo sentido das observações da PGR, o STF já decidiu por admitir o poder geral de cautela consubstanciado na fixação de restrições à liberdade não previstas em lei. Nota-se que a temática é objeto de análise por estudiosos de outra nacionalidade, tais como Nicolás González-Cuéllar Serrano, o qual se posiciona pela possibilidade da aplicação de medidas não previstas legalmente (PGR, 2017).

Sendo assim, mesmo diante da omissão do artigo 319 do Código de Processo Penal no que tange à determinação da medida de condução coercitiva, esta mostra-se totalmente cabível, uma vez que evidentemente é menos gravosa do que a prisão preventiva ou temporária, o que torna a previsão do artigo 260 do referido diploma legal suficiente à determinação da condução (PGR, 2017).

Acerca deste aspecto da legalidade exposto pela PGR é importante realizar um paralelo com a argumentação formulada pelo CFOAB, uma vez que em petição inicial o princípio da legalidade é invocado somente no intuito de demonstrar a impossibilidade de preterir a premissa do artigo 260 do CPP, ou seja com a intenção de ressaltar a necessidade da fiel observância ao texto legal. Por outro lado, a PGR expõe nova fragilidade no que tange à determinação da medida de condução coercitiva de investigados, indicando sua ausência de previsão legal no artigo 319 do CPP, a qual seria suprida pelo poder geral de cautela do Estado.

Inclusive em momento posterior a PGR aduz que “Há, portanto, equívoco na pretensão deduzida nesta ação direta, quando supõe a arguente 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” (PGR, 2017). Realizadas estas observações seguem os argumentos da PGR.

Enfatiza-se que a condução coercitiva possui a finalidade de assegurar outras medidas que porventura estejam sendo realizadas em conjunto, de modo que possui natureza cautelar e naturalmente menos gravosa que as demais medidas de restrição de liberdade. Contudo, é vedada qualquer violação aos direitos fundamentais do acusado, uma vez que seu

direito ao silêncio deve ser sempre respeitado, sem prejuízo da presença de advogado, caso opte por ser interrogado (PGR, 2017).

Entretanto, apesar de asseguradas tais garantias, não há por parte do investigado ou do réu, o direito de não ser conduzido, desde que demonstrada a imprescindibilidade da medida para fins de beneficiar a instrução probatória (PGR, 2017).

Ademais, o princípio da ampla defesa, embora assegurado de forma inequívoca ao acusado, não serve como fundamento apto a legitimar que haja versões combinadas entre os imputados, o que por sua vez obsta a busca da verdade. A exemplo do explicitado, destaca-se que o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 319, prevê a possibilidade de proibição dos acusados manterem contato como hipótese de medida cautelar diversa da prisão (PGR, 2017).

Neste sentido, argumenta a PGR, *in verbis*:

> 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 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. 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 (PGR, 2017).

Noutro vértice, salienta-se que, apesar da vedação da utilização do poder cautelar expressamente disposta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta não se aplica à medida de condução coercitiva, pois nesta hipótese trata-se de mera restrição de liberdade, enquanto a Convenção faz menção apenas à privação (PGR, 2017).

Acerca do tema, Mendonça (2016, p. 284-293 apud PGR, 2017) afirma que a caracterização da privação de liberdade está associada à análise de alguns elementos, tais como espacial, temporal, uso de coerção ou não, dentre outros, a depender do caso concreto e da capacidade de autodeterminação da pessoa (PGR, 2017).

Entretanto, em determinadas ocasiões a condução coercitiva pode caracterizar prisão, como, por exemplo, no caso em que a medida perdura por tempo superior a 24 horas, afirmação que inclusive vai ao encontro de decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região (PGR, 2017).

Diante todo o exposto, é possível observar que a manifestação da PGR segue o mesmo sentido da AGU, entretanto, trazendo uma argumentação mais robusta aos autos, de modo a ensejar maior reflexão no que tange ao princípio da legalidade, ao poder geral de cautela supostamente conferido ao Estado, bem como em relação à menor gravidade da medida de condução coercitiva frente às medidas cautelares de prisão. Sendo assim, ao discorrer de maneira satisfatória e fundamentada sobre estes temas centrais, a Procuradoria se manifestou pelo indeferimento total do pleito inicial formulado pelo CFOAB.

# 3 FUNDAMENTOS DOS VOTOS CONDUTORES NO JULGAMENTO DA ADPF 444

Este capítulo possui como objetivo principal a análise dos votos proferidos pelo Relator Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Edson Fachin, tendo em vista que estes votos foram acompanhados pela grande maioria dos demais julgadores, ou seja, tratam-se dos denominados votos condutores no julgamento da ADPF 444.

No que se refere à dinâmica dos votos proferidos, restaram vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (BRASIL, 2018).

Já os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, acompanharam o Relator, obviamente fazendo seus apontamentos e considerações de praxe, entretanto, mantendo a linha garantista adotada pelo Relator ao declarar a incompatibilidade da medida de condução coercitiva de investigados para interrogatório com a Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que os fundamentos dos votos analisados são comparados com os argumentos postulatórios favoráveis e desfavoráveis à medida de condução coercitiva. Ademais, em certos pontos, os quais exigem maior compreensão conceitual doutrinária, são citadas doutrinas pertinentes ao tema.

Por fim, salienta-se que ao pinçar os argumentos de maior relevância expostos por ambos Ministros, certamente haverá uma compreensão satisfatória no que tange à *ratio decidendi* invocada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 444, atingindo, portanto, o objetivo central do capítulo que inicia.

## 3.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES

O voto do Ministro Relator engloba os argumentos utilizados em sua decisão liminar proferida em 18/12/2017, quando decretou a incompatibilidade entre o artigo 260 do Código de Processo Penal e alguns preceitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988.

Nota-se que a argumentação de Gilmar Mendes se dá de forma extremamente clara e objetiva, inclusive separando os direitos fundamentais potencialmente atingidos em tópicos, o que facilita a realização da análise.

Ademais, em um primeiro momento o Relator realiza uma análise se os direitos fundamentais elencados são realmente atingidos por intermédio da medida de condução coercitiva para interrogatório. Por fim, conclui se estas restrições aos princípios são ou não, compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

### 3.1.1 Direitos fundamentais potencialmente atingidos

A fundamentação do pleito inicial na ADPF 444 aduz violações ao direito à não autoincriminação, ao silêncio, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas, à dignidade da pessoa humana e à ampla defesa e ao contraditório (BRASIL, 2018).

#### 3.1.1.1 Presunção de não culpabilidade

Para Gilmar Mendes, o princípio de não culpabilidade consiste basicamente na proibição de tratar inocentes como se fossem culpados, o que se vislumbra facilmente por intermédio da realização de conduções coercitivas, uma vez que estas consistem em levar o acusado ou investigado à presença da autoridade, ainda que contra sua vontade, o que de fato cerceia sua liberdade plena de locomoção (BRASIL, 2018).

Ainda neste sentido, segue o que argumenta o Ministro, *in verbis*:

> A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que normalmente possa ser aplicado a pessoas inocentes (BRASIL, 2018).

Entretanto, segundo a PGR (2017), as medidas cautelares diversas da prisão não afrontam o princípio da não culpabilidade previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, pois são derivadas do poder geral de cautela conferido ao Estado destinados à efetivação da persecução penal.

Todavia, conforme Avena (2009, p.14), a Constituição Federal prevê expressamente o princípio em análise, de modo que o todo o ordenamento infraconstitucional está vinculado à adoção de regras que viabilizem sua efetivação, estabelecendo, portanto, um equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade do indivíduo.

É importante destacar que na petição inicial formulada pelo CFOAB não houve qualquer argumentação no que tange à violação do princípio da presunção de inocência, entretanto, o Ministro Relator reconhece sua violação, corroborando a doutrina pesquisada e afastando a justificativa trazida pela PGR.

#### 3.1.1.2 Da dignidade da pessoa humana

O Ministro Relator afirma que tal princípio orienta todo o sistema normativo e impede que a pessoa seja colocada como mero objeto dos processos estatais. Posto isto e tendo em vista que inexiste finalidade instrutória definida, as conduções coercitivas desrespeitam o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que objetivam submeter o acusado ou investigado à força estatal (BRASIL, 2018).

Segundo a OAB (2017), "[...] a imposição de condução coercitiva na fase inquisitorial representa um retrocesso à concepção do acusado como mero objeto de prova, desprovido de garantias individuais."

Neste momento é importante observar que a fundamentação do Ministro vai ao encontro da argumentação realizada pelo CFOAB, uma vez que ambos rechaçam a possibilidade de colocar o indivíduo como mero objeto no processo penal.

Neste aspecto, Gulherme Nucci assevera que todos os direitos e garantias individuais possuem como base a dignidade da pessoa humana, sem a qual não restam justificativas para a aplicação de tantos preceitos fundamentais, de modo que o justo e o isonômico estarão ao lado de tal garantia, a fim de proporcionar sua efetivação (NUCCI, 2016, p. 33).

No que se refere ao tema em análise o doutrinador, acima parafraseado, discorre acerca da extrema importância do respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que esta seria a grande finalidade da aplicação de todos os preceitos fundamentais. Portanto, é acertada a decisão do Ministro neste ponto, ao zelar pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 3.1.1.3 Direito à liberdade de locomoção

Segundo a OAB (2017), a liberdade de locomoção é garantida por intermédio dos direitos fundamentais consubstanciados no princípio da legalidade e do devido processo legal, de modo que não será restringida fora das hipóteses expressamente previstas em lei, sendo inconcebível preterir a premissa constante no artigo 260 do Código de Processo Penal.

Nota-se que a OAB optou por estabelecer uma relação entre a privação da liberdade de locomoção e a inobservância da premissa estabelecida pelo artigo 260 do CPP.

Noutro vértice, para Lima (2012, p. 722 apud AGU, 2017) a condução coercitiva é válida para evitar a comunicação do conduzido com outros investigados ou até mesmo a destruição de provas, sendo que se traduz em medida mais benéfica do que a prisão temporária ou preventiva, uma vez que para cumprir com os objetivos da condução o indivíduo é cerceado da sua liberdade de locomoção somente por algumas horas.

Já a PGR aborda a questão de outra perspectiva, justificando a medida de condução por ser mais benéfica ao indivíduo, uma vez que a liberdade de locomoção é restringida de forma momentânea.

Contudo, o Ministro não acolheu tal justificativa, pois segundo ele a liberdade de locomoção é afrontada pela medida de condução coercitiva, pois esta suprime totalmente, ainda que por curto lapso temporal, a liberdade de locomoção do indivíduo, o que não condiz com a previsão do direito à liberdade do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 2018).

#### 3.1.1.4 Direito à não autoincriminação

Conforme argumenta a OAB (2017) em petição inicial, o comportamento ativo do investigado é inexigível, ou seja, não é possível compeli-lo à produção de provas contra si mesmo, o que vai ao encontro do direito ao silêncio, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LXIII.

Entretanto, segundo a PGR (2017), o direito à não autoincriminação não pode ser confundido com um suposto e inexistente direito de fugir das autoridades, de modo que a condução coercitiva de investigados por si só não afronta a prerrogativa em questão. Sendo assim, a aplicação do artigo 260 do Código de Processo Penal só deve ser vedada quando a condução tiver o objetivo de obrigar o investigado a falar.

No que se refere ao tema, preleciona o doutrinador Noberto Avena:

> Importante acrescentar ainda que o privilégio assegurado ao réu de não poder ser constrangido à produção de prova contra si, além do direito a não responder as perguntas que lhe forem realizadas por ocasião do seu interrogatório, atinge qualquer outro meio probatório que mesmo indiretamente, acarrete prejuízo à defesa (AVENA, 2009, p. 83).

Nota-se que neste ponto de grande relevância ao debate a doutrina pesquisada corrobora o argumento formulado pelo CFOAB em petição inicial, afastando, portanto, a justificativa trazida pela Procuradoria-Geral da República.

Diante da controvérsia o Ministro afirma que apesar da constituição se limitar à previsão da necessidade de advertência acerca do direito ao silêncio, há também, ainda que indiretamente, a existência do próprio direito ao silêncio, uma vez que só se adverte acerca de um direito que realmente existe (BRASIL, 2018).

Segundo Gilmar Mendes, o direito ao silêncio não é um dever, cabendo, portanto, à defesa optar por falar ou calar, de modo que a submissão do acusado à um interrogatório forçado afronta o direito do indivíduo de permanecer inerte em sua fala, ou seja, a violação ao direito de não autoincriminação é clara (BRASIL, 2018).

Sendo assim, o Relator acolheu o argumento da OAB, afastou a justificativa exposta pela PGR e declarou a incompatibilidade entre a medida de condução coercitiva e o princípio da autoincriminação.

#### 3.1.1.5 Direito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa

Conforme arguido pelo CFOAB (2017), o equilíbrio entre as partes deve nortear a aplicação das normas processuais penais, evitando, portanto, que a acusação prevaleça sobre a defesa, ou vice e versa. Desta forma, a autoridade judiciária que de algum modo privilegia uma das partes, certamente, fere o princípio da paridade de armas.

Ademais, por intermédio desta interferência do magistrado na produção probatória, principalmente, no que tange à condução coercitiva do investigado, há afronta ao princípio da imparcialidade, tendo em vista a clara distinção entre quem julga e investiga, o que emerge do sistema penal acusatório instituído no Brasil.

Neste sentido, argumenta o CFOAB (2017) em petição inicial. Veja-se:

> De acordo com a racionalidade do sistema acusatório, as funções de investigar e julgar não se concentram em uma mesma autoridade. Dessa feita, cumpre ao magistrado proferir sentença judicial e ao membro do Ministério Público a tarefa da acusação, ressaltando-se que o juiz deve se manter equidistante das partes. Nessa senda, não cabe ao magistrado encaminhar forçosamente o investigado durante a fase pré-processual, pois, ao se imiscuir na produção de provas de forma a corroborar com a sua elaboração, ele estaria maculando a sua imparcialidade, o que lhe é vedado (OAB, 2017).

Ainda acerca da imparcialidade do magistrado, Rangel (2012, p. 21 apud OAB, 2017) destaca que o sistema penal acusatório retira o juiz da persecução penal justamente no

intuito de manter sua imparcialidade intacta e por este motivo a Constituição Federal confere a titularidade da ação penal ao Ministério Público, de modo a distinguir de forma nítida as funções de todos os sujeitos processuais.

Neste mesmo sentido Prado (2006, p. 175) afirma que a imparcialidade do juiz pressupõe seu afastamento das atividades preparatórias, de modo que ao determinar a realização de diligências na fase investigativa deixa de manter sua cognição imune ao pré-julgamento formulado a partir das informações obtidas de forma alheia ao contraditório.

Entretanto, noutro vértice de argumentação, Mendonça (2011,66 p. 79-83 apud PGR, 2017) afirma que é assegurado ao magistrado poderes para que possa utilizar instrumentos processuais aptos a conferir efetividade ao provimento jurisdicional final, ou seja, a medida de condução coercitiva se justificaria para assegurar a aplicação da lei penal de forma eficaz.

Para Gilmar Mendes, o magistrado não se torna parcial pelo simples fato de determinar alguma medida interventiva, pois neste caso estaria simplesmente aplicando a lei e prevenindo possíveis intromissões indevidas no processo, entretanto, a violação à paridade de armas resta cristalina diante todo o exposto (BRASIL, 2018).

Nota-se que, neste ponto, o Ministro acolhe parcialmente o pleito inicial, negando qualquer quebra de imparcialidade do juiz ao determinar a medida de condução coercitiva, porém, admitindo que esta determinação favorece em demasiado a acusação e, portanto, viola o princípio da paridade de armas.

Acerca da disparidade das partes, assevera Tourinho Filho (2012, p. 66) que “Sendo a ampla defesa dogma constitucional, por óbvio haveria desrespeito à Lei Maior se, por acaso, uma das partes, no Processo Penal tivesse mais direitos e mais poderes que a outra. Daí o princípio da paridade de armas ou da *par conditio*.” Neste mesmo norte, Fernando Capez afirma que “As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente (...)” (CAPEZ, 2012).

No que se refere à possível afronta ao princípio da ampla defesa, o Relator afirma que apesar de não haver garantia de contraditório e ampla defesa na fase investigativa, nada impede que seja garantido o direito de acessibilidade do advogado, conforme determina a súmula vinculante n. 14, segundo a qual é direito do defensor ter acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigativo. Contudo, em que pese a ausência destas garantias de defesa na fase pré-processual, sempre que haja a determinação de medidas que limitam, ainda que por curto lapso temporal, os direitos fundamentais do indivíduo, deve haver a incidência da ampla defesa e do contraditório (BRASIL, 2018).

Neste ponto, o que Gilmar Mendes pretende demonstrar é que o direito à ampla defesa durante a fase investigativa não pode se resumir somente no acesso do advogado aos elementos de prova já documentados, ou seja, há a necessidade da defesa conhecer os fatos imputados de forma satisfatória e com antecedência, assim como as autoridades judiciárias, policiais e ministeriais. Veja-se a argumentação, *in verbis*:

> Enquanto as autoridades judiciárias, policiais e/ou ministeriais tem amplo e profundo conhecimento da prova já produzida, na maioria das vezes, o defensor do investigado toma conhecimento dos fatos imputados e do conteúdo probatório apenas no dia da condução coercitiva, relegando o *munus* defensivo apenas à observância das formalidades do próprio ato (BRASIL, 2018).

Por fim, diante de todo o exposto sobre o aspecto da ampla defesa, o Ministro acolheu o argumento de violação ao princípio da ampla defesa e decidiu pela aplicação da súmula vinculante n. 14 da forma mais ampla possível, garantindo o direito à assistência do advogado, sem prejuízo do direito de permanecer em silêncio.

#### 3.1.1.6 Validade das restrições: o direito de ausência ao interrogatório

O Ministro Gilmar Mendes acaba por cindir sua argumentação em dois aspectos cruciais, após elencar os direitos/princípios que supostamente sofrem interferência pela determinação da medida de condução coercitiva, neste momento, avalia se estas interferências afrontam a Constituição Federal ou encontram-se dentro dos limites aceitáveis de restrição.

Para tanto, afirma que o direito de locomoção não é absoluto, tão pouco o de não culpabilidade, ao passo que atos administrativos ou até mesmo judiciais podem restringi-los sem afrontar a legalidade. Entretanto, no que tange à condução coercitiva especificamente, esta poderia ser substituída por medidas menos gravosas ao indivíduo, inclusive conferindo-lhe a efetiva liberalidade de comparecer ao interrogatório somente em caso de seu interesse e mediante horário marcado (BRASIL, 2018).

Ademais, o julgador dispensa maiores exercícios de sopesamento dos princípios atinentes ao tema, tendo em vista que por intermédio de uma análise em abstrato já é possível antever a ilegalidade da medida de condução coercitiva para interrogatório, uma vez que é assegurado ao indivíduo o direito de ausência neste ato. Segue a argumentação do Ministro, *in verbis*:

> De qualquer forma, tenho que o caso dispensa que se avance no sopesamento dos interesses em conflito. É possível afirmar, mesmo em abstrato, que a condução coercitiva para interrogatório é ilegítima. O essencial para essa conclusão é o direito

> de ausência ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva (BRASIL, 2018)

Contudo, o Relator argumenta que nem todas conduções coercitivas são ilegais, como é o caso da condução com fins de identificação do imputado ou até mesmo das conduções de testemunhas, onde há uma finalidade específica e o indivíduo não poderá deixar de comparecer, entretanto, no que tange à condução coercitiva para interrogatório há o direito subjetivo de não comparecimento, tanto na fase policial quanto judicial. É o que aduz o Relator:

> A diferença dessas hipóteses em relação à condução para o interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente a este último. Pelo contrário, do sistema normativo, o que se deduz é que há um direito subjetivo a não comparecer ao interrogatório, policial ou judicial (BRASIL, 2018).

Durante a fase inquisitiva, o indivíduo não é obrigatoriamente submetido ao interrogatório, uma vez que é garantido o direito ao silêncio. A alegação de que a condução coercitiva constitui medida menos gravosa do que a prisão preventiva é verdade, entretanto, destaca-se que realizar interrogatório não representa uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva (BRASIL, 2018).

Neste momento, Gilmar Mendes afasta os argumentos formulados pela PGR e AGU, as quais justificam a imposição da medida de condução coercitiva por ser mais benéfica que as medidas cautelares de prisão temporária ou preventiva.

Em virtude deste argumento, o Ministro assevera que a condução coercitiva para o interrogatório viola a liberdade de locomoção e o princípio da presunção de inocência, uma vez que a ação de comparecer ou não no referido ato encontra-se dentro da esfera de liberalidade do indivíduo, ou seja, o acusado ou investigado não é obrigado a comparecer.

Ademais, afirma que as práticas autoritárias devem ser repelidas, uma vez que a Constituição Federal enfatiza o direito à liberdade, não prevendo medidas de detenção de réus ou investigados fora dos casos de prisão. Posto isto, tendo em vista o direito de não comparecer ao interrogatório, a condução coercitiva para este fim afronta os preceitos fundamentais do artigo 5º, caput, LIV e LVII (BRASIL, 2018).

A consequência desta incompatibilidade com a Constituição é definida de forma clara e objetiva pelo Ministro, conforme segue:

> Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal. A expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, tampouco foi recepcionada, na medida em que representa uma restrição desproporcional da

> liberdade, visto que busca uma finalidade não adequada ao sistema processual em vigor (BRASIL, 2018).

O relator destaca que o ponto central para o julgamento é o direito de ausência ao interrogatório por parte do acusado, o que torna toda medida coercitiva "para o interrogatório" inconstitucional. Afirma ainda, que a decisão não possui o objetivo de invalidar os interrogatórios realizados até o momento do julgamento, ainda que o interrogado tenha sido conduzido contra sua vontade, de modo a inexistir qualquer necessidade de debate acerca da relação da decisão com situações pretéritas (BRASIL, 2018).

Por fim, vale transcrever a parte dispositiva do voto de Gilmar Mendes, *in verbis*:

> Ante o exposto, não conheço do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República e julgo procedentes os pedidos nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. É como voto (BRASIL, 2018).

Desta forma, o Ministro deu provimento ao pleito inicial, declarando a incompatibilidade do artigo 260 do CPP com a Constituição Federal, e consequentemente afastando todos argumentos trazidos à baila pela Procuradoria-Geral da República, bem como pela Advocacia-Geral da União.

## 3.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

Por fim, será realizada a análise do segundo voto condutor no julgamento da ADPF 444. Destaca-se que dentre os Ministros que foram desfavoráveis ao pleito inicial, três deles acompanharam o voto do Ministro Edson Fachin, o que demonstra sua grande relevância no curso do julgamento.

Ao contrário do Relator, Edson Fachin profere um voto menos objetivo no que diz respeito à análise dos direitos fundamentais potencialmente atingidos, uma vez que opta por tecer algumas observações acerca do sistema de Justiça Criminal implantado no Brasil e do objetivo da Constituição Federal de 1988, bem como em relação à aplicação do direito penal como instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Somente quando superadas estas considerações iniciais, é que o Ministro passa a descrever seu posicionamento sobre a aplicação do poder geral de cautela no processo penal e

a possibilidade de aplicação da medida de condução coercitiva prevista no artigo 260 do CPP, conforme será visto a seguir.

### 3.2.1 Fundamentos do voto

O Brasil possui um sistema de Justiça Criminal desigual, uma vez que privilegia o setor social com maior poder econômico em face daqueles que não o possuem. A Constituição, por sua vez, não admite interpretações extremamente elásticas, uma vez que a liberdade do intérprete deve ser tão somente hermenêutica (BRASIL, 2018).

Segundo o que argumenta o Ministro, o objetivo central da Constituição de 1988 é justamente confrontar o sistema de Justiça Criminal desigual historicamente implantado no país, de modo que todos operadores do direito devem buscar este fim. Veja-se:

> Alterar um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto: esse é o destinatário dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição. Essa é a cruzada constitucional que ainda não se completou. O Estado de Direito, reclamado na VII Conferência da OAB, em Curitiba, e que se projetou nas conquistas democráticas de 1988, requer mais que enfrentamento retórico. A despeito do truísmo desta constatação a flagrante e histórica desigualdade do sistema de Justiça Criminal brasileiro - , creio ser esta uma realidade que deve estar insistentemente presente na órbita das preocupações de todos, sejam advogados, membros do Ministério Público, policiais, defensores públicos e, sobretudo, juízes (BRASIL, 2018).

Muitas são as visões acerca de qual seria o fator determinante ao referido desequilíbrio de tratamento entre as classes mais e menos abastadas da sociedade. Sendo assim, há os que defendem que todos deveriam ser tratados com os rigores conferidos aos menos privilegiados economicamente. Alguns sustentam o recrudescimento das leis. Já outros afirmam que não há problema algum em relação ao tratamento diferenciado que alguns setores sociais recebem, de modo que militam por estender esta leniência a toda população (BRASIL, 2018).

Neste ponto, Edson Fachin demonstra a diversidade de pensamentos no que diz respeito à uma possível solução desta disparidade concernente à aplicação do direito penal e processual penal:

> Considero importante que se tenha em mente essa diversidade de compreensões, porque a busca da solução de um problema passa necessariamente pelo seu correto diagnóstico. Se for generalizada a percepção a respeito da seletividade do sistema penal, as diversas concepções sobre a legitimidade do sistema informam soluções muito díspares quanto ao caminho a ser trilhado para sua superação (BRASIL, 2018).

Segundo o Ministro, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, não é possível aplicar o direito penal máximo, pois as sanções devem ser direcionadas apenas às condutas de maior gravidade, o que decorre da proporcionalidade exigida pela Constituição Federal (BRASIL, 2018).

Todavia, sustenta que a ausência de violência institucional representa mera utopia, na qual todos estão envoltos.

> Por outro lado, embora, creio eu, que todos nos irmanemos na utopia de um dia viver numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade, a Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, na atual quadra de evolução das relações sociais, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos (BRASIL, 2018).

No brasil, a própria Constituição prevê hipóteses em que o direito o penal deve ser utilizado como forma de proteção dos direitos fundamentais, quando, por exemplo, estabelece de forma expressa a possibilidade de sancionar atos de racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, dentre outros (BRASIL, 2018).

Neste mesmo sentido Edson Fachin ainda afirma que "O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente" (BRASIL, 2018).

O Ministro compreende que a busca pela ineficiência do direito penal não se encontra amparada de forma alguma pelas normas e preceitos constitucionais, tendo em vista que o próprio direito penal certamente serve como instrumento garantidor de diversos direitos fundamentais (BRASIL, 2018).

Neste ponto, embora sem expressar tal afirmação de forma clara, o Ministro traz nas entrelinhas a ideia de que a busca pela inconstitucionalidade da medida de condução coercitiva se equipara à busca pela ineficiência do direito penal.

É importante dizer que esta afirmação vai ao encontro de toda controvérsia que engloba a medida de condução coercitiva, tendo em vista que teria como um de seus principais objetivos legitimadores a garantia de eficácia das demais medidas cautelares que por ventura se realizam, concomitantemente, as quais certamente acabam por facilitar a aplicação do direito penal.

Neste sentido, vale transcrever a argumentação da Procuradoria-Geral da República acerca da eficácia conferida por intermédio da medida de condução:

> 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 (PGR, 2017).

Feitas estas considerações iniciais, verifica-se que o Ministro não discordou de todos os argumentos e considerações realizadas pelo Relator, entretanto, entendeu ser possível a determinação da condução coercitiva de investigados, desde que represente medida menos grave do que a prisão, seja ela preventiva ou temporária.

Desta forma, acabou por corroborar os argumentos trazidos pela PGR em sua manifestação:

> Não parece haver dúvida de que condução coercitiva é medida menos gravosa do que prisão preventiva. Restrição de liberdade por curtíssimo lapso temporal, com o fito de ouvir o investigado, certamente é muito menos gravosa para a liberdade deambulatória do que a decretação de prisão temporária e menos ainda do que a preventiva (BRASIL, 2017).

Em termos semelhantes, argumentou a AGU:

> Desse modo, se é certo que a condução coercitiva resulta em restrição momentânea da liberdade de ir e vir do investigado, não se pode desconsiderar que tal restrição, além de mínima se comparada a uma eventual prisão cautelar, mostra-se justificável para fins de preservação do direito à segurança, atendendo aos objetivos da persecução penal em benefício de toda a coletividade (AGU, 2017).

Este certamente é um dos principais pontos de divergência entre os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, tendo em vista que o Relator afirma que realmente as medidas cautelares de prisão são mais gravosas do que a condução para o interrogatório, entretanto, este não serve como fundamento para decretação da prisão preventiva, por exemplo (BRASIL, 2018).

Prosseguindo com os fundamentos de seu voto, Fachin não se opõe ao fundamento de inexistência do poder geral de cautela no processo penal, embora este esteja presente de forma inequívoca no processo civil. Sendo assim, diz que “essa lógica, própria do poder geral de cautela, não pode ser simplesmente transportada para a sistemática processual penal” (BRASIL, 2017).

Neste norte, Gomes Filho (1991, p. 57 apud BRASIL, 2018) afirma:

> (...) 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 permissão 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.

O princípio do devido processo legal representa proteção do indivíduo frente às possíveis arbitrariedades do Estado, portanto, qualquer interpretação que acarrete em prejuízo ao cidadão deve ser evitada. Desta feita, embora seja inadmissível a imposição de medidas cautelares não previstas em lei no campo processual penal, estas devem se tornar uma opção viável sempre que representem situação mais benéfica ao imputado (BRASIL, 2018).

O que o Ministro afirma neste momento, é que o juiz poderá determinar a medida de condução coercitiva de investigados, ainda que esta não conste no rol das medidas cautelares diversas da prisão, nas hipóteses em que a determinação represente benefício ao indivíduo, ou seja, nos casos em que mesmo sendo cabível a prisão temporária ou preventiva a condução coercitiva se mostre suficiente aos fins almejados.

> Nessa perspectiva, tenho que, embora, via de regra, realmente não se admita, no campo processual penal, a imposição de atípicas medidas cautelares gravosas, tal proceder é admissível e, portanto, mandatório, na hipótese em que esse instrumento seja empregado em favor do acusado ou investigado, notadamente quando permita a substituição de medida cautelar típica que traduza maior gravame ao cidadão. Assim, nada impede que o magistrado, diante de hipótese em que cabível a decretação da Prisão Temporária e ou da Prisão Preventiva, fundamentadamente, após demonstrar o cabimento dessas medidas mais graves, a substitua pela condução coercitiva caso constate que esta última é suficiente aos fins propostos (BRASIL, 2017).

Ainda, no que tange à aplicação do poder geral de cautela no processo penal, o voto do Ministro Edson Fachin vai ao encontro da manifestação da PGR, conforme segue:

> 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 (PGR, 2017).

Ao final da argumentação, Fachin faz uma última observação no que se refere à imprescindibilidade da demonstração de cabimento da medida mais grave que será substituída pela condução coercitiva, ou seja, afirma ser necessária a presença dos requisitos autorizadores da medida cautelar mais gravosa.

Diante todo o exposto, acolheu somente o pedido subsidiário da ADPF 444, nos seguintes termos:

> (...) acolho apenas o pedido subsidiário da ADPF 444, pronunciando interpretação conforme ao art. 260 do CPP, ressalvando a possibilidade de decretação judicial e fundamentada da condução coercitiva sempre que decretada substitutivamente a medidas cautelares típicas mais graves como a prisão preventiva e ou a prisão temporária e desde que integralmente presentes os requisitos legais e constitucionais das medidas mais gravosas; e, assim, declarar a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do referido dispositivo, impondo-se prévia intimação e a ocorrência do não comparecimento injustificado do intimado.

Desta forma, ante todo o exposto, o Ministro Edson Fachin deu provimento ao segundo pedido formulado pelo CFOAB, determinando a fiel observância à premissa do artigo 260 do CPP e ressalvando a aplicação da medida de condução coercitiva para interrogatório sempre que esta for em substituição à medida cautelar de maior gravidade. Por fim, é importante observar que o Ministro julga necessária a demonstração dos requisitos de cabimento da medida mais gravosa que será substituída.

# 4 CONCLUSÃO

Por intermédio do primeiro capítulo após a introdução, é possível identificar o objetivo central da ADPF 444, que consiste na declaração da não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, no que diz respeito à medida de condução coercitiva na fase investigativa. Também é possível obter um panorama de todos os andamentos processuais da demanda, inclusive com a indicação precisa das datas em que os atos foram praticados.

O segundo capítulo de desenvolvimento contribuiu de forma considerável para atingir o objetivo geral estabelecido na pesquisa, uma vez que expõe os principais fundamentos postulatórios formulados pela OAB, AGU e PGR.

Neste momento, resta evidente que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil externa uma visão garantista acerca da proibição da medida de condução coercitiva, pois aduz a violação do direito ao silêncio (art. 5o, inc. LXIII), do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do princípio do sistema penal acusatório (art. 156, caput, do CPP), do devido processo legal (art. 5o, inc. LIV, da CF), da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório (art. 5o, inc. LV, da CF).

Por outro lado, trazendo argumentos em sentido totalmente contrário, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se manifestaram pelo indeferimento do pleito inicial, pois consideram inconsistente o argumento de afronta aos princípios destacados acima. Segundo a AGU e a PGR, a medida de condução coercitiva não é inconstitucional, pois emerge do poder geral de cautela conferido ao Estado e representa situação de menor gravidade ao investigado do que a prisão, seja ela temporária ou preventiva.

Neste mesmo sentido, argumentaram que a medida de condução é de suma importância para conferir efetividade às investigações criminais, impedindo a destruição de provas e combinação de versões entre os imputados, o que segundo a PGR, não contempla o princípio da ampla defesa.

Já no último capítulo de desenvolvimento, foram analisados os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, pois tratam-se dos votos condutores do julgamento e, portanto, determinantes à decisão proferida pelo Plenário do STF.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, adotou a mesma visão garantista exposta pelo CFOAB em petição inicial, ressaltando a violação à presunção de não culpabilidade, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de locomoção, à não autoincriminação, bem como ao direito à imparcialidade, à paridade de armas, à ampla defesa e de ausência ao interrogatório.

Por outro lado, o Ministro Edson Fachin entende que a medida de condução coercitiva não afronta a Constituição Federal de 1988, pois deve ser aplicada em substituição às medidas cautelares mais gravosas, sendo imprescindível a demonstração de cabimento da medida mais grave que será substituída. O Ministro entende que a medida de condução coercitiva deve ser aplicada com a fiel observância do artigo 260 do Código de Processo Penal, sem preterir a premissa de prévia intimação do indivíduo.

Contudo, o voto prevalente foi o do Relator, acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Sendo assim, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade entre a Constituição Federal e a condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório.

Por fim, salienta-se que a partir da análise realizada, foi possível ter a compreensão das duas vertentes jurídicas existentes em relação à determinação da medida de condução coercitiva, sendo a primeira mais garantista, no intuito de evitar violações aos direitos fundamentais inerentes ao acusado ou investigado. Noutro vértice, a segunda linha de argumentação é baseada na ideia de conferir ao Estado as ferramentas necessárias para o exercício do *jus puniendi*, tendo como fundamento o poder geral de cautela, a necessidade de efetividade das investigações e a inexistência de afronta aos princípios invocados no decorrer da demanda.

# REFERÊNCIAS

AGU. Advocacia-Geral da União. **Manifestação Sobre a Petição Inicial**. 25 de abril de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497>. Acesso em 15 de maio de 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: Esquematizado**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 de abril. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Resultados da Operação Lava Jato**. 20 de maior de 2019. http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acordão**. 14 de junho de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Andamentos**. 14 de março de 2019. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497. Acesso em: 20 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Petição Inicial**. 13 de março de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497. Acesso em 12 de abril de 2019.

PGR. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação Sobre a Petição Inicial**. 26 de abril de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497. Acesso em 20 de maio de 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris – Rio de Janeiro, 2006.

REIS, Alexandre. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.