



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** (doc. anexo), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (doc. anexo), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, com base nos arts. 102, §1º e 103, inciso VII, ambos da Constituição Federal, no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, e de acordo com a decisão plenária exarada nos autos do Processo n. 49.0000.2017.000974-1/Conselho Pleno (certidão anexa) propor

***ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR***

a fim de que seja reconhecida a não recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 260, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), no que concerne a sua aplicação no âmbito das investigações criminais, ante a incompatibilidade com os preceitos fundamentais constitucionalmente previstos, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I. DO CABIMENTO DA MEDIDA E DO ATO IMPUGNADO

A Constituição Federal em seu art. 102, §1º prevê que “*a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Com o advento da Lei n. 9.882/99 houve a efetiva regulamentação desse instituto jurídico processual constitucional, que definiu os pressupostos para o seu cabimento na modalidade direta, a saber: a) existência de ato do Poder Público; b) lesão a preceito fundamental; e c) subsidiariedade. Nesse sentido, cita-se o art. 1º da Lei n. 9882/1999, o qual determina:

Art. 1º A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

Na presente demanda questiona-se ato normativo federal (art. 260), contemplado no Decreto-Lei n. 3.689/1941, denominado Código de Processo Penal, cujo teor transcreve-se:

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.

Depreende-se que, no âmbito do processo judicial, a norma prevê a condução coercitiva do acusado para fins de realização de interrogatório e outros atos. Contudo, na prática, tal previsão normativa tem sido interpretada de forma a não se coadunar com os ditames constitucionais, ao se permitir a sua utilização para a constituição de atos no curso da investigação criminal.

A referida interpretação extensiva mostra-se em descompasso com os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. art. 8, I, do Pacto de San José da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Costa Rica); 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).

Quanto à adequação da presente medida, verifica-se que a norma em debate é pré-constitucional, o que autoriza o manejo deste instrumento, por enquadramento no inciso I, do artigo 1º supratranscrito.

Corroborando o exposto, constata-se que a jurisprudência dessa Suprema Corte é pacífica quanto à possibilidade da propositura de ADPF para contestar atos anteriores à Constituição Federal:

“Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria. A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei n. 9.882, de 1.999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal. Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento.” (ADPF 33-MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, DJ de 6-8-2004.)

(...) é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição. (...) não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade -- isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -- há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Assim, numa primeira análise dos autos, reconheço que se afigura admissível a utilização da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o aspecto do princípio da subsidiariedade, vez que a norma nela impugnada veio a lume antes da vigência da Constituição de 1988. (...) (ADPF 129-MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 18-2-2008, DJE de 22-2-2008.)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Outrossim, observa-se que a ADPF é cabível quando inexistir no ordenamento jurídico qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade a preceitos fundamentais, consoante disposto no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99: “*não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

De fato, no presente caso, evidencia-se a exclusividade da Arguição.

Primeiramente, salienta-se que as ações individuais não teriam a capacidade de sanar de maneira efetiva a lesão causada pela interpretação extensiva da norma ora combatida, posto que não teriam o condão de solucionar a controvérsia constitucional de forma ampla e abstrata.

Além disso, a quantidade exorbitante de demandas individuais sobrecarregaria as prateleiras do Poder Judiciário, contrariando o princípio da eficiência e propiciando a prolação de decisões judiciais conflitantes, o que compromete o princípio da segurança jurídica.

Cumprir registrar que a jurisprudência dessa Corte Suprema interpreta a exigência de subsidiariedade, prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal, pela inexistência de qualquer outro meio cabível no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, restando apenas a propositura de ADPF.¹

Do contrário, restaria prejudicado o instituto, uma vez que dificilmente se encontraria uma situação de inexistência, em tese, de meios aptos a restabelecer a ordem constitucional, concreta ou potencialmente violada (a exemplo de mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, ações judiciais e diversos recursos, cautelares, antecipação de tutela). Nesse sentido, cita-se o precedente da ADPF n. 126-MC de Relatoria do Min. Celso de Mello.

Diante da subsidiariedade da medida, aliada a lesividade aos preceitos fundamentais, este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil comparece a essa Corte para ver reconhecida a não recepção da aplicação do art. 260, do CPP na fase inquisitória.

¹ (ADPF 1-QO, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-2000, DJ de 7-11-2003). (ADPF 191, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 22-9-2009, DJE de 28-9-2009). (ADPF 130, rel. min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: DA VIOLAÇÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Tramita neste E. Supremo Tribunal Federal a ADPF 395, com conteúdo semelhante à presente ação, em que se postula o reconhecimento da inconstitucionalidade das conduções coercitivas. No parecer que ofereceu, o Procurador Geral da República sustentou:

“Em outras palavras, ainda que sem previsão legal específica, a condução coercitiva é meio de garantir eficácia (e afastar prejuízos) à produção de provas no processo penal. Deve, para tanto, ser executada, sempre, mediante prévia justificação de necessidade, evitando que se lance mão de medidas mais gravosas de restrição de liberdade, como a prisão temporária ou preventiva. A condução coercitiva precisa ser compreendida sistemicamente como medida que decorre de forma legítima do poder geral de cautela inerente ao Judiciário, com base nos princípios orientadores da atuação jurisdicional, sem malferir a legalidade estrita.”

Trata-se de questão complexa a qual enseja reflexões. Quanto à matéria, José Frederico Marques, já em 1961, explicava que “durante o processo penal, ou sua fase prévia de investigação policial, providências podem ser tomadas que impliquem em diminuição da liberdade do indiciado ou do réu: tais medidas têm caráter coativo e daí serem tidas como de coação processual penal”², oferecendo como exemplos de atos coativos da jurisdição cautelar a “prisão preventiva”, a prisão “provisória resultante da pronúncia”, entre outras medidas.

Esses atos de coação pessoal, lecionava o eminente Professor, “estão submetidos a regime de estrita vinculação legal e jurídica”³, daí por que até hoje a doutrina sustenta que “toda e qualquer restrição a direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva”.

Nesse contexto, cita-se que o art. 260 do CPP, enquanto prevê a condução coercitiva exige a recusa do acusado em comparecer ao interrogatório, o que não tem sido observado na prática. Contudo, somente se admite a aplicação de medidas

² Elementos de Direito Processual Penal. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 166.

³ Idem, p. 167



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

cautelares previstas no Código de Processo Penal com estrita observância dos requisitos legais.⁴

Trata-se de ponto central para o debate. A condução coercitiva dispõe efeitos mistos, bi-funcionais, ou seja, possui repercussão sobre o *status libertatis* do indivíduo, ainda que de forma transitória, consistindo em inegável medida de coação. Ingo Sarlet inclui a condução coercitiva de testemunhas – e por óbvio, permite-se concluir, também dos acusados – entre as hipóteses de restrições legais ao direito fundamental de liberdade de locomoção⁵.

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.

Referida premissa – dos limites à restrição dos direitos fundamentais – não é moderna, constituindo-se em preocupação universal. O melhor exemplo vem da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que de forma reiterada vincula a exceção à previsão legal expressa⁶.

⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 52 e 53 (grifo nosso).

⁵ SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 490.

⁶ Alguns exemplos:

“Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

Artigo 10 [Sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação]

(1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável.

(2) Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei.

Artigo 11 [Liberdade de locomoção e de domicílio]

(1) Todos os alemães gozam de liberdade de locomoção e de domicílio em todo o território federal. (2) Este direito só pode ser restringido por lei, ou em virtude de lei, e só nos casos em que a insuficiência de meios de subsistência possa acarretar encargos especiais para a coletividade, ou se a restrição for necessária para a defesa contra um perigo iminente para a existência ou ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado federado, para combater o perigo de epidemias, em catástrofes naturais e acidentes muito graves, para a proteção da juventude contra abandono ou para a prevenção de delitos.

Artigo 13 [Inviolabilidade do domicílio]

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Aliás esse princípio hermenêutico já aparecia no Cânone 18 do Código Canônico: “**São de interpretação estrita as leis que estabelecem alguma pena, coarctam o livre exercício dos direitos, ou contêm exceção à lei**”.

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.

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.

Em razão do princípio *nemo tenetur se detegere*, que trata da prerrogativa da não autoincriminação, extrai-se que não se pode exigir um comportamento ativo do investigado, a fim de se evitar que este produza provas contra si mesmo. Nesse mesmo sentido, o constituinte garantiu o direito ao silêncio, conforme é a previsão do art. 5º, inc. LXIII da Magna Carta⁷.

Tais prerrogativas são reiteradamente reafirmadas por essa Suprema Corte, a destacar o Habeas Corpus n. 99289 de relatoria do eminente Min. Celso de Mello:

(...)“HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”, QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (...) (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio

⁷ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(HC 69.026/DF(...). - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. (...). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. (HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529)

Tem-se, pois, que nas hipóteses em que a produção de prova tiver como pressuposto uma ação efetiva por parte do acusado, a sua anuência para o ato é indispensável, sendo inviável ultrapassar sua recusa por meio da determinação de sua condução coercitiva.

A resistência do investigado em participar de atos que demandam posturas ativas é a expressão do seu direito a não autoincriminação, o que não configura desobediência ou desacato, mas, sim, direito subjetivo constitucionalmente positivado.

O inquérito policial é a fase pré-processual em que se busca os indícios de autoria e materialidade. Portanto, não é plausível se exigir que a parte contribua para a produção dessas provas, tornando, com efeito, inviável a determinação de condução coercitiva durante essa fase investigativa, medida que se deve restringir apenas à fase processual, na qual a ampla defesa e contraditório são oportunizados.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Corroborando com esse entendimento, ressalta-se que o art. 155 do CPP⁸ determina que as provas produzidas durante a fase investigativa devem ser repetidas judicialmente, o que reforça a tese de que o réu tem a prerrogativa de se resguardar para a manifestação durante a fase processual. Inclusive, o inquérito policial é dispensável nos casos em que exista de indícios de materialidade e autoria suficientes a justificar a justa causa para a deflagração da ação penal.

À evidência da sua prescindibilidade, a imposição de condução coercitiva na fase inquisitorial representa um retrocesso à concepção do acusado como mero objeto de prova, desprovido de garantias individuais.

Cumprido frisar que o referido art. 260 estabelece genericamente que a condução coercitiva poderá ser determinada por “autoridade”, sem especificar se a referência é feita à autoridade policial ou judiciária.

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) *fumus commissi 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.

A função de polícia judiciária e de apuração de infrações penais às Polícias Civis e à Polícia Federal não lhes confere poderes para decretar medidas cautelares de coação pessoal, as quais pressupõem prévia autorização judicial, consoante disposto no art. 282, § 2º, do CPP.⁹ Ademais, atribuir a prerrogativa do art. 260 à autoridade policial consiste em uma interpretação “in malam parte”, a qual é vedada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado pelo eminente Min. Celso de Mello no Inq. 2606:

Na precisa lição da doutrina (...), é vedada a aplicação da analogia “in malam partem” em Direito Penal, não se revelando adequado proceder-se a interpretações integrativas, ampliativas ou compreensivas de que resultem aplicações gravosas em detrimento do réu, pois as normas de direito penal

⁸ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 4ª Edição. Editora: Jus Podivm. P. 241.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

material devem sofrer exegese estrita, sob pena de imprestabilizar-se a função de garantia do tipo penal.

Do exposto, ainda que o referido dispositivo não esclareça qual a autoridade competente para a determinação da condução coercitiva, pela interpretação teleológica, tem-se que esse ato somente poderia ser determinado pela autoridade judiciária. Isso porque, ao se tratar de medida cautelar que restringe a liberdade do acusado, ela é de competência jurisdicional exclusiva.

Contudo, em que pese a competência exclusiva da autoridade judiciária, tal prerrogativa merece ponderações à luz do sistema processual acusatório.

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.

Conforme sabido, após o advento da Constituição de 1988, o sistema penal acusatório foi definitivamente estabelecido no Brasil. Nesse sistema, foi retirada a iniciativa probatória do juiz. Segundo define Aury Lopes Júnior, “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes.”¹⁰

Trata-se de pressuposto que privilegia o princípio da imparcialidade, o qual foi assumido pelo Brasil com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que em seu art. 10 preconiza:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Em igual sentido, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º - Das Garantias Judiciais, dispõe:

¹⁰ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Na oportunidade, insta salientar os ensinamentos de Paulo Rangel:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.

(...)

Se a imparcialidade é uma das características do sistema acusatório, colocando o juiz distante da persecução penal, não há dúvida de que a determinação de instauração de inquérito na hipótese em epígrafe não foi recepcionada pela Constituição Federal.¹¹

A imparcialidade é essencial para a garantia de um julgamento justo e o respeito ao devido processo legal. Nesse sentido, frisa-se que a condução coercitiva na fase de inquérito macula o juízo.

Para que haja a condução coercitiva nessa fase, o magistrado necessita se cientificar quanto aos termos e elementos investigativos a fim de proferir a medida de condução. Contudo, a participação ativa do juiz nessa fase não é adequada.

Isso porque o judicante que profere a decisão para o investigado ser conduzido poderá ser o mesmo julgador que proferirá a sentença judicial. Dessa forma, ele pode ser influenciado pelas informações que teve acesso no momento da investigação, fase em que não é oportunizado o direito ao contraditório.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que às partes, em razão da observância do sistema penal acusatório, é assegurado tratamento isonômico, conforme assentou o Relator Ministro Gilmar Mendes em Habeas Corpus julgado pela Segunda Turma:

¹¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª Ed. Atualizada até 4 de julho de 2012. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p. 21;59.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Habeas corpus. 2. Princípio da ampla defesa. Tratamento isonômico das partes (princípio da paridade de armas). Em observância ao sistema processual penal acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988, a aplicação do art. 456 do CPP deve levar em conta o aspecto formal e material de seu conteúdo normativo, ante a ponderação do caso concreto. 3. O reconhecimento, pelo defensor público nomeado, de que a análise dos autos limitou-se a apenas quatro dos vinte e seis volumes, por impossibilidade física e temporal (12 dias), somado à complexidade da causa, prejudicou a plenitude da defesa (“a”, inciso XXXVIII, artigo 5º, da CF/88) do paciente levado ao Tribunal do Júri. 4. Excesso de prazo na duração da prisão preventiva. Contribuição da defesa para a mora processual. 5. Ordem concedida, em parte, para declarar nulo o julgamento do Tribunal do Júri realizado em 12 de abril de 2010. Mantida a custódia do paciente.

(HC 108527, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013)

A isonomia que deve ser dirigida às partes ultrapassa o aspecto meramente formal, sendo insuficiente a aplicação das regras processuais sem a sua devida ponderação no caso concreto. Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgado retro transcrito, “deve o magistrado conduzir o julgamento de modo que as partes, sempre, disponham de idênticas “armas” para acusar e/ou defender”.

Trata-se do princípio da paridade de armas, evitando que a acusação ou a defesa prevaleça uma sobre a outra. Nesse sentido, é oportuno consignar a inteligência do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Trata-se de garantia que engloba o direito de informação, o direito de manifestação e o direito ter os argumentos judicialmente considerados pelo julgador. A parte deve ser informada dos atos praticados no processo; tem o direito de se posicionar quanto aos elementos fáticos e jurídicos dele constantes e de ser julgada com isenção.

Dessa forma, a atuação da autoridade judiciária que beneficia a acusação causa violação ao referido princípio da paridade de armas e macula o juízo de parcialidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

De outra sorte, o não comparecimento do investigado se manifesta como exercício do direito à ampla defesa. Isso porque a recusa no comparecimento ao procedimento investigativo para o qual ele foi intimado compreende a manifestação tácita de que ele se resguardou ao direito ao silêncio, optando pelo exercício da sua defesa durante a fase judicial. Nessa senda, é incabível a determinação de sua condução forçada durante a fase de inquérito, pois se trata de medida cautelar que deve ser somente utilizada na fase judicial, caso necessário. Essa, portanto, é a interpretação dada ao art. 260 do CPP que o harmoniza com os preceitos fundamentais da Magna Carta.

Por todo o exposto, verifica-se que a determinação da condução coercitiva durante a fase investigativa, ainda que decretada pela autoridade judiciária competente, viola os preceitos fundamentais da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); 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), ensejando que esse Supremo Tribunal Federal se manifeste no sentido de atribuir ao art. 260, do Código de Processo Penal, a interpretação manifestada nesta Arguição, a qual se coaduna com os ditames da Constituição Federal de 1988.

IV – DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

Consustanciado nas razões esposadas, requer este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil seja concedida medida cautelar, pois se encontram presentes os pressupostos autorizadores constantes no art. 5º, da Lei 9.882/99¹².

O *fumus boni iuris* foi exaustivamente demonstrado no bojo dessa peça, pois se mostra patente a violação a preceitos fundamentais decorrentes da aplicação do art. 260 do CPP na fase investigativa, especialmente quando determinada sem que haja a prévia intimação e, por conseguinte, o não comparecimento do acusado.

Como demonstrado, a aplicação da condução coercitiva descumpre os preceitos fundamentais da imparcialidade; do direito ao silêncio; do *nemo tenetur se detegere*; do sistema penal acusatório; do devido processo legal; da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório.

¹² Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O *periculum in mora*, por sua vez, também está presente no caso em comento. Destaca-se a urgência na concessão da medida liminar sobretudo em razão dos inúmeros inquéritos policiais existentes no Brasil e a real possibilidade de determinação de condução coercitiva do investigado.

Frisa-se que a condução coercitiva, ao cercear a liberdade do investigado, impossibilita a adequada orientação técnica do advogado a seu cliente, de modo a comprometer-lhe a ampla defesa.

É notório que o exercício da advocacia é indispensável à administração da justiça, conforme preceitua o art. 133, da Magna Carta, face à sua atuação em defesa da integridade dos direitos fundamentais das pessoas em geral:

Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Nesse sentido, ressalta-se a urgência na concessão da cautelar em razão da violação aos preceitos fundamentais basilares do cidadão, os quais não são passíveis de reparação, bem como diante dos entraves ao exercício da atividade advocatícia, a qual se mostra instrumento indispensável no combate aos arbítrios estatais.

Ademais, o reconhecimento da não recepção do art. 260 no inquérito policial é salutar para não macular o juízo de parcialidade. Ressalta-se que uma vez determinada a condução coercitiva pela autoridade judiciária, com o posterior recebimento da denúncia pela mesma autoridade, não há como restabelecer a imparcialidade anteriormente comprometida. A imparcialidade não admite restauração. Nesse sentido, imperiosa a necessidade da concessão da medida.

Nesse contexto, a liminar deve ser concedida devido à urgência qualificada que enseja a imediata apreciação e concessão da medida cautelar '*ad referendum*' do Plenário, na trilha de precedentes dessa egrégia Suprema Corte, como por ocasião do julgamento da ADPF n. 130, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 - LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATICAMENTE CONCDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO. (...). 4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida.

(ADPF 130 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00228)

Por todo o exposto, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores, deve ser concedida a medida cautelar, reconhecendo-se a não recepção do art. 260 do CPP no que concerne a sua aplicação na fase investigativa, a fim de evitar, de forma imediata, a violação a preceitos fundamentais tão caros ao Estado Democrático de Direito.

V - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a **concessão da medida cautelar**, face à evidência dos requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora*, por força do art. 5º, §1º, da Lei n. 9.882/99, a fim de que se determine a impossibilidade de condução coercitiva na fase investigativa, ou que se restrinjam fielmente à hipótese de descumprimento de anterior intimação, nos termos exatos do art. 260 do CPP.

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre a presente arguição, nos termos da exigência constitucional do art. 103, § 3º e art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/99;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Constituição Federal e art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/99;


e) ao final, a **procedência** do pedido de mérito, para que seja reconhecida a não recepção do art. 260 do CPP pela Constituição Federal/1988, no que concerne a aplicação da condução coercitiva na fase investigativa, em atenção aos preceitos fundamentais da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); 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), todos da Constituição Federal;


f) subsidiariamente, caso não seja acolhido o pedido anterior, requer seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do art. 260 do CPP, a fim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento injustificado do acusado.


Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 13 de março de 2017.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RS 22.356


Juliano Breda
Conselheiro Federal
OAB/PR 25.717


Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992


Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP 339.012