

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 444  
DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REQTE.(S)** : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**  
**ADV.(A/S)** : **JULIANO JOSE BRED A E OUTRO(A/S)**  
**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO**  
**ADV.(A/S)** : **DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO**  
**ADV.(A/S)** : **LEONARDO SICA**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB**  
**ADV.(A/S)** : **TÉCIO LINS E SILVA**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que se pretende ver declarada a incompatibilidade do art. 260 do Código de Processo Penal com a Constituição da República, por contrariedade aos princípios da imparcialidade (art. 5º, § 2º, da CF), do devido processo penal (art. 5º, inciso LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV), bem como ao sistema penal acusatório e ao direito ao silêncio e ao direito de não produzir prova contra si mesmo (art. 5º, *caput* e inciso LXIII).

O autor pede que se declare como não recepcionada pela vigente ordem constitucional a possibilidade de determinação da condução coercitiva na fase do inquérito, bem como a interpretação ampliativa do citado art. 260, que admite aquela medida sem que ocorra o desatendimento à intimação para comparecer em juízo.

É o breve relato.

Em relação à matéria preliminar, acompanho o nobre relator, Ministro GILMAR MENDES, no que diz respeito ao cabimento da ADPF, uma vez que atendidos seus requisitos, inclusive o da subsidiariedade, como bem salientado no voto de Sua Excelência.

## ADPF 444 / DF

No MÉRITO, porém, peço escusas para divergir do bem fundamentado voto do Ministro relator

A análise da interpretação constitucional do alcance do artigo 260 do CPP, que prevê a possibilidade de condução coercitiva do investigado/réu, deve ser realizada por meio de cinco tópicos essenciais:

- 1) Amplitude do interrogatório como meio de defesa;
- 2) Previsão constitucional de sistema acusatório (CF, art. 129, I), com ônus da prova ao órgão acusador e respeito ao princípio da presunção de inocência;
- 3) A necessidade de um “diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado”, como fator legitimador do processo penal;
- 4) O alcance dos poderes compulsórios do Estado em relação aos investigados para garantir a denominada “confiabilidade de provas e evidências”;
- 5) Exigência de expressa previsão legal para as hipóteses de restrição de liberdade individual.

A amplitude do interrogatório como meio de defesa, indica T.R.S. ALLAN, engloba não só o “direito ao silêncio”, mas também o “direito de falar no momento adequado”, sob a ótica da impossibilidade de alguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, seja em suas declarações, seja na compulsoriedade de entrega de provas com potencial lesivo à sua defesa na persecução penal. A participação do investigado na investigação ou do réu em seu processo não é apenas um meio de assegurar que os fatos relevantes sejam trazidos à tona e os argumentos pertinentes considerados. Mais do que isso, o direito do acusado em manifestar-se livremente e em ser ouvido no momento processual adequado é intrínseco à natureza do julgamento, cujo principal propósito é justificar o veredicto final para o próprio acusado, como resultado legal justamente obtido, concedendo-lhe o respeito e a consideração que qualquer cidadão merece (*Constitutional Justice*. Oxford: University Press, 2006, p. 12 ss).

A previsão de interrogatório do acusado em procedimentos

## ADPF 444 / DF

sancionatórios, com a consagração do “direito ao silêncio” e do privilégio contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), tornou-se tema obrigatório a ser respeitado em relação ao direito constitucional à ampla defesa, sendo direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário de suas manifestações e a regularidade de seu julgamento, com um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*, como bem salientado pelo citado professor da Universidade de Cambridge.

Esse *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* pressupõe absoluto respeito à dignidade da pessoa, a possibilidade de acesso à defesa técnica, com a participação do advogado em seu interrogatório, mas também a ausência de qualquer tipo de coação ou indução nas declarações do investigado, por parte do comportamento de autoridades públicas.

O *caráter voluntário de suas manifestações* na ótica de um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* permite ao acusado exercer livre e discricionariamente seu *direito ao silêncio*, podendo, inclusive, optar pelas previsões legais que autorizem benefícios à sua confissão voluntária ou adesão às hipóteses de colaborações premiadas. São suas opções e de sua defesa técnica. Será o investigado quem escolherá o “*direito de falar no momento adequado*”.

No entanto, em momento algum a imprescindibilidade do absoluto respeito ao direito ao silêncio e ao privilégio da não autoincriminação constitui obstáculo intransponível à obrigatoriedade de participação compulsória dos investigados nos legítimos atos de persecução penal estatal.

A Constituição Federal consagra o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, mas não o “direito de recusa” ao investigado ou réu, ou seja, não lhes é permitido recusar a participar de atos procedimentais ou processuais estabelecidos legalmente dentro do Devido Processo Legal.

Em uma época em que a criminalidade organizada dominada por narcotraficantes e a corrupção generalizada eram fenômenos não tão conhecidos em nosso país, o eminente magistrado e professor FREDERICO MARQUES já externava preocupação com essa temática,

## ADPF 444 / DF

salientando que o respeito às garantias do investigado ou do acusado não deveriam se constituir em obstáculo à realização de um dos fins mais importantes do Estado, qual seja, o regular e necessário exercício de seu poder punitivo:

“Cumpre lembrar, porém, que, se os direitos do réu são de fato sagrados e invioláveis, impossível é esquecer a relevância dos poderes repressivos do Estado e da tutela penal que ele exerce para a proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em comum. Não podemos pensar só no réu e acusado e esquecer o que representa o crime como atentado à ordem jurídica, ao desassossego geral e à segurança da vida coletiva. As garantias do acusado ficam perfeitamente asseguradas com a defesa ampla que lhe é dada exercer perante os órgãos jurisdicionais (...) Instaurado o processo, acusação e defesa devem ficar em plano de estrita igualdade (...) A estruturação acusatória do processo penal tem por objetivo, justamente, esse equilíbrio entre as partes, para que o juiz dê a cada um o que é seu, aplicando imparcialmente a lei. Mas não se há de exigir que o Estado compareça em juízo de mãos vazias, com a sua função acusatória inteiramente anulada. Da acusação é o ônus probatório. Limitá-la, pois, na fase prévia de investigação, para impedir que colha os elementos informativos imprescindíveis à atuação que deve desenvolver em juízo, é quebrar definitivamente o equilíbrio do sistema acusatório em favor de *Sua Excelência o Réu*, conforme a pitoresca expressão de ASTOLFO DE RESENDE”. (*Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, p. 66- 67).

E concluía o mestre, há mais de seis décadas, que se uma “exacerbada e hipertrofiada mentalidade *pro-réu* continuar ganhando terreno, totalmente inócua acabará sendo a tutela penal do Estado” (*Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, p. 67).

A garantia ao silêncio do acusado consagrada no histórico julgamento norte-americano “*Miranda v. Arizona*”, em 1966, em que a

## ADPF 444 / DF

Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova o interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, o “você tem o direito de ficar calado” (*You have the right do remain silent*), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado, em momento algum, porém, proibiu que o preso ou acusado fosse encaminhado compulsoriamente para interrogatório perante a autoridade competente.

Nesse mesmo sentido, KENT GREENAWALT salienta que o suspeito está normalmente sujeito ao alcance dos poderes compulsórios do Estado necessários para assegurar a confiabilidade da evidência, podendo, se preciso, submeter-se à busca de sua pessoa ou propriedade, dar suas impressões digitais quando autorizado em lei e ser intimado e conduzido para interrogatório. Cabe-lhe, entretanto, escolher até onde vai auxiliar a acusação, oferecendo explicações ou admissões à luz das evidências contra ele, bem como consentir em ser interrogado, respondendo, ou permanecer em silêncio, pois, como observado pelo professor de Colúmbia, “não é constitucionalmente razoável e exigível que alguém traia a si mesmo – *nemo debet prodere se ipsum*”. (*Silence as a Moral and Constitutional Right*, 1981 – 23 William & Mary LR 15, pp. 35-41).

O que não é constitucionalmente possível é a indução ou coação de qualquer natureza realizada por autoridades públicas para obter ou forçar o interrogatório ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis, como decidido pela Corte Suprema Norte-Americana em diversos precedentes: R.v. Baldry (1852) 2 Den 430, p. 445; R. v. Priestley (1965) 51 Cr App R1, Ibrahim v. R. (1914) AC 599; McDermott v. R. (1948) 76 CLR 501).

O Juiz LORD KENNEDY DIPLOCK, da mais alta Corte Inglesa de Justiça, na Câmara dos Lordes, em 1980, no caso R. v. SANG, salientava a problemática da coação direta ou indireta em interrogatórios, e, sem afastar a possibilidade do comparecimento compulsório do investigado, apontou a ilicitude dos depoimentos obtidos por meio de condutas opressivas das autoridades públicas, salientando:

A mais séria violação do direito de silêncio consiste em obter ou usar uma confissão produzida por “opressão”, que significa conduta que “tenda ao cansaço, e tenha cansado o livre arbítrio que deveria existir antes que a confissão fosse voluntária” (*R. v. Priestley* (1965) 51 Cr App R1). Tortura, tratamento desumano ou degradante, ou violência são só os mais óbvios e ostensivos exemplos. O direito do réu ao silêncio também demanda a exclusão de uma confissão impropriamente obtida por outros meios que destroem sua natureza voluntária: na *common law*, a regra estabeleceu que “qualquer indução de natureza de promessa ou ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade corrompe a confissão” (*Baldry*, acima, p.445; ver mais em *Ibrahim v. R.* [1914] AC 599). Apesar de a tecnicidade excessiva acompanhar o exame de voluntariedade na prática, o princípio subjacente era que declarações deveriam ser rejeitadas quando “não fossem o resultado da escolha do acusado pelo seu livre direito de falar (*McDermott v. R.* (1948) 76 CLR 501, p.512.)”.

Não é possível que o móvel para decretação de conduções coercitivas, ou mesmo prisões cautelares, seja destruir a natureza voluntária da opção do investigado em prestar informações ou não em seu interrogatório, ou mesmo, colaborar de outras maneiras.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira cláusula de indenidade absoluta aos investigados, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, lícitamente fixados pela legislação.

O absoluto e intransigente respeito às garantias fundamentais não deve, porém, ser interpretado para limitar indevidamente o dever estatal de exercer a investigação e a persecução criminal, função de natureza essencial e que visa a garantir, também, o direito fundamental à probidade e segurança de todos os cidadãos.

Nesse sentido, importantíssima a advertência da necessidade de

## ADPF 444 / DF

conciliação entre o respeito aos direitos e garantias dos acusados e o “exercício pleno dos poderes investigatórios e persecutórios dos órgãos do Estado”, feita por nosso Decano, Min. CELSO DE MELLO, no citado artigo em homenagem aos 20 anos da Constituição Federal, ao ensinar que:

a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido. Ao contrário, a observância dos direitos e garantias constitui fator e legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei se impõe a todos – magistrados, administradores e legisladores”. (*O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 555-559).

Dessa maneira, preservado o absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, os órgãos estatais não podem ser frustrados ou impedidos de exercerem seus poderes investigatórios e persecutórios previstos na legislação, entre eles, a determinação de comparecimento compulsório perante a autoridade competente para a realização de interrogatório, desde que respeitado o artigo 260 do CPP, ou seja, se o investigado não tiver atendido a devida intimação, injustificadamente.

A condução coercitiva realizada, mesmo estando ausente a prévia intimação e, conseqüentemente, a negativa injustificada de comparecimento, acarreta constrangimento injustificável correspondente ao que LORD KENNEDY DIPLOCK, no precedente anteriormente citado, apontou como “indução” ou “ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade”, que tem alta potencialidade de vulnerar a voluntariedade do interrogatório e a própria diligência investigativa.

A manutenção da constitucionalidade desse diálogo equitativo entre

## ADPF 444 / DF

acusação e indivíduo na persecução penal exige, portanto, a estrita obediência da expressa previsão legal.

Na presente hipótese, não restam dúvidas de que a condução coercitiva representa expressiva privação da liberdade de ir e vir, mesmo que seja por algumas horas. Não se permite, portanto, em sede de direito de ir e vir, o denominado poder geral de cautela do juiz, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal.

A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do *Segundo Instituto*, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: “*que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra*”; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal.

Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva.

Ressalte-se, ainda, que de modo algum pode-se entrever na ordem de comparecimento compulsório uma medida estigmatizadora do acusado, uma vez que as razões que o justificam também levaram o legislador a prever idêntica possibilidade em relação à testemunha (CPP, art. 218) e à própria vítima (art. 201, § 1º), desde que, repita-se, tenha havido descumprimento injustificado a prévia intimação.

Não procedem, tampouco, as alegações de que a condução coercitiva somente poderia ser determinada no curso da ação penal; pois o artigo 260 do CPP não fez essa distinção. Presente, entretanto, a cláusula de reserva jurisdicional, seja na fase de investigação, seja na fase processual, por tratar-se de hipótese de restrição ao direito de ir e vir, conforme anteriormente analisado.

Concluo, na linha desses fundamentos, pela constitucionalidade e



## **ADPF 444 / DF**

legitimidade do instituto da condução coercitiva para interrogatório, na qual será permitida a participação do defensor do investigado, em ambas as fases de persecução penal, nos termos do artigo 260 do CPP, ou seja, desde que o investigado/réu não tenha atendido injustificadamente prévia intimação.

VOTO no sentido da PROCEDÊNCIA PARCIAL das ADPFs 395 e 444, com a DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO do artigo 260 do CPP, para excluir a possibilidade de decretação direta da condução coercitiva, sem prévia intimação, com base no poder geral de cautela do juiz.