

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 395
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**
ADV.(A/S) : **THIAGO BOTTINO DO AMARAL**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -**
IBCCRIM
ADV.(A/S) : **ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -**
IDDD
ADV.(A/S) : **DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB**
ADV.(A/S) : **TECIO LINS E SILVA**

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Senhora Presidente, ao tempo em que cumprimento o eminente Ministro Gilmar Mendes pelo seu acutíssimo voto, peço vênua para divergir.

Antes, contudo, permito-me fazer algumas reflexões pois considero, de fato, como repetidas vezes pronunciado da Tribuna, histórica a oportunidade deste julgamento.

A questão atinente à condução coercitiva não deixa de se enfeixar num contexto que remete ao próprio sistema criminal brasileiro.

O Brasil tem sido marcado ao longo de sua história por um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto, porque veiculador de tratamento profundamente desigual entre segmentos mais abastados da sociedade e cidadãos desprovidos de poder econômico ou político.

O debate posto nestas duas ADPFs tem como pano de fundo esse cenário que mancha a paisagem brasileira, que tem na Constituição e seus limites o marco normativo de atuação deste Tribunal. A resposta às

questões que emergem de ambas as ADPFs está na Constituição.

Não nos parece, contudo, que a Constituição é um tecido aberto a interpretação de qualquer elasticidade. A liberdade do intérprete é uma liberdade hermenêutica conformada pelo limite da Constituição.

Atente-se, pois, para esse limite, até porque o terror tem diversas faces. Nas ditaduras vem nas sombras. Nas democracias ele se disfarça em apuros linguísticos de verniz a fim de turvar a realidade.

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.

Antes, contudo, quero esclarecer que, sob minha ótica, consoante tenho sustentado, afirmo ser o sistema de Justiça Criminal marcadamente injusto e desigual, e o faço por depreender que esse desequilíbrio tem por causa descompassos em ambos os pratos da balança. Há rigor excessivo contra uma parcela menos abastada da população e injustificada leniência quando poderosos estão às voltas com práticas criminosas.

Faço esse registro porque, se é generalizada a percepção segundo a qual o sistema é absurdamente seletivo e desigual, nem sempre convergem as percepções a respeito de onde se situaria o fator de desequilíbrio.

Há os que propugnam ser o tratamento usualmente dispensado aos menos abastados aquele que deveria, pura e simplesmente, ser estendido à generalidade da população, submetendo-se, então, todos, aos mesmos rigores a que atualmente estão sujeitos apenas os menos abastados.

Alguns sustentam até mesmo um recrudescimento generalizado das

sanções e rigor mais intenso por parte dos aparelhos repressores.

A solução para o problema estaria, portanto, em estender a drástica rigidez do sistema penal à generalidade da população, quiçá recrudescendo-o ainda mais.

Outros compreendem que não há nada de errado nas respostas usualmente pífias que o sistema oferece quando se depara com criminosos oriundos de uma camada mais abastada da população. Diante da indubitável seletividade do sistema, advogam a extensão da leniência com que são alguns tratados à generalidade da população.

Sob essa ótica, a solução para o arrefecimento da seletividade estaria, simplesmente, na contenção do poder punitivo estatal.

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.

Ocorre que, no âmbito do direito penal e processual penal, a aceitação doutrinária de determinadas teses, mais do que no que diz respeito a qualquer outro ramo do direito, está fortemente marcada pela concepção sobre o papel que deve ser reservado ao direito penal como instrumento de regulamentação de condutas.

Como o direito penal se vale, em regra, da sanção mais grave, a legitimação de seu atuar está sempre em xeque e é bom que assim o seja. O direito penal, mais do que qualquer outro ramo do direito, precisa, sempre, legitimar-se, porque usualmente se vale da mais drástica sanção que um Estado Democrático de Direito se permite impor contra seus cidadãos, que é a privação da liberdade.

As disputas a respeito da capacidade ou não de se construir um discurso efetivamente legitimador do direito penal influenciam marcadamente as concepções doutrinárias e as opções jurisprudenciais a respeito de determinadas teses jurídicas.

Não quero simplificar a complexidade desse fenômeno. Mas,

ADPF 395 / DF

genericamente, pode-se dizer que há uma parcela que compreende injustificada toda e qualquer forma de violência estatal voltada ao encarceramento de um indivíduo, de modo que pugnam pela extinção das penas privativas de liberdade como resposta a toda e qualquer conduta tida por socialmente indesejada.

Há outros ainda, que a despeito de aceitarem um direito penal mínimo, hiperbolizam direitos e garantias processuais, de modo a inviabilizar, ao máximo, a efetivação do direito penal. Entendem que, diante da ausência de justificativas racionais que legitimem o uso da violência por parte do Estado contra seus cidadãos, nada mais resta do que erguer o máximo de barreiras possíveis ao exercício do poder punitivo estatal.

Num extremo oposto, há os que julgam ser o direito penal, com suas sanções violentas, a panaceia para todos os males, pugnando pelo recrudescimento de penas, ampliação do rol das condutas a serem tipificadas, redução dos direitos e garantias individuais, adoção de práticas policiais voltadas à uma política de tolerância zero. Flertam com o autoritarismo, são coniventes com a violência policial não institucionalizada e com métodos de investigação que desbordam dos limites legais e constitucionais.

De minha parte, compreendo que não há espaço para um direito penal máximo na Constituição. O direito penal, porque se utiliza da violência como forma de sanção, não pode, num Estado Democrático de Direito digno desta designação, ser instrumento de regulação amplamente utilizado. A Constituição exige, como decorrência lógica da proporcionalidade, que o direito penal, e a violência com que se vale para sancionar as condutas das quais se ocupa, sejam para as condutas mais graves.

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. Deslegitimar o direito penal como um todo não encontra guarida na Constituição, pois há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.

Cito como exemplo os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º da Constituição, os quais impõem expressamente a adoção de medidas criminais para a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados. 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.

O Brasil, nesse aspecto, não destoa das demais nações, que aceitam a violência estatal institucionalizada pelo direito penal como forma de proteção a direitos fundamentais. O Brasil, aliás, no âmbito internacional, tem sido questionado em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva numa série de acusações que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Cito, como exemplo, o caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão.

Compreendo, portanto, que propugnar pelo déficit de efetividade do direito penal, por qualquer de suas formas, não atende aos ditames constitucionais, que o elege como instrumento de tutela de seus valores mais caros, dentre eles uma série de direitos fundamentais.

Numa República, todos os cidadãos devem ser tratados perante o direito com a mesma deferência e com o mesmo rigor. Não há espaço, numa República, para tratamentos diferenciados entre cidadãos em razão de estirpes, classes sociais, ou qualquer outro elemento diferenciador que não se enquadre dentro de uma concepção de isonomia.

ADPF 395 / DF

Houve um tempo, inclusive, em que a diversidade de tratamentos era mesmo institucionalizada, sem cerimônias, e declarada expressamente nas regras penais vigentes.

Refiro-me, por exemplo, ao período de maior terror institucional do direito penal brasileiro, vigente até 1830, ano em que passou a vigorar o Código Criminal do Império. Até 1830, o direito penal e processual brasileiros eram regulados pelo Livro V das Ordenações Filipinas, em que as penas criminais cominadas não variavam apenas em razão da gravidade dos fatos previstos, mas variavam também em razão da estirpe do imputado. Nobres eram declaradamente punidos com mais parcimônia. Enquanto aos ditos "peões" se reservava todo o rigor imaginável.

Menos de 200 anos depois do fim da vigência do Livro V das Ordenações Filipinas, apesar de muitos progressos, ainda nos deparamos diante de um sistema de Justiça Criminal profundamente desigual, o que bem demonstra que a construção de uma república é um processo demorado e, por vezes, sujeito a avanços e recuos.

É fato que já superamos muitas das causas desse tratamento desigual e não podemos deixar de reconhecer que muitos avanços já foram conquistados, quer no que diz respeito ao arrefecimento do rigor excessivo imposto aos economicamente excluídos, quer no que diz respeito à inclusão de poderosos no radar dos aparelhos de repressão penal.

Quanto ao arrefecimento da violência desmedida, no âmbito legislativo, inegável uma descontração vertical do poder punitivo, com a sucessiva adoção de medidas despenalizadoras para delitos de menor gravidade. Desde 1984, com a reforma da Lei de Execuções Penais e da Parte Geral do Código Penal, intensificou-se, no âmbito do Poder Legislativo, a aprovação de leis que permitem, cada vez mais, a substituição das penas privativas de liberdade pela restritiva de direitos, a suspensão condicional do processo e a transação penal, para citar apenas alguns exemplos.

No âmbito do Poder Judiciário, podemos notar também,

ADPF 395 / DF

especialmente após 1988, uma paulatina tomada de consciência a respeito da necessidade de um maior rigor no controle de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Parlamento, mas motivadas por escândalos de ocasião, fortemente marcadas pelo clamor, muitas vezes irracional, das massas exigindo soluções urgentes e radicais para problemas complexos e cuja solução imediata é impossível. Como exemplo, cito a evolução jurisprudencial a respeito da inconstitucionalidade da fixação obrigatória de regime integral (e agora até mesmo inicial) fechado para determinados crimes. Prisões obrigatórias "ex lege" e outras medidas usualmente violadoras do princípio constitucional da individualização das penas foram e têm sido rechaçadas pelo Poder Judiciário.

Outras iniciativas no âmbito do Poder Judiciário são igualmente dignas de nota. A organização, pelo CNJ, de mutirões carcerários voltados à revisão de inúmeras situações de absoluta injustiça e degradação do ser humano é um exemplo. Encontraram-se cidadãos em situações deploráveis no que diz respeito aos direitos mais básicos. Condições carcerárias dantescas, degradantes e, diria mais, vergonhosas.

A questão carcerária, finalmente, entrou na órbita das preocupações do Poder Judiciário. Cito, ainda, como elemento fundamental para a contribuição da redução da seletividade do sistema penal, a imposição da realização das audiências de custódia e a declaração do sistema penitenciário brasileiro um estado de coisas inconstitucional, no julgamento da ADPF 347, com as medidas daí resultantes.

Até não muito tempo atrás, condutas altamente danosas e violadoras de bens jurídicos de fundamental importância sequer eram erigidas à categoria de crime. Vide o exemplo do crime de lavagem de capitais, cuja lei que o previu pela primeira vez no Brasil foi promulgada apenas em 1998.

Aqui é preciso abrir um parêntese para uma reflexão sobre o quão difícil é a tomada de consciência a respeito da gravidade de condutas que violam bens jurídicos supraindividuais e, portanto, a esfera jurídica de um número indeterminado de pessoas.

Tem-se a impressão que, quanto mais coletivo o prejuízo causado

pelo crime, quanto maior o número de vítimas que suportam difusamente esse prejuízo, menor é a compreensão social a respeito do caráter criminoso dessa conduta.

A esse respeito, lembro as ainda atuais palavras de Edwin Hardin Sutherland, conhecido mundialmente por imprimir notoriedade à expressão "criminalidade do colarinho branco". Esse epíteto, de todos conhecido, ganhou notoriedade a partir de seu discurso no 34º encontro anual da American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), proferido na Filadélfia, em 27 de dezembro de 1939.

Naquela oportunidade, o eminente sociólogo apresentou severas críticas ao fato de que os crimes usualmente praticados por uma classe mais privilegiada de cidadãos tinha tratamento muito mais brando por parte das agências responsáveis pela resposta ao fenômeno do crime, em todos os níveis: policial, legislativo e judicial.

Conceber a violência estatal institucionalizada como aplicável ao outro, a alguém com quem é mais difícil estabelecer um processo de identificação e, portanto, de potencial afeto, é usualmente mais fácil.

Criminosos do colarinho branco ostentam estereótipos sedutores. Pessoas assim, criminosas ou não, tendem a ser admiradas e tidas como exemplos de sucesso pessoal. Suas posições sociais são cobiçadas e festejadas.

Ao contrário, quando se depara com favelados, pobres, maltrapilhos, o estigma de criminoso e malfeitor social, portanto de alguém que precisa ser retirado do convívio social, é algo que, infelizmente, tende a ser considerado menos chocante.

A despeito desses óbices, como dito, a história recente tem demonstrado alguns progressos.

Com a ordem constitucional inaugurada em 1988, institucionalizou-se e conferiu-se independência ao Ministério Público, reduzindo-se a influência do poder político e econômico sobre seus integrantes. O regime constitucional dos servidores públicos, contemplando a estabilidade, igualmente, contribuiu para minimizar influências políticas sobre agentes policiais. Tipos penais prevendo condutas altamente danosas a bens

ADPF 395 / DF

jurídicos supraindividuais foram instituídos, tais como, crimes contra a ordem econômica, tributária, relações de consumo, meio ambiente e sistema financeiro nacional. Métodos de investigação mais consentâneos com o enfrentamento à criminalidade organizada de colarinho branco, igualmente, foram instituídos, do qual a colaboração premiada é exemplo mais recente e notório. No âmbito da organização judiciária, pode-se anotar, ainda, a criação de unidades jurisdicionais especializadas no julgamento de determinadas causas ligadas à criminalidade organizada do colarinho branco.

Enfim, muitos passos foram dados na história recente, na direção da superação da seletividade do sistema de Justiça Criminal.

O dia é histórico, sim. Sem dúvida.

Primeiro, creio eu, nós juízes devemos estar sempre atentos ao nosso real papel no que diz respeito ao combate da criminalidade. Ao Poder Judiciário não foi outorgada função de combater o crime. O crime deve ser combatido pelas agências de repressão: polícia e Ministério Público. Aos juízes, incumbe justamente julgar esse combate, coarctando eventuais abusos e equívocos e impondo o irrestrito cumprimento e observância dos direitos e garantias individuais a todos assegurados pela Constituição. Mas o Judiciário jamais deve desobrigar-se de fazer valer a lei penal de forma igualitária para todos.

Com isso, quero dizer que o magistrado jamais deve renunciar à equidistância que deve manter entre as partes, e jamais deve colocar-se na condição de coadjuvante da acusação, como se a solução para a seletividade do sistema penal fosse virar o jogo a fórceps.

Já me encaminhando para o final, devo registrar que muitos dos recentes avanços obtidos, que importaram no desvelar de uma sucessão de episódios repugnantes, deve-se à determinação e persistência de muitos juízes de primeiro grau, secundados por igualmente valorosos julgadores de segundo grau.

Por fim, devo dizer que todo processo histórico de superação de desigualdades está sujeito a avanços e retrocessos. Ingenuidade pensar que, diante dos últimos avanços, não corre a sociedade o risco de algum

retrocesso. Ingenuidade imaginar que a superação meramente parcial das profundas desigualdades que historicamente marcam o sistema de Justiça Criminal do Brasil agrada a todos.

Em toda parte, há quem se empenhe para a manutenção do **status quo**. Jamais dirão que o que desejam é realmente manter a seletividade do sistema penal e a intocabilidade de poderosos. Até porque muitos sequer têm a consciência de que agem impregnados pela identificação que mantém com uma parcela mais abastada da população, a quem é difícil conceber legítimo o emprego da violência estatal institucionalizada. O discurso continuísta vem sempre escamoteado. Ergue-se a bandeira da defesa da democracia e dos direitos e garantias individuais. Para isso, tomam algumas falhas ou desencontros e, por meio de hipérboles, tentam fazer crer que uma nova ordem que está se instaurando é perigosa para as garantias individuais.

Sem desconsiderar e renunciar ao dever que incumbe ao Poder Judiciário de coartar abusos, creio que devemos estar atentos para não nos deixar seduzir por argumentos "*ad terrorem*".

Sob essa ótica, sem discordar da integralidade das razões invocadas pelo eminente Ministro Relator para fundar suas conclusões e sem descurar das advertências que lança quanto à necessidade de se estar atento a abusos, compreendo possível a decretação judicial da condução coercitiva de investigados, sempre que o for em substituição a uma medida cautelar típica mais grave, das quais são exemplo a prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal e a prisão temporária prevista na Lei 7.960/89.

Não me ponho contrário, em princípio, à tese segundo a qual o magistrado, no âmbito do processo penal, não dispõe de um poder geral de cautela.

Com efeito, leciona a doutrina que a tutela cautelar, no âmbito processual civil, é caracterizada pela atipicidade, de modo que a alegação de perigo da demora, associada à plausibilidade do direito, legitima o exame da matéria em sede de urgência, ainda que inexista previsão normativa específica que dê azo a tal proceder.

Nesse sentido, cito Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Toda e qualquer providência capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipada. Vale dizer: o pedido de tutela de urgência satisfativa ou cautelar não está limitado à proteção de apenas determinadas situações substanciais. A atipicidade da tutela de urgência, como da tutela jurisdicional em geral, está ligada à necessidade de se oferecer uma cobertura o mais completa possível às situações substanciais carentes de proteção.” (Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 382, *grifei*)

Compreende-se, contudo, que essa lógica, própria do poder geral de cautela, não pode ser simplesmente transportada para a sistemática processual penal. Nessa direção, colho ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho:

“(…) 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.” (Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57, *grifei*)

Ainda no sentido da taxatividade das medidas cautelares penais:

“A figura não se aplica ao Processo Penal, pois um dos

pressupostos de qualquer medida cautelar penal é a tipicidade ou legalidade (art. 5º, inc. II, da CF), até porque o Processo Penal existe como um instrumento de tutela da liberdade (citado por Dinamarco, 1987, p. 256), justamente para impor limites ao arbítrio estatal.” (MASSI, Carlo Velho. A condução coercitiva e o poder geral de cautela do juiz criminal. *In* advocacia dinâmica: informativo semanal. n. 22, p. 307, 1 jun 2016, grifei).

Tal visão, a meu sentir, deve ser compreendida precisamente no contexto da dimensão teleológica do devido processo legal, que, aplicável à seara processual penal, configura indubioso fator de proteção do cidadão frente ao poder estatal. Nesse sentido, por todos, transcrevo as sempre percucientes lições do ilustre decano desta Suprema Corte:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de **polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu**. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, **o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu**. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um **poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal**. (...) A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de **salvaguarda da liberdade individual**.” (HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO,

Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, *grifei*)

Na mesma direção, menciono precedente, de minha relatoria, em que a Segunda Turma assentou que a exigência do devido processo legal, naquele caso, não poderia funcionar como óbice à absolvição do acusado. Na ocasião, o direito à prova foi examinado à luz da possibilidade, desde logo, de formação do juízo absolutório:

“AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DELITO DE APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. SOBREPOSIÇÃO CONTRATUAL. SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO ANTERIOR À FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência consolidada da Corte atesta o não cabimento de *habeas corpus* contra ato jurisdicional de Ministro ou órgão fracionário do STF. 2. **A exigência de processo penal, expressa na cláusula *nulla poena sine iudicio*, traduz fator de proteção do acusado em face da persecução penal estatal. Precedentes.** 3. Diante dessa finalidade, **a existência de provas exibidas pela defesa que demonstrem a inocorrência do fato supostamente criminoso narrado na denúncia, associado à presença de pedido expresso, formulado pelo Procurador-Geral da República, de antecipada extinção da ação penal, autoriza, desde logo, a formação do juízo absolutório, dispensando-se a produção das demais provas requeridas pela defesa.** 4. Questão de ordem resolvida para julgar desde logo a ação penal improcedente.” (AP 985 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017)

Em suma, a exigência de observância do devido processo impõe interpretação que intensifique a proteção individual em face do Estado. É incompatível com a finalidade dessa cláusula geral, portanto, compreensão que acarrete resultado processual prejudicial ao indivíduo.

Nessa perspectiva, tenho que, embora, via de regra, realmente não se admita, no campo processual penal, a imposição de atípicas medidas

ADPF 395 / DF

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.

Anoto, como exemplo, hipótese de cabimento de prisão preventiva “*por conveniência da instrução criminal*”, tal como prevê o art. 312, do CPP, ou hipótese de cabimento da prisão temporária “*quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*”, como prevê o art. 1º, I, da Lei 7.960/89, mas cujos objetivos possam ser atingidos com a breve restrição da liberdade de locomoção do investigado, apenas conduzindo-o para ouvi-lo, sempre lhe assegurando os direitos constitucionais dentre eles o de permanecer em silêncio.

Reforço que a condução coercitiva, como medida cautelar menos gravosa substitutiva, não prescinde da demonstração do cabimento da medida substituída. Ou seja, se não se demonstrar presentes os requisitos da medida mais grave (por exemplo, prisão preventiva ou prisão temporária) a ser substituída, não se permite igualmente a decretação da condução coercitiva substituta.

Feitas essas considerações, julgo improcedentes os pedidos da ADPF 395 e acolho 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.

ADPF 395 / DF

É como voto.

Cópia