



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

PEDRO HENRIQUE CUPERTINO FONSECA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA COMO
MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DE PRISÃO**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2018

PEDRO HENRIQUE CUPERTINO FONSECA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA COMO
MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DE PRISÃO**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

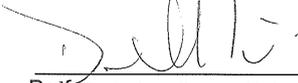
CARATINGA – MG 2018

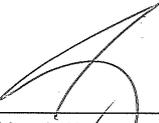
TERMO DE APROVAÇÃO

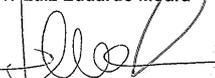
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A
inconstitucionalidade da condução coercitiva como medida cautelar diversa de prisão, elaborado pelo aluno
Pedro Henrique Cupertino Fonseca foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e
aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da
obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 6 de Dez 2018


Prof. Dário José Soares Júnior


Prof. Luiz Eduardo Moura


Prof. Kleider Richard

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
1. PRINCIPAIS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL.....	14
1.1 Disposições do CPP alteradas pela lei 12.403 de 2011.....	15
1.2 Prisão Provisória: Prisão Preventiva, Prisão em Flagrante e Prisão Temporária.....	16
1.3 Cautelares Pessoais Diversas de Prisão	21
2. A APLICAÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	23
2.1 Mandado de Condução Coercitiva: Conceito, Natureza Jurídica e Aspectos Históricos.....	23
2.2 Previsão legal da condução coercitiva e Previsão Legal para Expedição do mandado	24
2.3 Princípios da Não Culpabilidade, da Presunção de Inocência e da Liberdade de Locomoção.....	27
2.4 Poder Geral de Cautela do juiz criminal x analogia in malan partem	32
3. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA.....	34
3.1 Inconstitucionalidade.....	34
3.2 Condução Coercitiva sem prévia notificação X Direito ao silencio e o princípio da não autoincriminação	39
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

DEDICATÓRIA

Dedico à minha família, que foi apoio em todos os momentos, mesmo nos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, apoio e porto seguro em todos os momentos;

À minha família, pois me deu o suporte na luta;

A todos os professores que nos auxiliaram na construção do conhecimento da ciência do Direito.

Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O tema abordado nesta pesquisa é a inconstitucionalidade da condução coercitiva. Sabe-se que a condução coercitiva é um instituto processual, que dá garantias de que caso a testemunha ou acusado não compareçam e não apresentem justificativa plausível, é garantido ao juiz requisitar que o mesmo seja conduzido, até mesmo com auxílio da força pública. No entanto, há discussão por parte de alguns doutrinadores que a condução coercitiva é inconstitucional, pois fere os princípios e garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, buscou-se discutir o assunto, utilizando como respaldo para o estudo os posicionamentos doutrinários existentes, bem como a legislação em vigor e as jurisprudências disponíveis.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, condução coercitiva, direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Em diversos momentos, a polícia judiciária necessita conduzir de maneira coercitiva o indivíduo que é suspeito de prática criminosa. Neste caso, o indivíduo é encaminhado para a delegacia de polícia a fim de que sejam coletados dados que ofereçam elementos para sua prisão.

No entanto, há uma discussão sobre a ilicitude da condução coercitiva, onde alguns afirmam que esse tempo em que o indivíduo aguarda pode ser considerado como prisão, o que na realidade não é. Desta forma, o delegado deve realizar de maneira emergencial a comunicação com o judiciário para poder realizar a prisão a fim de que os direitos do indivíduo conduzido à autoridade policial não tenha seus direitos suprimidos.

Por ser a condução coercitiva um meio pelo qual o ministério público tem de conduzir suspeitos ou testemunhas até a justiça, destaca-se que seja de suma importância a compreensão do assunto, principalmente no que diz respeito sobre a constitucionalidade do ato frente aos direitos fundamentais. Desta forma, considera-se como ganho social o levantamento de uma questão que muitos consideram como um constrangimento e um rompimento do previsto na Constituição Federal. Como ganho jurídico está a solução de um problema considerados por muitos estudiosos da ciência do Direito como ambígua, pois os direitos fundamentais são o pilar da Constituição Federal. Por fim, como ganho acadêmico destaca-se a importância de estudo de um tema que permeia a discussão dentro das salas de aula.

Como objetivo geral se propôs analisar os aspectos da condução coercitiva à partir do prisma da constitucionalidade, haja vista que conduzir o indivíduo contra sua vontade pode ferir os direitos fundamentais previstos na carta constitucional. Já como objetivos específicos: analisar os aspectos da condução coercitiva, buscar informações sobre constitucionalidade, relatar os direitos fundamentais que constam na Constituição Federal de 1988, e elencar legislação, doutrina e jurisprudência.

Levando-se em consideração o assunto em questão, apresenta-se os dizeres Alexandre de Moraes como marco teórico dessa pesquisa:

Concluo, na linha desses fundamentos, pela constitucionalidade e 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 juiz¹.

Para atender aos objetivos desta pesquisa escolheu-se como metodologia uma proposta teórico-dogmática, pautada em legislação, doutrina e jurisprudência. Acredita-se que a pesquisa seja interdisciplinar, pois faz junção entre o Direito Constitucional e o Direito Penal.

A divisão se dará em três capítulos, onde o primeiro aborda a questão da constitucionalidade; o segundo sobre os aspectos legais da condução coercitiva e o terceiro capítulo discorrerá sobre a inconstitucionalidade da condução coercitiva, com base em legislação, doutrina e jurisprudência.

¹ ADPF 444. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF444VotoMinAM.pdf>. Acessado em 03 de outubro de 2018.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O ordenamento jurídico pátrio é composto de diversas categorias normativas, haja vista a necessidade de uma condição hierárquica para as normas, visando uma segurança para o sistema legal nacional, para que assim, seja mais fácil saber a qual norma se deve obedecer.

Ao ser concebida como ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade, a Carta Política do Estado externa-se com posição de supremacia, encontrando-se nela, além de normas, uma ordem de valores, que se expressa no conteúdo de direito que não pode ser desatendido pelas normas ditas infraconstitucionais. Representa ela, pois, a expressão do acordo de vontades políticas desenvolvida numa democracia, que viabiliza a concretização das pretensões sociais de determinado grupo, indo além daquilo que diz respeito aos seres humanos, abrangendo inúmeros fatores que influenciam na construção de um espaço digno, a exemplo do meio ambiente, espaço urbano, bem como preocupação com a manutenção de desenvolvimento para gerações futuras².

Se por algum motivo essa hierarquia não é respeitada, se fica frente a um colapso jurídico, não observando o objeto primeiro de regência daquilo que compõe cada norma.

Para obviar esse mal é que a ciência do direito constitucional, em boa hora, municiou o jurista com o princípio segundo o qual a norma legal só tem eficácia, na medida em que não arrosta qualquer norma integrante da constelação constitucional. Por essa breve síntese já se permite, por lógica concluir que existe um verdadeiro primado da norma constitucional sobre as demais normas integrantes do sistema positivo reinante nos países democratas³.

Conforme a própria etimologia da palavra traduz, inconstitucional é toda norma ou ato normativo que vai de encontro às normas constitucionais, ou seja, que preconiza algo contrário já descrito anteriormente pela Constituição.

² GUEDES, Igor Gadelha. Sistemas e Tipos de Controle de Constitucionalidade. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24299/sistemas-e-tipos-de-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 19 de abril de 2018.

³ LACERDA, Belizário Antônio de. Inconstitucionalidade ou Ilegalidade do Ato Administrativo Normativo? Disponível em: <http://www.angelfire.com/mt/belizario/artigo1.html>. Acessado em 19 de abril de 2018.

É preciso compreender que a colisão da Constituição com a norma ou ato normativo deve ser de caráter material, ou seja, a "contraditio" entre elas.

Neste sentido, Jorge Miranda preleciona que constitucionalidade e inconstitucionalidade devem designar conceitos de relação, ou seja, "a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido⁴".

No ordenamento jurídico do Brasil são considerados duas espécies de controle constitucional: da lei e dos atos normativos. Quando se refere à lei, que é chamado de controle difuso, considera-se o caso da lei aplicada no caso concreto, como forma de controle concentrado.

Com base no sistema jurídico hierarquizado de normas que tanto as leis como os atos normativos subconstitucionais devem, de uma maneira ou de outra, servirem à Constituição.

O direito do homem é uma expressão de cunho jusnaturalista. Isto significa que esta expressão conota aqueles direitos que ainda não se encontram escritos. Sabe-se que eles existem, mas não se sabe onde eles estão. Tais direitos fazem parte da própria essência humana, conota uma série de direitos ao homem, porém ainda não positivados.

Direitos fundamentais são os direitos do homem escritos nos textos constitucionais, ou seja, trata-se de um direito positivado, constitucionalizado. Direitos humanos são os direitos fundamentais erigidos ao plano internacional. E a dignidade da pessoa humana nada mais é do que o fundamento moderno e atual dos direitos humanos e que tem como suporte axiológico o princípio da universalidade dos direitos humanos.

Indispensável à configuração do Estado, a dignidade da pessoa humana está elencada como princípio fundamental no art. 1º, III da CF. A propósito devem ser registradas as considerações de Kildare Gonçalves Carvalho⁵:

A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001. p.273-274.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

Sob a ótica da dignidade da pessoa humana, a atuação estatal deve ser deferida proporcionando respeito aos valores morais e éticos, à liberdade, intimidade, proporcionando ainda a garantia de assistência material mínima (moradia, alimentação, educação, saúde, segurança, lazer, etc..) essencial à satisfação das necessidades básicas de cada pessoa. Essa é a ideia por trás dos Direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

Por serem direitos imprescindíveis para uma vida minimamente digna, os direitos fundamentais têm características que, em suma, dizem respeito à impossibilidade de serem afastados das relações humanas. Segundo Alexandre de Moraes (1998, p. 41), os direitos fundamentais são (I) imprescritíveis, não se perdendo pelo decurso do prazo; (II) inalienáveis, não sendo possíveis transferirlos a título oneroso ou gratuito; (III) irrenunciáveis, dele não se podendo abrir mão; (IV) invioláveis, não podendo ser desrespeitados, sob pena de responsabilização; (V) universais, abrangendo todos os indivíduos, sem qualquer restrição; (VI) efetivos, ou seja, o Poder Público deve atuar no sentido de garantir a sua efetivação; (VII) interdependentes, estando direitos e garantias ligados; e, (VIII) complementares, devendo ser interpretados de forma conjunta.

Mesmo que toda a legislação pátria busque se colocar dentro do escopo constitucional, alguns doutrinadores abordam certos aspectos como inconstitucionais e contrários aos direitos e garantias fundamentais. Cita-se como exemplo a condução coercitiva.

De acordo com o 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.
Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

A partir dos pontos abordados, podemos dizer que a condução coercitiva representa, mesmo que por pequeno espaço de tempo, limitação à liberdade do indivíduo e de seu direito de ir e vir, sendo que tal medida é considerada constitucional ou inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro?

1. AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL

Em seu texto original, o Código de Processo Penal não abordou as medidas cautelares de natureza pessoal, ou seja, os que incidem sobre a pessoa objeto de investigação ou de processo. Eram previstas no CPP as medidas cautelares reais, como o sequestro e a hipoteca, as sobre as coisas e as caracterizadas como função probatórias, que são busca e apreensão.

Valmir Costa Magalhães⁶ destaca que a prisão e a liberdade provisória não podem ser compreendidas como medidas cautelares, mesmo que sua incidência seja sobre a pessoa e sua liberdade. Isso se deve ao fato de que o fundamento que embasa a custódia de prisão não se apoia na obrigatoriedade de uma medida cautelar, mas é caracterizada como um ato de autoridade, como no caso da prisão em flagrante, com o decorrente aprisionamento do indivíduo até que o processo se encerre, observando-se os casos previstos em lei que permitem a fiança.

A antiga redação do art. 312 do CPP destacava que as prisões que decorem de fases do processo, que eram impostas devido à razão da decisão da pronúncia, caso não haja recurso, a prisão também não traz nenhum tipo de medida cautelar. Desta forma, não havia fundamentação cautelar, mesmo que houve interesse em garantir que o réu fosse submetido à persecução penal e à devida aplicação da lei.

Contudo, o CPP atualmente aborda medidas cautelares reais que são o arresto, hipoteca, sequestro e apreensão da coisa, bem como as probatórias, já citadas busca e apreensão e também as gravações telefônicas, ambientais e quebra de sigilo bancário e algumas consideradas como de natureza pessoal.

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988 já se consideravam as prisões provisórias como sendo de natureza cautelar, com base no princípio da não culpabilidade. No entanto, diversas modificações foram trazidas com a lei 12.403/2011, que são abordados no próximo tópico.

⁶ MAGALHÃES. Valmir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista da EMERJ 13.52. 2010. p.200.

1.1 Disposições do CPP alteradas pela lei 12.403 de 2011

O Código de Processo Penal, com as modificações trazidas pela lei 12.403 de 04 de julho de 2011, demonstrou através do art. 282, algumas medidas cautelares. Dentre as mudanças que foram apresentadas é importante citar os requisitos que são encontrados no art. 282 do CPP⁷ para a decretação das medidas cautelares:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Pelo supramencionado, pode-se dizer que as medidas cautelares são provenientes da necessidade da aplicação da lei penal, seja para o processo de investigação ou da fase de instrução. Vale ressaltar que a medida cautelar será adequada de acordo com a gravidade do crime e das circunstâncias em que foi cometido, bem como das condições pessoais em que se encontram o acusado.

Prosseguindo sobre o apresentado no art. 282⁸, salienta-se os parágrafos 1º ao 6º, onde se encontra:

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

⁷ BRASIL. Decreto-lei 3.689/1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf. Acessado em 19 de outubro de 2018.

⁸ Idem.

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

As medidas cautelares previstas nos parágrafos do art. 282 do CPP vieram como meio de substituição da prisão, considerada como último recurso pela legislação pátria por medidas cautelares alternativas.

A Lei 12.403/11 alterou o art. 319 do CPP e ainda inseriu outros artigos no Código de Processo Penal, com o objetivo de atender a este anseio, prevendo a aplicação de medidas de natureza cautelar não prisionais, para serem aplicadas em estrita observância do binômio adequação-proporcionalidade, para que não se utilize de medida extrema, mas para que também não se deixe de acautelar situações que merecem algum tipo de restrição cautelar com o único fim de proteger o próprio processo. A prisão de natureza processual tem caráter excepcional e não deve ser utilizada de modo a se revestir de verdadeiro pleito antecipatório da pena que eventualmente será aplicada e meio “apto” a entregar à sociedade a satisfação punitiva que anseia quando da ocorrência de um delito.

Sendo assim, analisaremos a questão no sentido do cabimento dessas medidas, observados seus pressupostos e fundamentos, bem como seu caráter subsidiário para com a prisão preventiva.

1.2 Prisão Provisória: Prisão Preventiva, Prisão em Flagrante e Prisão Temporária

A prisão é o resultado proferido pela justiça de que o indivíduo cometeu um crime e deverá responder pelos seus atos diante da sociedade por meio da restrição da sua liberdade.

Quando se trata de uma prisão proveniente de uma sentença condenatória, que já transitou em julgado, onde foi imposta uma pena restritiva de liberdade, diz-se que essa é uma prisão penal. No entanto, para que ela ocorra, deve-se passar pelo devido processo penal, respeitando todas as suas garantias.

Por isso, considera-se que a prisão cautelar seja caracterizada como uma providência em caráter de urgência, que visa prisão jurisdicional de forma mais

justa, em contribuição ao estado no processo penal. Pode ser em caráter temporário ou preventivo.

Segundo Norberto Avena⁹, algumas características podem ser identificadas em casos de prisão cautelar:

- 1) Jurisdicionalidade: devem ser impostas pelo Poder Judiciário, excetuando-se desta regra, apenas o disposto no art. 322 do CPP, que possibilita à autoridade policial arbitrar fiança nos crimes cuja a pena máxima não seja superior a quatro anos de prisão. Lembre-se que, na literalidade do art. 319, VIII, do CPP, a fiança possui natureza de medida cautelar;
- 2) Provisoriedade: Como se vê do art. 282, I, do CPP, norteia a aplicação das medidas cautelares a necessidade. Daí se infere que devem elas vigorar apenas enquanto perdurar a situação de urgência que justificou sua decretação. (...)
- 3) Revogabilidade: é característica coligada à provisoriedade, corporificando-se no art. 282, §5º, 1ª parte, do CPP, ao dispor que o juiz poderá revogar a medida cautelar quando verificar a falta de motivo que a subsista. (...)
- 4) Excepcionalidade: as medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. (...)
- 5) Substitutividade: esta característica decorre do art. 282, § 4º, 2ª parte, facultando ao juiz, no caso de descumprimento de medida cautelar imposta, substituí-la por outra. (...)
- 6) Estabelece o art. 282, § 1º que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Ainda sobre as características em casos de prisão cautelar, se pode descrever melhor algumas das situações apresentadas. No que diz respeito ao princípio da jurisdicionalidade, este se encontra descrito no art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, onde se descreve que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Desta maneira, a prisão cautelar, seja preventiva ou provisória, se fundamenta em uma decisão proveniente de um magistrado.

Com relação à provisoriedade, este encontra-se nos parágrafos 4º e 5º do art. 282 do CPP, partindo do pressuposto de que as prisões cautelares são provisionais, ou seja, estão ligadas à uma situação fática, e que caso essa situação não se fundamente, a prisão deverá ser revogada.

⁹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. Editora Método, São Paulo, 2013. P. 831-833

No que tange à excepcionalidade, considera-se que as medidas cautelares são utilizadas em situações de emergência, e que o prejuízo ao imputado é uma exceção, algo que foge da regra. Desta forma, a prisão preventiva é o último recurso a ser utilizado, considerada o ultimato final das modalidades cautelares.

Fundamenta-se no § 6º do artigo 282 do CPP¹⁰, onde se encontra:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

De acordo com Paulo Rangel¹¹, a prisão preventiva é caracterizada como uma medida de natureza cautelar que deve ser decretada pela autoridade competente, não podendo ser comparada com a sanção penal de sentença condenatória. A prisão preventiva é a sanção penal máxima existente antes do proferimento de sentença condenatória.

A prisão preventiva está embasada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, e prevê que esta não deve violar a garantia da presunção de inocência. É uma prisão de caráter cautelar, que tem por objetivo proteger o processo de investigação, limitando a ação do acusado durante o processo, não trazendo prejuízos à colheita de provas, que acabe intimidando testemunhas ou até mesmo que empreenda fuga. A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento do processo, inclusive na fase investigatória.

O Código de Processo Penal brasileiro, em seus art. 311 a 316 preveem que a decretação da prisão preventiva deverá ser por ofício de juiz, com requerimento por parte do Ministério Público ou do querelante, com a devida representação de autoridade policial competente. É necessário que haja prova de materialidade e indícios, o *fumus commissi delicti*.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 18 de outubro de 2018.

¹¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 613

Entende-se por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da ocorrência de um crime e que são encontrados indícios suficientes de autoria. Como diriam Luiz Flávio Gomes e Luís Ivan Marques¹², “é a fumaça da prática de um fato punível”. Consiste na consideração da prova, no limiar da ação penal, sendo entendida como existência de grande probabilidade de ocorrência do delito.

É um requisito cautelar próprio inerente ao Processo Penal. Alguns estudiosos da ciência do Direito o entendem como sendo “a fumaça do bom direito”, no entanto, Aury Lopes Júnior¹³ afirma que “como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese”!

Pelo supracitado, pode-se dizer que o processo penal é necessária cautela no reconhecimento da ocorrência do delito. O *Fumus Commissi Delicti* é um dos requisitos para que haja a imposição da prisão preventiva e das demais medidas cautelares alternativas, conforme escopo da lei 12.403/2011.

Caso esse requisito não esteja presente, não é possível a aplicação de medidas cautelares alternativas, nem mesmo a prisão preventiva. É preciso que se saiba que o *Fumus Commissi Delicti* não se separa do *Periculum Libertatis*, em caso de aplicação de medidas cautelares e prisão preventiva. Isto se deve ao risco que o agente, réu ou indiciado poderá oferecer caso permaneça em liberdade, tanto causando problemas à ordem pública quanto econômica, ou à conveniência da instrução criminal e à recorrente aplicação da lei penal.

A prisão em flagrante é realizada quando o indivíduo realiza infração criminosa e é apanhado no ato da prática do delito. Neste caso, o suspeito é levado à autoridade policial para registro do auto de prisão em flagrante.

Quando da ocorrência da infração criminosa, ao ser apresentado o suspeito à autoridade policial, este deverá fazer o registro do auto de prisão. Conforme as condições nas quais foi cometido o crime e efetuada a prisão, o delegado fará constar se a prisão foi em flagrante ou não.

¹² GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). *Prisão e Medidas cautelares*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit., p. 117

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.64

De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art.302¹⁴, encontra-se o enquadramento de prisão em flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Com base no disposto legal supracitado, a autoridade policial deverá realizar registro no auto de prisão que esta foi realizada em flagrante delito, para dar prosseguimento ao processo legal.

Com o advento da lei 12.403/11 houve uma renovação no que tange às prisões realizadas e aos respectivos autos de prisão. No referido texto legal, aborda-se a possibilidade de exclusão de ilicitude quando do ato de registro da prisão em flagrante delito.

A prisão temporária está descrita na lei 7.960/89¹⁵ e tem por objetivo auxiliar nas atividades investigativas. De acordo com o art. 1º da referida lei, pode-se dizer que:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso;
 - b) sequestro ou cárcere privado;
 - c) roubo;
 - d) extorsão;
 - e) extorsão mediante sequestro;
 - f) estupro;
 - g) atentado violento ao pudor;
 - h) rapto violento;
 - i) epidemia com resultado de morte;
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;

¹⁴ BRASIL. Decreto lei 2.848 de 07 de julho de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acessado em 19 de outubro de 2018.

¹⁵ BRASIL. Lei 7.960/89. Lei de Prisão Temporária. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/108968/lei-da-prisao-temporaria-lei-7960-89>. Acessado em 21 de outubro de 2018.

- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas;
- o) crimes contra o sistema financeiro;
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

De acordo com a legislação vigente, a prisão temporária só pode ser decretada por um juiz de Direito. Com relação ao pedido, é necessário que este seja realizado por meio de um delegado de polícia que presida o inquérito e participe das investigações. De acordo com a lei 7.960/89, a prisão temporária deverá ser decretada quando é imprescindível para a manutenção das investigações; em caso do indiciado não possuir residência fixa ou os elementos forem insuficientes para o esclarecimento de sua identidade e quando houver fundamentos suficientes da participação do indiciado.

1.3 Cautelares Pessoais Diversas de Prisão

No caso das medidas cautelares pessoais na fase de investigação, sua aplicação no caso concreto está embasada no art. 282, incisos I e II, já mencionados neste capítulo.

No caso da prisão em flagrante, desde obedecidas as razões que constam do art. 310, inciso II do CPP, algumas cautelares poderão ser de aplicabilidade atreladas à suspensão do processo. Caso necessário, poderá ser decretada liberdade provisória, do art. 310, parágrafo único, se assim forem cumpridos os requisitos:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – Relaxar a prisão ilegal; ou

II – Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação

Ainda há de se considerar que no período de investigação, é tarefa difícil pensar na imposição de uma prisão preventiva de maneira autônoma. Para os delitos que possuam pena mínima de 1 ano, já que nem sempre está presente o descrito no art. 313 do CPP.

Nos art. 319 e 320 são previstas medidas cautelares como comparecimento em juízo, proibição de acesso a determinado lugar, proibição de manter contato com determinada pessoa, proibição de se ausentar da comarca, recolhimento domiciliar no período da noite, internação provisória, fiança, monitoramento eletrônico e proibição de sair do país.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

A Constituição de República reputa como excepcional a prisão, é possível concluir que quando se está diante de uma situação criminosa que demande o acautelamento do poder punitivo do Estado, primeiro se deve analisar uma a uma as espécies de medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, para que, ao final, caso não se entenda pela adequação de uma dessas medidas se possa então chegar à decretação da prisão.

É importante destacar que é possível a aplicação da prisão preventiva ou mesmo das medidas cautelares diversas da prisão, contudo, é preciso respeitar em primeiro lugar a presunção de não culpabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a orientarem a adequada e necessária cautelaridade processual.

2. A APLICAÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O capítulo que aqui está descrito aborda as questões relacionadas à aplicação da condução coercitiva, dentro do Código de Processo Penal brasileiro, sendo assim necessária, a descrição de diversos aspectos relacionados ao tema, como: conceito, natureza jurídica, competência, dentre outros assuntos.

2.1 Mandado de Condução Coercitiva: Conceito, Natureza Jurídica e Aspectos Históricos

A condução coercitiva pode ser compreendida como um instituto processual presente no Título VII, “Da Prova”, capítulo VI, “Das testemunhas”, que constam no art. 218 do Código de Processo Penal, onde se encontra:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Com base nos artigos apresentados, pode-se extrair o conceito do que é a condução coercitiva, conforme descrito pelo Desembargador Cândido Ribeiro:

É um instrumento de restrição temporária da liberdade conferido à autoridade judicial para fazer comparecer aquele que injustificadamente desatendeu à intimação e cuja presença seja essencial para o curso da persecução penal, seja na fase do inquérito policial, seja na da ação penal. (Desembargador Cândido Ribeiro MEDIDA CAUTELAR CRIMINAL (BusApr) 0042276-27.2013.4.01.0000/DF. G. N.)

Luiz Flávio Gomes descreve alguns requisitos indispensáveis para o instituto da condução coercitiva, que são:

- Intimação/comunicação regular para comparecimento ao ato
- Recusa injustificada de quem foi intimado e não compareceu ao ato.

No que tange à lei e à sua recorrente interpretação, não deixando de lado a doutrina e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode-se encontrar no HC 80530-MC/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.11.2000; HC 114.806-MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.8.2012; HC 99.893MCextensão-segunda/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 27.8.2009; HC 83.757MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 25.11.2003, as determinações sobre a condução coercitiva de maneira clara e certa.

É importante salientar que se vive em uma sociedade civilizada, não sendo tolerado comportamentos brutais, nem mesmo por parte da autoridade policial. Existe legislação pertinente que orienta com relação à abordagem e condução, com a utilização da força necessária, mesmo que de maneira coercitiva.

2.2 Previsão legal da condução coercitiva e Previsão Legal para Expedição do mandado

O mandado de condução coercitiva emana de uma autoridade com atribuição legal suficiente para impetrá-lo. Sua previsão pode ser percebida nos artigos 201, parágrafo 1º, 218, 260 e 278 do Código de Processo Penal, observando quem é o sujeito passivo da medida.

Vale ressaltar aqui o primeiro ponto do mandado de condução coercitiva, que consta do Código de Processo Penal¹⁶, art. 201, parágrafo 1º, que diz:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acessado em 30 de outubro de 2018.

Contudo, o que se percebe é que no citado texto legal não consta qual autoridade deverá realizar a condução. Por sua vez, o art. 218 do CPP¹⁷ traz a regulamentação, que diz:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

O que se percebe no art. 260 do CPP, aquele que é passivo da medida cautelar é o acusado, o que acarreta diversos questionamentos, com base no princípio da autoincriminação, que pode ser visualizado tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Pacto de San José da Costa Rica.

Por sua vez, o art. 260 do CPP¹⁸ prevê: “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”.

De acordo com Aldo Ribeiro Britto¹⁹, a condução coercitiva conduzida pela autoridade policial é possível, mas deve obedecer determinadas regras:

Restringe-se às hipóteses de inquéritos policiais que apurem fatos passíveis de configurar crimes objeto de ação penal pública incondicionada ou condicionada, desde que nesta última hipótese tenha sido procedida tempestiva representação. Desta forma, nos inquéritos que versem sobre crimes objeto de ação penal privada, ainda que tenha se exercido o direito de queixa, a admissão de condução coercitiva forçosamente caracterizaria constrangimento ilegal, já que o art. 57 do CPP admite, de maneira ampla, o reconhecimento da renúncia e perdão tácitos durante a respectiva persecução criminal, militando em favor da caracterização da primeira o desatendimento imotivado de intimação para comparecimento perante a autoridade policial por parte do ofendido.

Contudo, Távora e Alencar²⁰ tem um posicionamento contrário sobre tal instituto, quando diz que a condução coercitiva é uma modalidade de prisão cautelar de curta duração, que tem como finalidade a garantia de produção de prova. Em caso de testemunha que seja conduzida coercitivamente, existe a

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem, ibdem.

¹⁹ BRITTO, Aldo Ribeiro. **Particularidades da condução coercitiva no inquérito policial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012.

²⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

possibilidade de ser algemada e conduzida em viatura policial, ficando “detida” até ser ouvida. Neste caso, a ordem deve ser escrita e fundamentada por magistrado competente.

Conforme o art. 8º, inciso I da Lei Orgânica do Ministério Público da União, lei complementar 75 de 1993, é permitido aos promotores e procuradores realizar a notificação de testemunhas e requerer a condução coercitiva em caso de ausência sem justificativa.

Em outro ponto aparecem os dizeres de Rangel²¹, que destaca que “uma vez preenchidos os requisitos autorizadores, incumbe ao juiz o poder-dever de conceder a medida cautelar atípica, materializando o seu poder geral de cautela, sob pena de atentar contra o dever de prestação de tutela jurisdicional adequada”.

Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara²² apresenta seu posicionamento, dizendo:

(...) não tem o juiz qualquer margem de liberdade na escolha da medida cautelar que irá determinar, o que se deve a dois fatores: a uma, a medida a ser deferida deve ser a que se revele adequada, no caso concreto, para assegurar a efetividade do processo principal; a duas, por estar o juiz limitado pelo pedido do demandante, não podendo conceder providência diversa daquela que foi pleiteada. Isso nos leva, aliás, a afirmar que ao poder geral de cautela corresponde um direito genérico à tutela cautelar. Cabe à parte demandante pleitear, quando lhe parecer adequado, a concessão da medida cautelar que não esteja prevista especificamente no ordenamento positivo, tendo o juiz que verificar se a pretensão ali manifestada é procedente ou improcedente.

O que se percebe é que de acordo com o legislador, não há especificação de quem é a autoridade legal que determinará a condução coercitiva. Sabe-se que somente o juiz poderá decretar a condução, sendo este sujeito ativo na fase processual. No entanto, não há impedimento de que o delegado de polícia se valha deste procedimento durante o período de investigação criminal.

²¹ RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Comentários ao poder geral de cautela no processo civil: anotações introdutórias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Volume III*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P.52

2.3 Princípios da Não Culpabilidade, da Presunção de Inocência e da Liberdade de Locomoção

De modo geral, os princípios são os alicerces que fundamentam uma legislação no ordenamento jurídico, podendo estar positivados ou implícitos, atrelados a uma decisão lógica, que deverão ser observados pelo legislador, aplicador e intérprete da lei. Os princípios abordados a seguir têm ligação direta com o instituto do mandado de condução coercitiva, uma vez que o referido instituto pode ferir esses princípios, se não respeitado a sua previsão legal em relação ao acusado, conforme preceitua o artigo 260 do Código de Processo Penal, com a existência de prévia notificação do acusado.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Princípio jurídico, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.²³

Além de servir de base para formulação de outras normas, serve como referência para dirimir problemas em função da desarmonia do ordenamento, além de orientar a interpretação da aplicação de normas, serve como meio supletivo em função da falta de norma, regular a estrutura organizacional do Estado e projetar as leis sobre a sociedade.

Sua previsão está tanto no Código de Processo Penal quanto na Constituição Federal de 1988, sendo que alguns destes princípios são objetos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais no que tange aos benefícios e consequências de sua aplicabilidade.

Os princípios processuais penais são: princípio do devido processo legal; princípio da presunção de inocência; princípio do juiz natural; princípio da

²³ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.665.

legalidade da prisão; princípio da publicidade; princípio da verdade real; princípio do livre convencimento; princípio da oficialidade; princípio da disponibilidade; princípio da oportunidade; princípio da indisponibilidade; princípio da legalidade.

Para que os princípios processuais penais sejam aplicados de maneira adequada é preciso que o operador do direito possua conhecimento sobre as peculiaridades e efeitos de cada princípio e da sua interligação, para que assim se possua uma visão ampla sobre eles, de forma que a justiça seja alcançada, de forma efetiva, para que não existam arbitrariedades em casos concretos.

Por isso é preciso considerar a relevância do tema, além dos seus efeitos potenciais não somente para o agente, mas também para a aplicação dos princípios do Direito Processual Penal e como essas questões refletem no meio social.

A Constituição Federal de 1988 prevê a garantia do Princípio da Presunção da Inocência declarando em seu art. 5º, inciso²⁴, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado da sentença penal condenatória”. Nestes termos, compreende-se que o acusado de um crime não pode ser imputado culpa de forma imediata sem que haja o devido processo legal e que seja proferida sentença penal condenatória.

De acordo com o Pacto de San José da Costa Rica²⁵ estabelecido em 1969, tendo o Brasil como signatário, também traz a garantia desse princípio:

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X - 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.

Artigo XI:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 09 de agosto de 2018.

²⁵ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). In: Ministério da Justiça do Brasil – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm. Acessado em 10 de agosto de 2018.

2.Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Percebe-se que esta garantia é presente não somente na legislação brasileira, mas em dispositivos internacionais aos quais o Brasil é signatário, sendo assim resguardado em casos de prisão e processos tanto no território nacional quanto internacional.

Tratando do princípio da presunção de inocência, que encontra-se gravado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII²⁶: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sobre a aplicação da presunção de inocência, que no processo penal se identifica como *in dubio pro reo*, Marcos Alexandre Coelho Zilli²⁷ sustenta que: “A acepção probatória da presunção de inocência que toca profundamente a temática da iniciativa instrutória, [...] o discurso doutrinário é uníssono ao reconhecer como imperativa a absolvição na hipótese de persistência de dúvida na mente do julgador”.

O direito à liberdade é tutelado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, caput, constando como direitos e garantias fundamentais. Não é possível que se permita que este princípio seja ferido, pois não há como condenar alguém sem o devido julgamento legal e com sentença penal proferida. No entanto, ocorre comumente que a mídia exponha em demasia um acusado e este acabe sendo condenado pela sociedade sem que haja por parte dele direito de defesa.

Segundo Aury Lopes Junior²⁸:

(...) a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 09 de outubro de 2018.

²⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 132.

²⁸ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 778

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência pode ser violado por influência da mídia pela veiculação exacerbada de notícia deixando a entender que o acusado possui culpa, fazendo com que a sociedade o incrimine, e mesmo que seja provada sua inocência, os danos à sua dignidade e sua honra são irreparáveis.

Antes de ser considerada a pessoa culpada ela não pode receber nenhum tratamento desumano, caso contrário não teria nenhum sentido a existência de proteção dos direitos fundamentais, que são elementos intrínsecos a própria dignidade de qualquer ser humano. Esses valores são elementos da própria vida, imanescentes ao indivíduo que vai propiciar o progresso da pessoa na família, na sociedade no trabalho e por toda a sua existência.

Os princípios são dotados de elasticidade para que possam atingir sua finalidade maior, proporcionando uma aplicação adequada da norma através da analogia. O legislador quando vota a lei, pode deixar de abranger uma disposição que regule especialmente determinada matéria e pode ocorrer que depois de iniciada a vigência da lei, é possível que pela complexidade do convívio social sugira situações não previstas. Surge assim a analogia como subsidio certo, preenchendo o que faltou na norma para resolver o problema não diretamente referido.²⁹

Nesse entendimento Norberto Bobbio destaca que:

O raciocínio por analogia é um tipo de raciocínio bem conhecido pela lógica. (...). Ainda em sua explicação acrescenta que: “Esse raciocínio é um instrumento fundamental da jurisprudência e é reconhecido explícita ou implicitamente por todos os ordenamentos”.³⁰ Inclusive reconhecido na Lei de introdução ao Código Civil em seu art. 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³¹.

²⁹ Declaração Universal dos direitos Humanos. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm acesso em 09 de outubro de 2018.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 216.

³¹ Vade Mecum. **Lei de Introdução ao Código Civil n.4657 de 04 de setembro de 1942**. São Paulo, Saraiva, 2007.

Atualmente se defende que não há um valor maior do que o da pessoa humana, a primazia do coletivo não pode superar ao valor da pessoa humana. Neste sentido o princípio em questão é considerado absoluto. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância que as regras não têm. Os princípios são normas que determinam que algo seja realizado dentro das possibilidades reais jurídicas existentes.

O princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade também está alicerçado no art. 5º, Inciso LVII da Constituição Federal de 1988, onde consta de que ninguém poderá ser considerado culpado sem sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado.

Devido a este princípio, é preciso que se estabeleça todo um sistema acusatório por parte de um órgão público com o objetivo de alegar e provar os fatos criminais e a culpa do réu. No entanto, em decisão recente, o STF tem entendido que há possibilidade de prisão caso o réu já tenha recebido sentença em segundo grau, e poderá ser recolhido enquanto espera tramitação de recurso.

Há de se considerar a supremacia da Constituição, e por isso a necessidade de se preservar seus princípios, conforme afirmado por Luís Roberto Barroso³²:

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados. Cabe indagar: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente? O domínio adequado desses conceitos e a uniformização da terminologia, nem que seja por mera convenção, ajudam a superar dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real.

Nenhum direito constitucional é absoluto, mas não poderá o agente imbuído de autoridade cercear o direito de locomoção do indivíduo de maneira que não haja uma justificativa jurídica para isso. Não pode o agente público, por exemplo, após procedida a busca pessoal e nada de ilícito ter sido encontrado manter a pessoa no local da busca injustificadamente, sem um motivo legal para isso.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p.24.

Os ensinamentos de Fernando Capez³³ confirmam isso:

Qualquer conduta realizada por autoridade, no exercício de função pública, que atente contra a liberdade do indivíduo de ir, vir e permanecer, e não se enquadre nas hipóteses legais autorizadas da restrição, configura crime de abuso de autoridade. Aliás a liberdade de locomoção é assegurada pelo art. 5º, XV, da CF, o qual prevê que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com os seus bens.

Analisando os dizeres de Luiz Flávio Gomes³⁴, a garantia da não autoincriminação determina que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, quer seja indiciado, acusado ou testemunha. Independentemente de qualquer autoridade, o indivíduo não é obrigado a fornecer voluntariamente elementos que possa incriminá-lo direta ou indiretamente.

Sabe-se que é da natureza do ser humano não se incriminar, lutar pela sua liberdade (inclusive pela fuga), defender-se de agressão injusta etc. Tudo deriva do instinto de conservação (da preservação da existência ou da liberdade etc.). O direito não pode remar contra a natureza. Como se vê, o direito de não autoincriminação tem fundamento natural (instinto de preservação ou de autopreservação). O suspeito ou indiciado ou acusado pode até contribuir para a produção de uma prova incriminatória, mas isso fará se quiser. Obrigado ele não é, mesmo porque ele é presumido inocente.

2.4 Poder Geral de Cautela do juiz criminal

O sistema cautelar brasileiro possuía um déficit gigantesco com relação à sua estrutura, pois eram possíveis somente a prisão cautelar e a liberdade provisória. No entanto, com o advento da lei 12.403 de 2011, algumas alterações foram acrescentadas.

Eram muitas as decisões que imputavam ao acusado ou testemunha medidas diversas de prisão sem que houvesse previsão legal sobre elas. Eram

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2012

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

consideradas medidas como recolhimento do passaporte e restrição de locomoção sem autorização judicial, configurando o chamado “poder geral de cautela”.

Neste sentido, sobre o poder geral de cautela, Brasileiro de Lima³⁵ afirma:

É um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal.

Contudo, na condução coercitiva como medida cautelar autônoma, utiliza-se como fundamentação o instituto do “poder geral de cautela”, pertencente ao Processo Civil. De fato, o artigo 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1941). Todavia, veda-se a analogia *in mala partem* no Processo Penal, que é o que acontece no caso da condução compulsória do acusado. Se somente a lei pode criar medidas restritivas, não se mostra plausível que estas sejam concebidas por analogia ao processo civil, ramo distinto do Direito Processual.

³⁵ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador. Editora JusPodivm. 2017. p. 765.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Busca-se analisar nesta pesquisa as questões inerentes à inconstitucionalidade da condução coercitiva. Desta forma, analisa-se, em um primeiro momento, o conceito de inconstitucionalidade a condução coercitiva, conforme se segue.

3.1 Inconstitucionalidade

O ordenamento jurídico pátrio é composto de diversas categorias normativas, haja vista a necessidade de uma condição hierárquica para as normas, visando uma segurança para o sistema legal nacional, para que assim, seja mais fácil saber a qual norma se deve obedecer.

Ao ser concebida como ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade, a Carta Política do Estado externa-se com posição de supremacia, encontrando-se nela, além de normas, uma ordem de valores, que se expressa no conteúdo de direito que não pode ser desatendido pelas normas ditas infraconstitucionais. Representa ela, pois, a expressão do acordo de vontades políticas desenvolvida numa democracia, que viabiliza a concretização das pretensões sociais de determinado grupo, indo além daquilo que diz respeito aos seres humanos, abrangendo inúmeros fatores que influenciam na construção de um espaço digno, a exemplo do meio ambiente, espaço urbano, bem como preocupação com a manutenção de desenvolvimento para gerações futuras³⁶.

Se por algum motivo essa hierarquia não é respeitada, se fica frente a um colapso jurídico, não observando o objeto primeiro de regência daquilo que compõe cada norma.

Para obviar esse mal é que a ciência do direito constitucional, em boa hora, municiou o jurista com o princípio segundo o qual a norma legal só tem eficácia, na medida em que não arrosta qualquer norma integrante da constelação constitucional. Por essa breve síntese já se permite, por lógica concluir que existe um verdadeiro primado da norma constitucional sobre as demais normas integrantes do sistema positivo reinante nos países democratas³⁷.

³⁶ GUEDES, Igor Gadelha. Sistemas e Tipos de Controle de Constitucionalidade. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24299/sistemas-e-tipos-de-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 09 de setembro de 2018.

³⁷ LACERDA, Belizário Antônio de. Inconstitucionalidade ou Ilegalidade do Ato Administrativo Normativo? Disponível em: <http://www.angelfire.com/mt/belizario/artigo1.html>. Acessado em 11 de setembro de 2018.

Conforme a própria etimologia da palavra traduz, inconstitucional é toda norma ou ato normativo que vai de encontro às normas constitucionais, ou seja, que preconiza algo contrário já descrito anteriormente pela Constituição.

É preciso compreender que a colisão da Constituição com a norma ou ato normativo deve ser de caráter material, ou seja, a "contraditio" entre elas.

Neste sentido, Jorge Miranda preleciona que constitucionalidade e inconstitucionalidade devem designar conceitos de relação, ou seja, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido³⁸”.

No ordenamento jurídico do Brasil são considerados duas espécies de controle constitucional: da lei e dos atos normativos. Quando se refere à lei, que é chamado de controle difuso, considera-se o caso da lei aplicada no caso concreto, como forma de controle concentrado.

Com base no sistema jurídico hierarquizado de normas que tanto as leis como os atos normativos subconstitucionais devem, de uma maneira ou de outra, servirem à Constituição.

Quando se vislumbra vícios relativos à formalidade, é mister compreender que estes afetam o ato normativo sem, contudo, atingir seu conteúdo, já que se referem aos procedimentos e pressupostos inerentes às feições que formam a lei.

É possível compreender essa afirmação a partir dos dizeres de Paulo Bonavides³⁹ sobre o controle formal:

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado. (2003, p. 297).

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001. p.273-274.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p.297.

Portanto, pode-se compreender a inconstitucionalidade formal como o desrespeito à forma de como a norma deve ser constituída, conforme consta da Constituição Federal, art. 59 a 65 do Processo Legislativo.

Ainda sobre a inconstitucionalidade formal, encontra-se:

(...) o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos das Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88 (...). Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional. (...) por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei complementar sendo votada por um quorum de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta⁴⁰.

Diante do exposto, compreende-se que a inconstitucionalidade formal nada mais é do que um erro na observância da competência ou nas regras relativa ao processo definido na Constituição.

No que tange aos vícios materiais, em contraposição aos vícios formais, estes estão ligados ao diretamente ao mérito do ato, no que se refere a conflitos de regras e princípios na Carta Magna.

Luís Roberto Barroso leciona que:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas⁴¹.”.

Com vistas ao supracitado, no que tange à inconstitucionalidade material, pode-se compreender que esta se dá quando a norma vai contra a matéria

⁴⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p.232.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.p.29.

explícita na Constituição ou contra o as vertentes do princípio da proporcionalidade.

Quando da edição das normas constitucionais é que se fará a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. Caso uma norma legal se origine depois da Constituição e com ela é incompatível, desenha-se um caso de inconstitucionalidade.

Caso a contradição se der entre norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, questiona-se se o caso seria de inconstitucionalidade ou de simples revogação.

Há também o caso em que a norma é elaborada com os parâmetros da Constituição da época, mas mesmo assim, pode ser considerada incompatível, em decorrência de mudanças fáticas ou de interpretação constitucional.

Esse tipo de discussão tem enorme relevância prática, já que, dependendo do modelo adotado, tratando-se de mera revogação da lei anterior, qualquer órgão jurisdicional terá competência para apreciá-la; no entanto, tratando-se de inconstitucionalidade, a atribuição para manifestar acerca da questão será dos órgãos jurisdicionais competentes⁴².

A partir da Constituição de 1988, passou-se a discutir na Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob redação do Ministro Paulo Brossard, da seguinte maneira:

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração. Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra⁴³.

⁴² MAMEDE, Mateus Lúcio. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, proteção das diretrizes constitucionais e os tipos de inconstitucionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11234

⁴³ BROSSARD, Paulo apud MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Isto posto, compreende-se que as normas elaboradas por entes federativos e municípios só devem manter seus pressupostos de acordo com a Constituição que estiver em vigência, pois são elaboradas a tempo dela. Os aspectos de revogação da norma referem-se somente a aspectos materiais.

Nesse sentido ressalta José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁴ que:

A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos atos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração.

Nessa mesma linha de pensamento, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

Essa inconstitucionalidade superveniente há de referir-se precisamente à contradição dos princípios materiais da Constituição, e, não, às regras formais da elaboração das leis que a Constituição estabelece no momento presente⁴⁵.

Pelo supracitado, a inconstitucionalidade pode se caracterizar diante de significativa alteração das relações fáticas. Isto posto, uma norma que não era considerada como inconstitucional à época em que foi editada, pode tornar-se, devido às mudanças, passível de reprovação no ordenamento jurídico, ocorrendo, assim, o processo de inconstitucionalização.

Outro ponto de discussão é com relação à mutação constitucional devido à uma nova interpretação dada à Constituição. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁴⁶ traz à luz do seu pensamento:

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução da jurisprudência e, especialmente, a possível mutação constitucional, decorrente de uma nova interpretação da Constituição. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, sobretudo, do processo constitucional.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001. pag.1180.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁶ Idem.

Por tudo que foi aqui descrito, pode-se dizer que as alterações das relações práticas podem influenciar diretamente o sentido da norma desenhada pelo constituinte e, devido a isto, uma norma que era anteriormente considerada constitucional no seu todo – tanto material quanto formal – passa a ser inconstitucional por não ser mais suficiente para disciplinar. No âmbito da condução coercitiva como medida cautelar autônoma, podemos concluir que ela é inconstitucional, uma vez que desrespeita o dispositivo do artigo 260 do CPP, que exige prévia notificação, restringindo a liberdade de locomoção do indivíduo (princípio constitucional), sem expressa previsão legal.

3.2 Condução Coercitiva sem prévia notificação X Direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação

Partindo dos conceitos previamente apresentados, como a condução coercitiva e o poder geral de cautela dentro do processo civil e no processo penal, busca-se analisar a questão da inconstitucionalidade da condução coercitiva com base nessas informações.

O Supremo Tribunal Federal, dentro do texto do ADPF 444 apresentou a discussão sobre a condução coercitiva de indivíduo para prestar esclarecimentos junto à autoridade policial, reconhecendo a desnecessidade de decretação por autoridade judicial, conforme relatado pelo Ministro Gilmar Mendes⁴⁷:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, não conheceu do agravo interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a liminar concedida e 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, 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. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 107644/SP**. Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 06/09/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-444-conducao-coercitiva.pdf>

voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018.

De acordo com o supramencionado, o artigo 260 do CPP não é recepcionado pela Constituição. Contudo, a legislação e a doutrina não têm o mesmo posicionamento. Os argumentos apresentados nesta pesquisa é que sem previsão legal, conforme artigo 260, não é possível a condução coercitiva.

De acordo com Távora e Alencar⁴⁸, o Direito Processual Penal, é indispensável a consideração do princípio da legalidade, ou seja, é preciso observar os preceitos legais para que não haja violação dos direitos e garantias fundamentais. Alguns dispositivos do Código de Processo Penal preveem a condução coercitiva, contudo, nenhum desses dispositivos aborda a condução do acusado.

Greco Filho⁴⁹ afirma que não é admissível a adoção de medidas que tenham por objetivo a restrição de direitos sem o devido fundamento legal, como é o caso de algumas aplicações da condução coercitiva. O princípio da legalidade tem por função restringir a ação do Estado quanto ao cerceamento dos direitos dos cidadãos, não podendo serem punidos sem que haja lei que preveja tal situação, conseguindo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Outro princípio a ser destacado nesta questão é com relação ao princípio da autoincriminação ou direito ao silêncio. Como já discutido em outro momento neste estudo, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, dando ao investigado, o direito de permanecer em silêncio para que não diga algo que possa lhe prejudicar. Esse princípio tem íntima ligação com o princípio de presunção de inocência, que conforme Távora e Alencar apresentam: “associada ao *nemo tenetur se detegere*, a presunção de inocência aprofunda a desigualdade no processo, facultando ao imputado ocultar as informações de

⁴⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. P.867

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 3. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

que se valerá em sua defesa e compelindo a acusação a dar-lhe acesso a tudo quanto pretenda ele usar.”⁵⁰

Paceli⁵¹ destaca que o acusado tem por direito, garantido pelos princípios da não incriminação e da legalidade, de não prestar esclarecimentos quando perceber que responder às perguntas feitas pela autoridade policial ou pelo juiz, podem comprometer o andamento do processo e lhe causar algum tipo de prejuízo.

Alguns estudiosos do Direito defendem a condução coercitiva, mesmo sem decretação judicial, desde que o acusado não seja obrigado a produzir provas contra si mesmo, respeitando o princípio da não autoincriminação, conforme citado por Oliveira Júnior⁵²:

Mas, na realidade, consoante a interpretação mais condizente com a Lei Maior e o Código de Processo Penal, o suspeito pode ser conduzido, porém não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e exercer na sua forma mais ampla direito ao silêncio. Um dos efeitos consiste na recusa em responder às perguntas que possam incriminá-lo, pois o seu silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da sua defesa, embora contrariamente regulamenta o Código de Processo Penal, no artigo 186. Mas, como faz parte de um processo investigatório, o suspeito, se convocado para tanto e não comparecer, deve sim ser conduzido perante a autoridade, assim como a testemunha e vítima. Cumprida a exigência de comparecimento coercitivo, se o investigado quiser poderá fazer uso do direito ao silêncio, respondendo parcialmente às perguntas feitas pela autoridade, ou calando-se diante de todas elas.

Contudo, não desprezando os entendimentos apresentados, destaca-se que a condução possui constitucionalidade, e conseqüentemente legalidade, para a testemunha ou para a vítima, mas é uma forma de intimidação e coação do acusado. Este tem o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Levando-se em consideração tais princípios, encontram-se os dizeres de Aury Lopes Júnior, que discute a ilegalidade e inconstitucionalidade da condução coercitiva do acusado:

⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. P.79

⁵¹ PACCELI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 374.

⁵² OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **A finalidade da condução coercitiva na fase policial**. Publicado em 17/10/2014. Disponível em: <http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/141999338/a-finalidade-da-conducao-coercitiva-na-fase-...>

Me parece que querem ressuscitar a prisão para averiguações/declarações, que não existe mais. Repare que o CPP fala na condução coercitiva para vítima e testemunha, nunca para o imputado. Ele tem o direito de silêncio e, por isso, mesmo que fosse conduzido (ilegalmente a meu ver), esvaziaria a medida. Sem falar, que ela exala cheiro de cultura inquisitória medieval, de prender para torturar (ou fazer pressão psicológica) e obter a confissão, vista -lá na idade média- como “rainha das provas”.

Compreende-se, de acordo com o apresentado pelo referido autor, que a condução coercitiva expõe de maneira vexatória o acusado, trazendo alvoroço e perturbação da sua vida. Sua imagem fica maculada, sem que haja cumprimento do devido processo legal, agindo de maneira inconstitucional, ao conduzir o acusado sem mandado para tal. Neste caso, o acusado poderá manter-se em silêncio, sem necessidade de responder as perguntas e se autoincriminar.

Analisando as hipóteses legais, Távora e Alencar afirmam que a condução coercitiva não poderá ser efetivada sem que haja notificação prévia, incorrendo em violação dos princípios já mencionados. Desta forma, para que o acusado compareça, deve haver notificação judicial.

A pessoa deve contribuir positivamente para o andamento do processo, mas não deve ser surpreendido ou coagido a fazê-lo, sendo constrangido ou exposto publicamente, pois a legislação pátria, especificamente no Código de Processo Penal, exige a intimação como requisito indispensável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua atuação no desenvolvimento de sua função, o policial precisa seguir preceitos éticos, morais, as determinações da corporação e a legislação pátria, se assim quiser ser amparado por ela.

Muitas das vezes, faz-se necessário que o policial conduza testemunhas, vítimas ou suspeitos até a presença do delegado de polícia ou do magistrado, para prestar esclarecimentos. Contudo, nem sempre essa função é simples de ser desempenhada.

O emprego de métodos que conduzam suspeitos de forma coercitiva, em determinados momentos, se faz necessário. Mas nessa empreitada, surgem questionamentos de diversos doutrinadores sobre a legalidade dessa medida, se é uma alternativa constitucional e se não fere alguns princípios do ordenamento jurídico pátrio.

O que se observou no desenvolvimento desta pesquisa é que a condução coercitiva, enquanto medida adversa à prisão, sendo o acusado previamente notificado, é constitucional, pois não impede que o indivíduo exerça seu direito ao silêncio e à autoincriminação.

Considera-se a constitucionalidade da condução coercitiva à partir do momento em que não há dano à integridade física do indivíduo, sua moral e este não seja obrigado a responder perguntas que possam produzir provas contra si.

A condução a força só seria constitucional depois de uma negativa anterior do acusado, previamente notificado. Caso a condução coercitiva ocorra sem prévia notificação, estaria ferindo os princípios da liberdade de locomoção, da presunção de inocência e o da não autoincriminação. A constituição prevê o direito ao silêncio (o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo) , porém a própria constituição não estabelece cláusula para que o acusado escolha quais atos deve participar, sendo legal a condução conforme preceitua o artigo 260 do CPP.

A condução coercitiva como medida cautelar autônoma, sem previa intimação, conforme já exposto no trabalho, fundamentada no poder geral de cautela não é legal, uma vez que utiliza-se a interpretação extensiva desse

instituto no Novo Código de Processo Civil, contudo essa interpretação analógica é prejudicial ao acusado, sendo vedada a analogia in malam partem no Processo Penal.

Outra justificativa para utilização da condução coercitiva sem prévia intimação e notificação seria que ela é uma medida cautelar autônoma diversa de prisão, contudo ela não está prevista no rol das medidas cautelares diversas de prisão no artigo 319 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. Editora Método, São Paulo, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p.24.

BOBBIO, Norbeto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 18 de outubro de 2018.

BRASIL. Decreto lei 2.848 de 07 de julho de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 19 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei 7.960/89. Lei de Prisão Temporária. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/108968/lei-da-prisao-temporaria-lei-7960-89>. Acessado em 21 de outubro de 2018.

BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acessado em 30 de outubro de 2018.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador. Editora JusPodivm. 2017.

BRITTO, Aldo Ribeiro. **Particularidades da condução coercitiva no inquérito policial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Volume III*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P.52

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2012

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). In: Ministério da Justiça do Brasil – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos

Humanos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm>. Acessado em 10 de julho de 2018.

Declaração Universal dos direitos Humanos. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm acesso em 09 de outubro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). **Prisão e Medidas cautelares**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 de setembro de. 2018.

GUEDES, Igor Gadelha. Sistemas e Tipos de Controle de Constitucionalidade. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24299/sistemas-e-tipos-de-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 19 de outubro de 2018.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 775

LACERDA, Belizário Antônio de. Inconstitucionalidade ou Ilegalidade do Ato Administrativo Normativo? Disponível em: <http://www.angelfire.com/mt/belizario/artigo1.html>. Acessado em 19 de outubro de 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES. Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista da EMERJ 13.52. 2010. p.200.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Comentários ao poder geral de cautela no processo civil: anotações introdutórias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 132.