

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

THAIS CRISTINA DE AQUINO GERMANO

**CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO NO PROCESSO PENAL:
UMA ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIDA E OS
LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS**

UBERLÂNDIA

2018

THAIS CRISTINA DE AQUINO GERMANO

**CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO NO PROCESSO PENAL:
UMA ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIDA E OS
LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Simone Silva Prudêncio.

UBERLÂNDIA

2018

THAIS CRISTINA DE AQUINO GERMANO

**CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO NO PROCESSO PENAL:
UMA ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIDA E OS
LIMITES DA PRODUÇÃO DE PROVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Simone Silva Prudêncio.

Uberlândia, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Professora Doutora Simone Silva Prudêncio

Professora Mestra Flávia Rios Naves

Aos meus pais, Elder e Roseane.
À minha avó paterna, Tércia, *in memoriam*.
Ao meu avô materno, Joatas.

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros e afetuosos agradecimentos:

A Deus por me conduzir sempre conforme a Sua vontade;

À Maria Santíssima, que sempre esteve à frente de cada passo meu;

Ao Elder e à Roseane, por me ensinarem a amar incondicionalmente a família; por serem meus exemplos de força e dedicação; e por fazerem de meus sonhos os seus e de meus objetivos sua própria luta;

Ao Rafael e à Natainy que, mesmo quando estiveram longe, se mantiveram ao meu lado, torceram por mim e me apoiaram;

Ao Tulio, por todo o incentivo, carinho e companheirismo durante a elaboração desse trabalho e por todo o amor durante nossa caminhada juntos;

Aos meus avós, Tércia, *in memoriam*, e Joatas, que são meus exemplos de sabedoria e perseverança;

Aos familiares, em especial meus tios e tias, que sempre me incentivaram a ir cada vez mais longe, se alegraram e comemoraram comigo a cada conquista;

À Vanessa e ao Alam, por serem exemplos de profissionais e me ensinarem a ter amor pela profissão e pelo universo do Direito Penal;

Aos meus amigos, pela compreensão durante toda a minha jornada acadêmica;

A todos os meus professores, desde o ensino fundamental até a graduação, por contribuírem para a minha formação acadêmica e, principalmente, humana;

À Simone, pela orientação e, em especial, por fazer com que meus olhos brilhassem para o Processo Penal;

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram de alguma forma na elaboração da presente obra.

Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.

(Cecília Meireles)

RESUMO

O presente estudo teve por escopo demonstrar a necessidade da condução coercitiva do investigado no curso da persecução penal. A crescente onda de operações policiais realizadas com o objetivo de combater o crime organizado, tem utilizado cada vez mais mecanismos diversos dos previstos em lei, com o objetivo de garantir maior celeridade e efetividade da tutela jurisdicional. Dessa forma, as conduções coercitivas têm sido determinadas com maior frequência, o que gerou uma visibilidade nunca antes dispensada ao instituto. Tanto é que a condução é prevista no Código de Processo Penal desde a sua publicação, em 1941 e nunca foi objeto de divergência doutrinária. Atualmente, no entanto, o instituto ganhou nova funcionalidade, uma vez que sua previsão é autorizada na legislação apenas durante o processo penal. Por analogia e em respeito ao princípio da proporcionalidade, passou a ser utilizado também durante a fase investigativa, através do exercício do poder geral de cautela, insito ao judiciário, com o escopo de garantir maior efetividade na tutela jurisdicional prestada pelo Estado, imputando ao investigado medida menos severa do que a prisão cautelar. Por esse motivo, a condução coercitiva possui natureza jurídica de medida cautelar pessoal alternativa à prisão e, uma vez que implica na liberdade de locomoção do indivíduo por algumas horas, apenas a autoridade judicial é competente para expedir o mandado. Com essa nova roupagem, o instituto vem chamando a atenção de doutrinadores e, em especial, da Suprema Corte, que julgou recentemente duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental relacionadas ao tema, conforme será exposto no decorrer da presente obra. Como método, utilizou-se o dedutivo e, como metodologia, optou-se por uma pesquisa essencialmente bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Condução coercitiva. Investigado. Medida cautelar. Poder geral de cautela. Princípio da proporcionalidade. Efetividade da tutela jurisdicional.

ABSTRACT

The present study aimed to demonstrate the need for coercive conduct of the investigated in the course of criminal prosecution. The growing wave of police operations carried out with the aim of combating organized crime, has increasingly used mechanisms several than those provided by law, with the objective of ensuring greater speed and effectiveness of judicial protection. In this way, the coercive conducts have been determined with more frequency, which has generated a visibility never before dispensed to the institute. So much so that conduct has been provided for in the Code of Criminal Procedure since its publication in 1941 and has never been the subject of doctrinal divergence. Currently, however, the institute has gained new functionality, once its prediction is authorized in legislation only during criminal proceedings. By analogy and in compliance with the principle of proportionality, it was also used during the investigative phase, through the exercise of the general power of caution, in the judiciary, with the scope of guaranteeing greater effectiveness in the judicial protection provided by the State, imputing to the investigated less severe measure than the precautionary prison. For this reason, coercive conduction has the legal nature of a personal precautionary measure alternative to imprisonment and, since it implies the individual's freedom of movement for a few hours, only the judicial authority is competent to issue the warrant. With this new style, the institute has been drawing the attention of doctrinaires and, in particular, of the Supreme Court, which has recently adjudicated two Arguments of Non-Compliance with Fundamental Precept related to the subject, as will be explained in the course of this work. As a method, the deductive was used and, as methodology, an essentially bibliographical and jurisprudential research was chosen.

Keywords: Coercive conduct. Investigated. Precautionary measure. General power of caution. Principle of proportionality. Effectiveness of judicial protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL ALCANÇADOS PELO INSTITUTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA.....	12
1.1 Princípio da Presunção de Inocência.....	12
1.2 Princípio do Contraditório.....	15
1.3 Princípio da Ampla Defesa.....	17
1.4 Princípio da Busca da Verdade Real.....	19
1.5 Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas.....	21
1.6 Princípio da Não Autoincriminação (<i>nemo tenetur se detegere</i>)...23	
1.7 Princípio da Proporcionalidade.....	25
1.8 Princípio da Legalidade.....	27
2 A CONDUÇÃO COERCITIVA E SUA APLICAÇÃO DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL.....	29
2.1 Natureza Jurídica.....	29
2.2 Sujeitos processuais atingidos.....	30
2.3 Autoridade competente para expedição do mandado.....	31
2.4 Condução coercitiva durante a fase pré-processual.....	31
2.4.1 O inquérito policial como espécie da fase pré-processual.....	32
2.4.2 O poder geral de cautela do juiz criminal.....	35
2.4.3 Condução coercitiva como medida cautelar diversa da prisão	39
2.5 Condução coercitiva no curso da ação penal.....	43
2.5.1 Previsão legal da condução coercitiva.....	43
2.5.2 Controvérsia em relação à condução para interrogatório.....	43
2.6 A desnecessidade da condução coercitiva na Execução Penal....	48
3 BREVE ANÁLISE DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 395/DF E 444/DF.....	51

3.1	Causas de pedir das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	51
3.2	Argumentos apontados pelos requerentes	52
3.3	Argumentos apontados pela Procuradoria Geral da República enquanto parte interessada	53
3.4	Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal	54
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem sido cada vez mais comum o emprego de operações policiais mais sofisticadas para o exercício de um combate à criminalidade cada vez mais eficaz. Nessa esteira, diversas operações foram deflagradas nos últimos tempos e, a fim de realizar ações concatenadas e mais eficientes, o uso da condução coercitiva se torna mais comum.

Diante desse cenário, em que a boa parte dos investigados, pertencentes a organizações criminosas, são figuras de grande visibilidade pública, a discussão sobre a admissibilidade de adoção da condução tornou-se mais fervorosa, em especial porque, a despeito de previsto do ordenamento, a doutrina processual penal pátria é vaga em relação ao estudo do instituto em questão.

Dessa forma, o presente trabalho possui o escopo de demonstrar o que é o instituto da condução coercitiva e, ainda, a necessidade de aplicação da medida durante a persecução penal. Para tanto, será necessário fazer uma breve análise acerca dos princípios fundamentais do Processo Penal que são alcançados pelo instituto da condução.

Conforme será apresentado, são princípios diretamente afetos à aplicação da condução coercitiva o princípio da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da busca da verdade real, da inadmissibilidade de provas ilícitas, da não autoincriminação, da proporcionalidade e, por fim, da legalidade.

Ademais, o direito penal é adotado pela Constituição Federal como mecanismo responsável por punir quem se desvirtua dos preceitos legais e infringe as normas positivadas. Além disso, o Estado possui o poder-dever de investigar e sancionar os agentes infratores, garantindo a ordem social, sem deixar de respeitar as garantias inerentes à pessoa humana.

Nessa esteira, a Condução Coercitiva, em qualquer das fases processuais, mostra-se verdadeiro mecanismo de atuação positiva do Estado sem, contudo, mitigar os direitos e garantias individuais. Conforme será reportado, desde que obedecidos os preceitos legais e o princípio da proporcionalidade, não há espaço para abusos por parte do magistrado.

Dessa forma, serão analisadas as características inerentes à condução coercitiva, como sua natureza jurídica, os sujeitos processuais que podem ser

atingidos, bem como a autoridade competente para determiná-la, a fim de compreender os limites que cercam a condução.

Superada essa análise, serão abordadas as diferentes formas e quais os fundamentos do uso da condução durante cada fase da persecução penal. Inicialmente, abordar-se-á o uso da condução coercitiva como medida cautelar de caráter pessoal durante a investigação preliminar.

Na sequência, será analisado o uso da condução durante a ação penal, em especial para o ato de interrogatório, assunto que gera diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Referida medida possui autorização legal e apresenta compatibilidade com a Constituição Federal, desde que realizada nos estritos termos da lei processual. Após referida análise, será feita uma breve digressão a respeito possibilidade de aplicação do instituto durante a fase de execução penal.

Por fim, far-se-á necessário analisar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF e nº 444/DF, a fim de compreender, na prática, como o assunto vem sendo tratado pela jurisprudência.

1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL ALCANÇADOS PELO INSTITUTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Preliminarmente, é de suma importância realizar uma análise acerca dos princípios que norteiam o processo penal, a fim de que, no decorrer do presente estudo, seja possível compreender a necessidade e aplicabilidade da condução coercitiva no processo penal brasileiro.

Analisando a doutrina pátria, observa-se que não há um consenso sobre os princípios basilares do processo penal, especialmente porque o termo “*princípio*” possui inúmeras acepções. Por não ser o objetivo dessa obra, não cabe aqui aprofundar a distinção entre normas, regras e princípios. Buscando apenas contextualizar, será utilizada a distinção apresentada por Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Segundo leciona:

[...] A distinção entre regras e princípios é [...] uma distinção entre duas espécies de normas. [...]

Princípios são [...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹

Dessa forma, foram selecionados seis dos princípios que predominam na doutrina pátria como basilares do Processo Penal, que serão analisados a seguir, com a finalidade de compreender a condução coercitiva durante a persecução penal.

1.1 Princípio da Presunção de Inocência

“Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”². Essa garantia há muito defendida por Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, restou positivada por meio

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Coleção: Teoria e Direito Público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p.86-91.

² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.50.

da Constituição Federal que prevê, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Depreende-se do dispositivo em análise que não há previsão expressa do termo “presunção de inocência”, o que gerou, inicialmente, grande discussão doutrinária buscando diferenciar o princípio da presunção de inocência do princípio da não culpabilidade.³

Tal controvérsia, no entanto, restou superada com a incorporação, ao ordenamento jurídico nacional, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, integrado em 12 de dezembro de 1992 e, também, da Convenção Americana de Direitos Humanos, integrada em 26 de maio de 1992⁴.

Referidos tratados preveem, expressamente, o termo “presunção de inocência”, *ipsis litteris*:

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
Artigo 14.2. Toda pessoa acusada de um delito terá **direito a que se presuma sua inocência** enquanto não for legalmente comprovada sua culpa⁵. [grifo nosso]

Convenção Americana de Direitos Humanos
Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem **direito a que se presuma sua inocência** enquanto não se comprove legalmente sua culpa.⁶

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos ainda prevê, como consequência do princípio em análise, diversas garantias mínimas à toda e qualquer pessoa submetida a um processo criminal, dentre elas assegura o direito à comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 287-288.

⁴ Ibid., p. 288.

⁵ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018, art. 14.2.

⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018, art. 8.2.

É garantido, também, o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado; e, por fim, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.⁷

Importante observar que o princípio da presunção de inocência, determina duas regras a serem observadas pelo Poder Público com relação a todo indivíduo acusado em um processo, conforme leciona Pacelli:

[...] uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.⁸ (grifo do autor).

Na *práxis forense*, no que tange à regra de tratamento, é possível observar verdadeira efetividade, uma vez que a restrição da liberdade dos indivíduos ocorre apenas quando se faz necessária a aplicação das medidas cautelares, isso porque a prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, é considerada a *extrema ratio* da *ultima ratio*, devendo ser imposta, antes de sentença penal condenatória, apenas quando não forem suficientes outras medidas cautelares.

De outro lado, em relação ao ônus da prova, o que se constata é exatamente o inverso. A denúncia é tomada como realidade e cabe ao acusado provar se a imputação é falsa, o que, muitas vezes, culmina em condenações sem lastro probatório suficiente de autoria e materialidade.

⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018, art. 8.2.

⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.39.

1.2 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório também possui previsão constitucional, estando positivado no artigo 5º, inciso LV, *in verbis*: “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”.

Conforme se depreende do dispositivo em análise, aos acusados em processos judiciais deve ser garantido o contraditório, ou seja, a oportunidade de apresentar versão diversa da acusação. Conceituando tal princípio, Joaquim Canuto Mendes de Almeida assevera que deve ser compreendido como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.⁹ A partir desse conceito, Lima leciona o seguinte:

[...] o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão "audiência bilateral", consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: **a) direito à informação; b) direito de participação**. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.¹⁰ (grifo do autor).

Nesse íterim, o princípio do contraditório garante que ambas as partes devem ser cientificadas de todos os atos processuais e, em consequência, podem apresentar provas e contrapor as alegações da parte contrária antes de ser proferida decisão judicial. Apesar de estar disciplinado na constituição no mesmo dispositivo que o princípio da ampla defesa, há uma linha tênue que os separa. Isso porque o contraditório mostra-se mais amplo na medida em que é assegurado aos dois polos da ação, enquanto a ampla defesa se refere mais especificamente ao polo passivo.¹¹

A despeito de ser garantido constitucionalmente, é possível observar que, por muitas vezes, este princípio é mitigado na prática, a fim de assegurar a efetividade do *iter persecutório*, é o que ocorre nos casos de contraditório diferido (ou postergado). Nessa hipótese, em razão da urgência da medida ou da possibilidade de se tornar improdutiva caso o acusado tome ciência de sua

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 51.

¹⁰ Ibid, p. 51.

¹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 54.

realização, o contraditório é postergado. Conforme Avena, são exemplos de contraditório diferido as seguintes situações:

A **decretação da prisão preventiva** do agente, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, é decisão que pode ser exarada pelo juiz à vista da demonstração quanto à existência de indícios suficientes de autoria, de prova da materialidade do fato e dos pressupostos do art. 312 do CPP. Nestas hipóteses, a intimação da defesa deve ocorrer a posteriori, não se facultando manifestação sobre o pedido de segregação provisória inserido na representação do delegado ou no requerimento dos legitimados do art. 311 antes do pronunciamento judicial. (v. capítulo 11, item 11.3.3).

O procedimento do **sequestro de bens** supostamente adquiridos pelo investigado ou réu com o produto de infração penal (art. 125 do CPP) não contempla uma fase prévia de defesa. Solicitada a medida por qualquer dos legitimados (art. 127 do CPP), caberá sobre ela manifestar-se o juiz e, caso ordenada a constrição, somente após intimar o titular do bem sequestrado para, se quiser, apresentar defesa.

Na **interceptação das comunicações telefônicas** (Lei 9.296/1996), por motivos óbvios, não há ciência prévia ao investigado, ao réu ou ao seu defensor. Destarte, após realizado o procedimento, é que, cientificada a defesa, esta poderá questionar a legalidade da medida.¹² (grifo do autor).

Outrossim, conforme lição de Lima, é importante observar que refletiu diretamente sobre o princípio do contraditório a nova forma de compreender o princípio constitucional da isonomia, que deixou de buscar apenas a mera igualdade formal entre os sujeitos processuais e passou a exigir que o Estado garantisse a igualdade substancial entre as partes.¹³

Isso porque, antes, o contraditório era simplesmente possibilitado, ou seja, bastava cientificar as partes sobre os atos e fatos processuais, tornando possível que apresentassem versão diversa. Fundado na nova concepção, no entanto, o contraditório deve ser assegurado durante todo o processo, possibilitando uma participação real e democrática dos polos, o que é chamado de contraditório efetivo e equilibrado.¹⁴

Tanto é verdade que, no processo penal, caso o acusado seja dado por revel, ser-lhe-á nomeado advogado dativo, ou defensor público e, ainda, caso a defesa seja realizada abaixo do mínimo razoável, o processo é passível de anulação¹⁵, corroborando a natureza indisponível do direito ao contraditório.

¹² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 54.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 51.

¹⁴ Ibid., p. 51.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

1.3 Princípio da Ampla Defesa

Na mesma linha de pensamento, faz-se mister analisar o princípio da ampla defesa, assegurado, conforme já dito, pelo mesmo dispositivo legal que garante o direito ao contraditório. Frise-se, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal dispõe que “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”.

Dessa forma, por estar intrinsecamente ligada ao princípio do contraditório, a ampla defesa garante que todo acusado, ao ser informado de atos e fatos processuais, poderá valer-se de todos os meios de prova possíveis para validar suas alegações e corroborar sua defesa. Apesar de colidirem, ampla defesa e contraditório não se confundem, conforme a lição de Lima:

Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.¹⁶

É possível concluir, assim, que a violação ao princípio do contraditório não implica diretamente em violação ao princípio da ampla defesa, isso porque, conforme já explicitado, o contraditório diz respeito a ambos os polos da relação processual. Ou seja, deixar de informar determinado ato à acusação, ou restringir-lhe o direito de se manifestar a respeito de prova aviada pela defesa, certamente macula o princípio do contraditório sem, contudo, atingir a ampla defesa.¹⁷

Outrossim, nos dizeres de Pacelli, “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”¹⁸.

Sendo assim, conforme leciona Lima, a ampla defesa deve abranger a defesa técnica (processual ou específica), bem como a autodefesa (material ou

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 54.

¹⁷ Ibid., *passim*.

¹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

genérica), podendo ainda subdividir-se em defesa positiva, em que o acusado utiliza os meios necessários para produção de provas e, ainda, defesa negativa, caso em que o investigado se abstém de produzir provas que possam prejudicar à sua defesa.¹⁹

No que tange à defesa técnica, ou seja, aquela exercida por profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, é importante observar que ela é necessária, indisponível e irrenunciável. Portanto, ainda que o acusado não constitua defensor, deverá o juiz designar defensor dativo ou mesmo defensor público.

A defesa técnica deverá ser plena e efetiva, ou seja, durante toda a persecução penal o advogado deve atuar a fim de garantir que todos os direitos de seu cliente sejam assegurados, que as provas em favor do acusado sejam consideradas positivamente no momento da sentença judicial, enfim, zelar pela defesa como um todo durante o trâmite processual. Corroborando tal garantia, o Supremo Tribunal Federal, por meio do HC nº 82.672/RJ²⁰ decidiu que será causa de nulidade, quando a defesa, pública ou dativa, limitar-se ao pedido de condenação no mínimo legal, por ausência de defesa efetiva.

Insta frisar também que, conforme leciona Lima, juízes e promotores, ainda que inegavelmente dotados de notável saber jurídico, estão impedidos de advogar em causa própria, uma vez que são atividades incompatíveis com o exercício da advocacia. Da mesma forma, advogados suspensos também não poderão atuar na defesa técnica própria ou de outrem.²¹

De outro lado, no que se refere à autodefesa, faz-se mister compreender que ela não é indisponível, diferentemente da defesa técnica, isso porque, por se tratar de defesa exercida pelo próprio acusado, não se pode obrigá-lo a realizar atos processuais dos quais queira se abster, como por exemplo, a participação no interrogatório.

É justamente em respeito à garantia de oportunizar a autodefesa que o acusado deve ser pessoalmente citado e intimado de todos os atos processuais,

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 54-55.

²⁰ STF, HC 82.672/RJ, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01-12-2006 PP-00076 EMENT VOL-02258-02 PP-00297.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 56.

como regra geral no processo e, também por isso, é oportunizado a ele recorrer pessoalmente das decisões, ainda que o defensor constituído não o faça.

1.4 Princípio da Busca da Verdade Real

Diversos são os dispositivos processuais penais que, intrinsecamente, evidenciam a necessidade de atuação do Estado, a fim de buscar a verdade “real”, para garantir à sociedade uma resposta justa, lastreada na segurança jurídica. Destaca-se o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Ademais, os artigos 196, 209, *caput* e §1º, e 616, todos do Código de Processo Penal²², também são exemplos da permissividade conferida, pelo ordenamento jurídico, ao magistrado, para produzir as provas necessárias ao seu convencimento. Segundo preceituam os artigos supramencionados:

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.
Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
§1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.
Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências. (grifo nosso).

A partir dos dispositivos citados, é possível observar que é um poder/dever do juiz da causa buscar, na medida do possível, a segurança jurídica antes da prolação do édito condenatório. Frise-se, é um dever a busca pela verdade, não necessariamente a verdade em si, pura e sem dúvidas, uma vez que essa verdade é utópica e seria uma utopia humana acreditar que é possível alcançá-la.

A lição de Dinamarco, em consonância com a doutrina hodierna, corrobora tal afirmação, na medida em que incumbe ao juiz a necessidade de contentar-se com o elevado grau de probabilidade, e não com a certeza, para proferir uma decisão, *ipsis literis*:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 68.

qualquer processo (a "segurança jurídica", como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou "segurança", com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição.²³ (grifo nosso).

Ou seja, é um poder/dever do juiz valer-se de todos os meios de provas que julgar necessário para aproximar-se, ao máximo, da verdade material acerca dos fatos em apuração, sendo-lhe permitido ordenar a produção de provas, utilizando todos os artifícios não defesos em lei.

Cumpra frisar, por fim, que a busca pela verdade real não é um princípio absoluto do processo penal, uma vez que algumas garantias mitigam a apuração da verdade. De acordo com Avena, são exemplos de exceções à verdade real:

- A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI, da CF), o que abrange:
 - Vedação às provas obtidas mediante violação da correspondência e das comunicações telegráficas (art. 5.º, XII, da CF);
 - Proibição das provas realizadas por meio de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5.º, X, da CF);
 - Ilícitude das provas obtidas por meio de violação do sigilo telefônico, quando realizada ao arrepio da Constituição e da Lei (art. 5.º, XII, da CF e Lei 9.296/1996);
 - Inadmissibilidade dos dados trazidos ao processo por meio de quebra de sigilo bancário realizada sem a observância dos requisitos legais;
 - Inadmissibilidade das provas obtidas a partir de busca e apreensão domiciliar não autorizada pelo juiz (salvo hipóteses de flagrante, desastre e socorro, ou, em qualquer caso, havendo o consentimento do morador).
- Descabimento da revisão criminal contra a sentença absolutória transitada em julgado, mesmo diante do surgimento de novas provas contra o réu;
- Vedação ao testemunho das pessoas que tiverem conhecimento do fato em razão de sua profissão, função, ofício ou ministério, salvo se, desobrigadas, quiserem depor (art. 207 do CPP);
- Possibilidade de transação penal, aplicando-se ao autor de infração de menor potencial ofensivo sanção não privativa da liberdade,

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 361

independentemente de apuração quanto à sua efetiva responsabilidade pelo fato (art. 72 da Lei 9.099/1995).²⁴

Depreende-se assim que, uma vez que apenas a verdade processual deve ser utilizada para formação do convencimento do magistrado, durante a persecução penal, ele poderá valer-se de todos os meios lícitos de prova em direito admitidas, respeitando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, visando atingir a verossimilhança, ou seja, uma verdade aproximada.²⁵

Por fim, importante frisar que a busca da verdade processual em análise, nada tem a ver com a mitológica e inalcançável verdade real, muitas vezes utilizada em sistemas políticos autoritários para justificar, por exemplo, a prática de tortura e outras medidas atroz, em diversos momentos históricos, sob a égide de seu “nobre propósito”, qual seja, a garantia da verdade plena e absoluta.²⁶

O que temos atualmente é uma busca pela verdade limitada aos meios lícitos de produção de provas, sendo inadmissíveis os elementos colhidos em desacordo com o devido processo legal.

1.5 Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal preceitua que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Corroborando tal garantia, o Código de Processo Penal também determina, no artigo 157, *caput*, que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Além disso, em consonância com a teoria dos frutos da árvore envenenada, também são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, exceto aquelas consideradas independentes. Uma vez que poderiam ser alcançadas por meio dos trâmites próprios de investigação criminal, conforme disposição dos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Conforme leciona Lima, para os cidadãos leigos, pode parecer contraproducente absolver alguém tendo provas de que tenha cometido algum fato típico, com fundamento apenas nas provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, tal

²⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 45.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56.

²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285.

visão é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, uma vez que a busca da verdade coexiste com outros princípios legais e constitucionais e, por isso, não é absoluta.²⁷

Ora, seria um contrassenso que o Estado, visando apurar o cometimento de um ilícito penal, se valesse de provas ilícitas, violando direitos e garantias fundamentais, para embasar um édito condenatório. Além de contraditório, todo o sistema punitivo seria deslegitimado, uma vez que não seria possível confiar no poder de punição de um ente que sequer é capaz de produzir provas de acordo com os trâmites e princípios legais e supralegais.²⁸

Insta frisar a lição de Pacelli acerca dos meios de obtenção de provas e dos resultados obtidos:

[...] a vedação da prova não ocorre unicamente em relação *ao meio escolhido*, mas também em relação aos *resultados* que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores.

Em tema de prova, portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação *foi e se poderia ter sido autorizada*.²⁹ (grifo do autor).

Importante destacar que o artigo 157 do Código de Processo Penal, como mencionado anteriormente, assevera que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo. Ou seja, uma vez que não podem sequer permanecer nos autos, as provas ilícitas também não poderão, independente do que revelarem, fazer parte do convencimento do juiz.

Outro ponto a ser observado é que, nem a Constituição Federal nem o diploma processual penal apresentam um conceito de provas ilícitas, ou mesmo alguma regulamentação a respeito das medidas a serem tomadas caso sejam utilizadas.³⁰ Para tanto, necessário proceder à análise dos dizeres de Lima:

Diante do silêncio da Constituição Federal, a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 620.

²⁸ Ibid., loc. cit.

²⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 183.

³⁰ LIMA, op. cit., p. 621.

também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

Nesse prisma, a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional) [...] em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este.

[...] De seu turno, **a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual [...]** traço peculiar das provas obtidas por meios ilegítimos diz respeito ao momento de sua produção: em regra, no curso do processo. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).³¹ (grifo nosso).

Nesse diapasão, acerca do tema abordado na presente obra, considerando-se que o réu seja conduzido coercitivamente para se submeter ao interrogatório. Primeiramente, é importante observar que o artigo 260 do Código de Processo Penal, apenas autoriza a condução coercitiva do réu se, intimado, não atender à ordem.

Considerando tal ponderação, caso o réu seja conduzido coercitivamente sem prévia intimação estará sendo violada norma de direito processual e, dessa forma, a prova obtida será considerada ilegítima.

Lado outro, se conduzido conforme os termos legais, durante o interrogatório o réu for obrigado, mediante qualquer tipo de coação, seja física, emocional ou mental, a se auto incriminar, estará sendo violada norma de direito material (princípio da não autoincriminação), assegurado constitucionalmente. A prova, nesse caso, será ilícita.

1.6 Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Outro importante princípio a ser analisado é o da vedação à autoincriminação. Conforme disposição do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Ainda nesse sentido, dispõe o artigo 186 do Código de Processo Penal que, “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 621-622.

acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Em âmbito internacional, o artigo 8.2, §2º, “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos assegura que “toda pessoa acusada de delito [...] tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada”³². Também no artigo 14, §2º, item 7, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos se depreende que “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade [...] a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”³³.

Tais dispositivos são apenas exemplos dos diversos desdobramentos ocasionados pelo “*nemo tenetur se detegere*” que, de acordo com Lima:

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. Como anota Maria Elizabeth Queijo, como direito fundamental, o princípio do *nemo tenetur se detegere* “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações”³⁴.

É importante salientar que a garantia de permanecer em silêncio durante o interrogatório judicial estende-se ao interrogatório policial e, em nenhuma das hipóteses a escolha da pessoa poderá ser tomada em seu desfavor. Cumpre frisar ainda que, de acordo com o entendimento majoritário, é resguardado pelo *nemo tenetur se detegere* todo aquele que esteja sendo acusado de um ilícito, seja ele investigado, denunciado ou já condenado, não sendo relevante o fato de estar preso ou solto.³⁵

³² BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humano**. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018, art. 8.2.

³³ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018, art. 14.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 69-70.

³⁵ Ibid, passim.

Vale destacar ainda que a testemunha não está protegida por esse princípio, uma vez que presta o compromisso de dizer a verdade, sob pena de incorrer em falso testemunho. No entanto, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, não comete crime de falso testemunho a testemunha compromissada que mente ou omite determinados fatos que poderiam ser utilizados contra si.

De acordo com Távora, são decorrentes do princípio da não autoincriminação o direito de:

(1) silêncio ou permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; (3) inexigibilidade de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5) não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas, a exemplo do exame da saliva deixada em copo para verificação de DNA).³⁶

Insta salientar que o direito ao silêncio se restringe ao mérito da imputação, ou seja, apenas é permitido não produzir provas contra si no que concerne aos fatos da acusação. No entanto, a nenhuma testemunha, denunciado ou declarante, de forma geral, é assegurado mentir ou omitir sobre sua qualificação de forma geral, devendo indicar nome, documentação e endereço corretamente, pois tais dados não estão acobertados pelo direito ao silêncio, conforme entendimento majoritário da doutrina pátria.

1.7 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, está implícito em garantias como o *due process of law* e o princípio da individualização da pena. De acordo com Nucci, em sentido amplo “a proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas”³⁷.

De outro lado, em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade, de acordo com Guerra Filho:

[...] determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 77.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 319.

fira o 'conteúdo essencial' (wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana – consagrada explicitamente como fundamento de nosso Estado Democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da Constituição de 1988 –, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.³⁸

É possível observar que a aplicação de referido princípio nos múltiplos aspectos da ação estatal é de importância ímpar em um Estado Democrático de Direito, uma vez que proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder³⁹ sem, contudo, impedir uma atuação efetiva do Estado. A fim de elucidar a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal, colaciona-se importante lição de Ferrajoli:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O *princípio de proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico.⁴⁰

Ou seja, a retributividade estatal aos atos de indivíduos investigados, acusados, ou até mesmo já condenados, devem ser proporcionais aos atos por eles praticados, daí falar que o princípio da proporcionalidade possui estrita correlação com os princípios da individualização da pena e do devido processo legal.

Na medida em que o acusado é submetido ao *due process of law*, é possível ao magistrado ter uma visão mais clara acerca da conduta perpetrada e, por meio da individualização, aplicar a pena proporcionalmente aos danos causados, sem tomar medidas excessivas nem insuficientes.

Analisando a condução coercitiva à luz do princípio da proporcionalidade, é possível verificar que sua aplicação, seja no âmbito da investigação preliminar, seja no âmbito da ação penal (a ser estudado no próximo capítulo), desde que obedecidos os preceitos legais, é medida menos gravosa ao acusado e tão eficiente quanto outras espécies de medida de coação pessoal.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. in: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 310.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 85.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 320.

Dessa forma, o poder geral de cautela do magistrado, que será analisado no decorrer da presente obra, deverá vir sempre acompanhado da proporcionalidade dos atos determinados.

1.8 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, II, XXXIX e LIV da Constituição Federal, *ipsis literis*:

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:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [grifo nosso].

De acordo com Nucci, o princípio da legalidade:

[...] em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar crime determinada conduta, caso exista previsão em lei. O mesmo se pode dizer para a existência da pena. O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra.⁴¹

O princípio em análise visa preservar a segurança jurídica, ora, nenhum cidadão será preso ou processado pelo cometimento de ato não tipificado anteriormente. Muito além de tipificação de crimes, o princípio da legalidade também guarda escorreita ligação com os atos processuais a serem praticados pelas autoridades policial e judicial.

Isso porque, uma vez condicionado ao princípio da legalidade, a autoridade estatal estará restrita à prática de atos legalmente previstos. No caso dos magistrados, ainda que detentores do poder geral de cautela, em momento algum poderão ultrapassar os limites defesos em lei para realizar atuações arbitrárias.

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes, citado por Lima, leciona que o princípio da legalidade se trata de:

[...] norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, estrita e escrita que

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

a defina (*nulla coertio sine lege*). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais.⁴²

Por fim, insta salientar que o respeito ao princípio da legalidade é ínsito ao Estado Democrático de Direito e não é afastado pela atuação do julgador que faz uso do poder geral de cautela, na medida em que é conciliado com os demais princípios analisados, como o da proporcionalidade e o da busca da verdade real.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 85.

2 A CONDUÇÃO COERCITIVA E SUA APLICAÇÃO DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL

A figura da Condução Coercitiva, a despeito de ser utilizada corriqueiramente na prática forense, é pouco estudada pela doutrina pátria e carece de tratamento mais específico e debates mais aprofundados. Com a deflagração de diversas operações federais envolvendo personalidades públicas, o instituto da condução ganhou maior visibilidade, o que ensejou uma discussão no âmbito da Suprema Corte acerca do tema.

A partir de então, advogados, promotores e juízes começaram a apresentar suas perspectivas relacionadas à condução coercitiva, sob a luz dos princípios processuais penais e das garantias constitucionais. De acordo com Malan, o instituto em análise pode ser compreendido como o instrumento por meio do qual o indivíduo se vê:

[...]privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar) no qual sua presença é considerada imprescindível.⁴³

Tendo em vista que o escopo da presente obra é abordar a necessidade de aplicação dessa medida no processo penal, faz-se mister analisar a natureza jurídica da condução coercitiva, os sujeitos atingidos e a autoridade competente para expedir o respectivo mandado, bem como os momentos processuais em que é possível valer-se da condução.

Por isso, serão expostas, na sequência, algumas particularidades referentes à condução coercitiva, passando pelas formas que pode ser aplicada durante a persecução penal em todas as suas fases, quais sejam, a investigação preliminar, a fase processual⁴⁴ e, por fim, na fase de execução penal.

2.1 Natureza Jurídica

A condução coercitiva, conforme os posicionamentos abordados na presente obra, a despeito de não estar elencada no rol do art. 319 do Código de

⁴³ MALAN, Diogo. Condução Coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. **Boletim**, [s.i.], p.2-4, jan. 2015. Mensal.

⁴⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016, p.124.

Processo Penal, possui natureza de medida cautelar de coação pessoal inominada, uma vez que, conforme leciona Lima, recai sobre a liberdade de locomoção do investigado a fim de auxiliar a instrução processual penal.⁴⁵

De acordo com Hélio Tornaghi, citado por Malan, a condução tutela interesses relacionados à garantia da instrução processual eficaz, com menor grau de sacrifício aos direitos do acusado. Dessa forma, tal medida não se confunde com a detenção preventiva do investigado ou acusado, na medida em que apenas o coloca em “estado de apreensão” (sob vigilância), mas não encarcerado.⁴⁶

Possível concluir, portanto, que a condução coercitiva é medida cautelar pessoal e não se confunde com as prisões admitidas no ordenamento jurídico (prisão preventiva, temporária, definitiva), uma vez que apenas mantém o investigado ou denunciado sob vigilância por um curto período de tempo.

2.2 Sujeitos processuais atingidos

Importante observar que a condução coercitiva pode ser decretada em desfavor de qualquer das partes processuais, desde que sua presença seja imprescindível para determinado ato. O artigo 260 do Código de Processo Penal autoriza a condução do acusado ou investigado que, intimado, não compareça para o interrogatório, reconhecimento, ou qualquer outro ato que não possa ser realizado sem a sua presença.

Do mesmo modo, o artigo 201, §1º do diploma legal supracitado assevera que “se intimado para esse fim [de prestar esclarecimentos sobre os fatos], deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.” No mesmo sentido, os artigos 218 e 461, §1º autorizam que as testemunhas sejam conduzidas, bem como o artigo 278 dispõe sobre a condução do perito.

A despeito da gama de pessoas que podem ser submetidas ao instituto da condução coercitiva, a presente obra possui o escopo de analisar apenas a

⁴⁵ MANDADO de Condução Coercitiva. Produção de Renato Brasileiro de Lima. [s.i]: Youtube, 2016. (27 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yXal8HW5wOE>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁴⁶ MALAN, Diogo. Condução Coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. **Boletim**, [s.i.], p.2-4, jan. 2015. Mensal.

condução do investigado/denunciado/condenado durante todas as fases da persecução penal, bem como a necessidade de aplicação da medida.

2.3 Autoridade competente para expedição do mandado

O artigo 260 do Código de Processo Penal possui a seguinte redação: “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”. [grifo nosso].

É possível depreender que a redação do artigo em análise faz referência apenas à autoridade, não especificando se é apenas a judiciária ou se seria possível a condução por meio de mandado expedido também pela autoridade policial. A esse respeito, Lima assevera que:

[...] a não ser que se queira retroceder à concepção autoritária do acusado como objeto de prova, cujo corpo pode ser coercitivamente submetido à condução pela polícia judiciária para fins de interrogatório policial, tido como verdadeiro meio de prova, somente o juiz natural da causa pode determinar a condução coercitiva do investigado (ou acusado). Ora, estamos diante de medida que importa em certo grau de restrição à liberdade de locomoção, sujeita, pois, à cláusula de reserva de jurisdição. Em síntese, a função de polícia judiciária e de apuração de infrações penais atribuída às Polícias Cíveis 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.⁴⁷

Ou seja, analisando-se o artigo 260 do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988, não poderia ser outro o entendimento, uma vez que o cerceamento da liberdade de qualquer cidadão deve ser devidamente motivado, por escrito, pelo juiz competente.

2.4 Condução coercitiva durante a fase pré-processual

A investigação preliminar deflagra toda a persecução penal, uma vez que, a partir do momento em que determinada conduta de caráter criminal é praticada, é direito do cidadão e dever do Estado elucidar o fato, a fim de que seja desvendada a autoria e a materialidade do ocorrido e, havendo provas suficientes contra determinado sujeito, ele deverá ser regularmente processado e condenado na

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 674.

medida de sua conduta. Lopes Jr., discorrendo sobre a investigação preliminar no processo penal, assevera que:

A investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.⁴⁸

A investigação preliminar é, portanto, o momento em que os elementos de prova são angariados para a formação da *opinio delicti* do responsável pelo oferecimento da ação penal, conforme será analisado a seguir.

2.4.1 O inquérito policial como espécie da fase pré-processual

A fase pré-processual é marcada, de modo geral, pela instauração do inquérito policial, espécie mais corriqueira de investigação preliminar no Brasil, que pode ser compreendido como um conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial, a fim de angariar elementos de prova capazes de indicar indícios mínimos de autoria e materialidade. Trata-se de procedimento administrativo, inquisitório e preparatório⁴⁹.

Administrativo, porque é de responsabilidade da autoridade policial e não é regido por trâmite judicial. Inquisitório, porque não assegura o contraditório e a ampla defesa, visa apenas colher todos os elementos de prova possíveis para que, posteriormente, na fase processual, sejam submetidos ao procedimento judicial. Por fim, preparatório porque angaria os elementos necessários para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Para Avena, o inquérito policial pode ser compreendido como:

[...] o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa-crime.⁵⁰

Do mesmo modo, Capez leciona que o inquérito policial se trata de um:

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 105.

⁵⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 120

[...] conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, 1), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto a necessidade de decretação de medidas cautelares.⁵¹

Compulsando diversas doutrinas nacionais, é possível verificar que os conceitos apresentados acima são amplamente aceitos, sendo uníssono entre os autores que o inquérito policial é um meio de investigação preliminar, adotado pelo sistema jurídico penal brasileiro, a fim de elucidar fatos e apresentar autoria e materialidade a ocorrências criminalmente relevantes. Nesse contexto, Lima expõe que:

A partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal. De fato, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor. Aliás, o próprio CPP, em seu art. 395, inciso III, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, aponta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal como uma das causas de rejeição da peça acusatória.⁵²

Sendo assim, o inquérito policial é o instrumento utilizado pelo Estado para exercer o poder-dever de punir o suposto autor. Verifica-se, nesse caso, um duplo viés do inquérito, ou seja, visa angariar elementos de prova capazes de formar indícios mínimos de autoria e de materialidade contra determinado sujeito, bem como garantir que pessoas inocentes não sejam submetidas à exaustão de um processo judicial criminal sem nenhum elemento capaz e imputar-lhe o cometimento de atos delituosos.⁵³

Importante destacar que, com o advento da Lei nº 11.690/08, que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, a distinção entre o inquérito policial e a ação penal se tornou mais significativa, uma vez que modificou o entendimento de prova e elementos de prova.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 106.

⁵³ Ibid., passim.

É possível verificar tal distinção através do art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe:

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.

Dessa forma, todos os elementos colhidos durante a fase investigativa, que servem para fundamentar o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, deverão ser confirmados em juízo, garantindo-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, sob pena de serem desconsiderados no momento da prolação do édito condenatório. Nesse contexto, colaciona-se importante lição de Lima:

Diante da nova redação do art. 155 do CPP, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em *acusados em geral* na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397)⁵⁴. (grifo do autor).

Destarte, o inquérito é instrumento de colheita de elementos de informação, sendo dispensável garantir o contraditório, uma vez que possui natureza inquisitiva. A colheita de tais elementos é importante até mesmo para a decretação de medidas cautelares, como a interceptação telefônica, condução coercitiva, busca e apreensão, entre outras.

Vale frisar que, a despeito de possuírem valor informativo, capazes de formar a *opinio delicti* do órgão acusador, os elementos colhidos nessa fase deverão respeitar o contraditório, ainda que diferido, para que possam ser utilizados como prova no momento de formação da convicção do magistrado, conforme disposição do art. 155 do Código de Processo Penal, já citado. Nesse contexto, de acordo com Nucci, é possível verificar importante conflito no âmbito da produção de provas:

O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime. [...] **O inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável**

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 107.

erro judiciário. Se, desde o início, o Estado possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais difícil haver equívocos na eleição do autor da infração penal. **Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível** (ex.: exame do cadáver ou do local do crime).

Assim sendo, em nível ideal, somente deveríamos admitir que as provas colhidas no inquérito policial fossem usadas para instruir a peça inicial acusatória, já que a razão de sua existência e sua finalidade não condizem com outra conclusão. Não se poderia pensar em coletar provas sem a participação do investigado ou de seu defensor para depois utilizá-las livremente durante a instrução do processo criminal. Seria nítido contraste com o princípio constitucional da ampla defesa, infringindo ainda o contraditório. Pois bem. Por outro lado, se o inquérito colhe as provas perecíveis – como as periciais – não é possível que estas sejam desprezadas pelo juiz. **Esse é o seu caráter conflituoso: pretende ser um instrumento de garantia contra acusações levianas, mas acaba funcionando contra o próprio investigado/réu, que não pôde contrariar a prova colhida pela polícia.**⁵⁵ (grifo nosso).

Considerando essa natureza dupla da investigação preliminar de, frise-se, evitar acusações contra pessoas completamente alheias aos fatos em apuração e, ainda, de garantir a produção de elementos de prova que podem se deteriorar durante o curso da ação penal, é que surge a necessidade de uso da condução coercitiva durante essa primeira fase da persecução penal.

2.4.2 O poder geral de cautela do juiz criminal

Com o advento da Lei 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal no que tange à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, o processo penal brasileiro superou o binômio até então vigente de manter o acusado preso ou solto. De acordo com as alterações determinadas, a prisão cautelar tornou-se a *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Isso porque a prioridade é manter o investigado/acusado em liberdade, aplicando-se as medidas cautelares diversas da prisão. Conforme dispõe o §6º do art. 282 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

No entanto, a despeito das medidas nominadas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, importante reconhecer, conforme assevera Lima⁵⁶, que o legislador não poderia prever todas as situações e necessidades que surgem

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 160-161.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, passim.

na *práxis* forense. Daí decorre a necessidade de aplicação do poder geral de cautela do juiz criminal, que, de acordo com Lima:

[...] 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. Esse poder geral de cautela deve ser exercido de forma complementar, pois se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica. Portanto, havendo medida cautelar típica que se revele adequada ao caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica.⁵⁷

Insta salientar que o assunto apresenta diversas controvérsias na doutrina processual penal e, diversos autores, afirmam não caber a aplicação do poder geral de cautela na seara penal⁵⁸. De acordo com a corrente contrária ao poder de cautela no processo penal, o Estado, em respeito ao princípio da legalidade, deve agir apenas conforme permitido pelo ordenamento pátrio. Segundo leciona Lima:

[...] segundo essa primeira corrente [...] no caso de limitação de liberdade, é obrigatório expresso permissivo legal, porquanto o princípio da legalidade dos delitos e das penas não cuida apenas do momento da cominação, mas da legalidade de toda a repressão, que coloca em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.⁵⁹

Apesar dos argumentos contrários apresentados, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172/RJ firmou-se no sentido de que o poder geral de cautela é ínsito ao Judiciário. Conforme decisão do Tribunal Pleno da Suprema Corte, tal entendimento encontra respaldo no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, nos termos da ementa:

PODER GERAL DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público – gênero. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – INSUBSISTÊNCIA. Uma vez assentada a inadequação da arguição de

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1050.

⁵⁸ Cf. PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 246.

⁵⁹ LIMA, op. cit., p. 1051.

descumprimento de preceito fundamental, fica prejudicado o exame da medida acauteladora deferida.⁶⁰ [grifo nosso].

Corroborando tal entendimento, o Ministério Público Federal, ao exarar parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444, que será objeto de análise do próximo capítulo, asseverou que:

O art. 5º, XXXV da Constituição justifica o poder geral de cautela do juiz, em qualquer ramo do Direito, inclusive no âmbito do Direito Penal. Em primeiro lugar, porque o direito fundamental de acesso à justiça, previsto nesta norma constitucional, em momento algum exclui da sua incidência a jurisdição penal. Ademais, os fundamentos do poder geral de cautela aplicam-se também ao âmbito penal, notadamente porque é nesta jurisdição que os bens jurídicos mais valiosos para o ser humano são especialmente protegidos e ameaçados, o que exige tutela jurisdicional imediata e eficiente, inclusive por meio do poder geral de cautela do juiz.⁶¹ [grifo nosso].

Acrescentou ainda que a garantia constitucional da vedação à proteção estatal insuficiente de direitos fundamentais é também uma das justificativas para a aplicação do poder geral de cautela no processo penal. De acordo com o parecer de Dodge:

A proteção insuficiente e o excesso do Estado são as duas faces do princípio da proporcionalidade. Lênio Streck explica que **“a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.**⁶² [grifo nosso].

Nesse diapasão, faz-se necessário compreender que o princípio da legalidade possui o condão de evitar que sanções mais gravosas que as previstas na legislação penal sejam impostas aos acusados. De outro lado, se o poder de cautela pretende aplicar medidas menos gravosas que as previstas, não há que se

⁶⁰ STF – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172 RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/06/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-01 PP-00001.

⁶¹ DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Memorial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444**. Brasília: Procuradoria-geral da República, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_MemorialnaADPF444.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018, p. 8.

⁶² Ibid., p. 8-9.

falar em ofensa ao princípio da legalidade. De acordo com Lima, considerando que a garantia de direitos fundamentais é a função precípua da legalidade:

[...] ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.⁶³

Dessa forma, é possível verificar que, mais do que possível, é também necessário o uso do poder geral de cautela do juiz criminal quando a medida adotada beneficiar o acusado. Nesse sentido, Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano, citado por Lima, delimita três condições a serem observadas para a adoção do poder geral, quais sejam, “1) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; 2) cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; 3) exigência da infraestrutura necessária para sua aplicação”⁶⁴, todas elas são preenchidas quando aplicada a condução coercitiva como medida cautelar alternativa à prisão.

Analisando as condições expostas, verifica-se que a primeira atinge o princípio da proporcionalidade, já abordado, que impõe ao Estado a obrigação de prestar a tutela do bem jurídico sem que incorra em excessos. A segunda condição estabelece a observância ao princípio da legalidade, no sentido de que deve estar prevista medida mais gravosa do que a adotada. Por fim, a terceira condição determina a existência de aparato Estatal suficiente para a correta execução da medida alternativa.⁶⁵

Importante destacar que, conforme já explanado, a condução coercitiva possui natureza jurídica de medida cautelar pessoal diversa da prisão e, por isso, pode ser objeto do poder geral de cautela do juiz, caso contrário sim, estaria se incorrendo em grave violação ao princípio da legalidade, conforme assevera Mendonça:

[...] em relação às prisões cautelares, não se pode admitir qualquer restrição baseando-se no poder geral de cautela. Neste tema, portanto, somente se podem admitir as prisões provisórias expressamente previstas pela lei. Está expressamente vedada a decretação de outras prisões cautelares que não

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1051.

⁶⁴ Ibid., p. 1052.

⁶⁵ Ibid., *passim*.

apenas as expressamente previstas em lei (flagrante, preventiva e temporária).

Ademais, nas hipóteses de medidas cautelares típicas, em que os requisitos estão expressamente previstos em lei – como na interceptação telefônica, cujos requisitos estão estabelecidos na Lei 9.296/1996 – **não se pode admitir a utilização do poder geral de cautela** para burlar referidos requisitos, criando-se medidas inominadas em detrimento do investigado ou acusado.

Porém, **fixados estes dois limites** – prisões processuais e medidas cautelares típicas, com requisitos expressamente estabelecidos –, onde vigora a tipicidade das medidas cautelares, **ainda haverá campo para aplicação do poder geral de cautela, inclusive nas medidas cautelares penais não prisionais.**

[...] **Por fim, o próprio princípio da proporcionalidade impõe que se admita o poder geral de cautela no processo penal**, mesmo para medidas cautelares penais. Como já vimos, a prisão cautelar deve ser resguardada para situações excepcionais e subsidiárias. **Se, diante de um caso concreto, o magistrado antevê uma medida cautelar que, embora não prevista em lei, poderá neutralizar o risco e, assim, evitar a prisão do acusado, deve decretá-la, até mesmo em atenção ao subprincípio da necessidade, que exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam as menos graves possíveis.**⁶⁶

Sendo assim, é possível concluir que o poder geral de cautela, ínsito ao judiciário, não exclui, em momento algum, a sua adoção pelo juiz criminal. Pelo contrário, certamente, serve para que o magistrado possa decretar medidas cautelares diversas da prisão, suficientes e proporcionais para a tutela de bens jurídicos sob ameaça, a partir da análise do caso concreto.

Se o magistrado for obrigado a seguir o rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, que será analisado a seguir, vez ou outra irá se deparar com situações em que as medidas arroladas não se mostraram adequadas e a prisão se mostrará desarrazoada, situação que colocará o julgador impossibilitado de agir conforme o dever de garantir a efetiva atuação jurídica sob a luz do princípio da proporcionalidade.

2.4.3 *Condução coercitiva como medida cautelar diversa da prisão*

A Lei 12.403/11 que, conforme já explanado, alterou os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, incluiu no ordenamento jurídico pátrio diversas medidas alternativas à prisão.

Um dos escopos de referida alteração, foi diminuir o encarceramento provisório, através da aplicação prioritária de medidas compatíveis com a gravidade

⁶⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 79 et seq.

do crime imputado, primando sempre pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, a medida deveria ser suficiente para garantir a proteção efetiva do bem jurídico tutelado, causando ao investigado um prejuízo menor do que a custódia cautelar.

Dessa forma, o dispositivo alterador elencou, no artigo 319 do Código de Processo Penal, alguns exemplos de medidas a serem adotadas em detrimento das prisões cautelares, são elas: comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; fiança, nas infrações que a admitem; e, por fim, monitoração eletrônica.⁶⁷

Além disso, a Lei 12.403/2011 determinou, no artigo 282, I e II, que as medidas cautelares nela previstas, de prisão e alternativas, deveriam ser aplicadas observando-se:

- I – a 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.⁶⁸

Por fim, ainda de acordo com o mesmo diploma alterador, o artigo 312 estabelece que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública**, da ordem econômica, **por conveniência da instrução criminal**, ou para **assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.⁶⁹ [grifo nosso].

De outro lado, as práticas criminosas têm evoluído, em especial no que diz respeito às organizações criminosas que estão se tornando cada dia mais tecnológicas, com estrutura ordenada e divisão de tarefas, o que exige um emprego de meios de investigação mais sofisticados por parte do Estado. Por esse motivo, foi editada, recentemente, a Lei nº. 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa),

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em: 07 nov. 2018.

⁶⁸ Ibid., art. 282.

⁶⁹ Ibid., art. 312.

dispondo, a grosso modo, sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova.

Referido diploma legal disciplina, no art. 3º, alguns meios de obtenção de prova não convencionais, são eles: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.⁷⁰

Dessa forma, levando-se em consideração a prioridade ao não encarceramento sempre que outra medida menos gravosa se mostrar efetiva, bem como a necessidade de efetiva tutela jurídica do Estado, os meios de obtenção de provas devem ser eficazes, com a menor lesividade possível ao investigado.

Sendo assim, a utilização da condução coercitiva no decorrer de grandes operações, em especial, as que envolvem organizações criminosas, é uma forma de garantir a conveniência da instrução criminal e o desenrolar de medidas concomitantes, como o cumprimento de mandados de busca e apreensão, ou acesso a registros telefônicos, por exemplo. Isso porque, mediante a privação da liberdade sob a custódia da polícia, o indivíduo não poderá interferir na obtenção das provas, nem mesmo ocultá-las ou destruí-las.

Para tanto, não se faz necessária a decretação de uma prisão preventiva, conforme autorizam os artigos 282 e 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a mera condução coercitiva, que restringe o direito de ir e vir do investigado apenas por algumas horas apenas, é medida suficiente para a realização da diligência que culminou na necessidade de restrição da liberdade. Corroborando todo o exposto, colaciona-se a seguinte lição de Lima:

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Lei de Organização Criminosa**. Brasília, DF, 03 de ago. de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018, art. 3º.

Em comparação com a prisão preventiva (ou temporária), há uma redução do grau de coerção da liberdade de locomoção do investigado, que fica restrita ao tempo estritamente necessário para a preservação das fontes de provas, não podendo persistir por lapso temporal superior a 24 (vinte e quatro) horas, hipótese em que assumiria, indevidamente, as vestes de verdadeira prisão cautelar. Ou seja, ao invés de o juiz decretar eventual prisão cautelar (preventiva ou temporária), poderá determinar a expedição de um mandado de condução coercitiva sempre que visualizar a necessidade da presença do investigado (ou acusado) para a colheita de elementos de informação para a elucidação da autoria e/ou da materialidade da infração penal, hipótese em que o cidadão será privado da sua liberdade de locomoção tão somente por algumas horas. A título de exemplo, de modo a evitar a supressão ou destruição de fontes de prova, é relativamente comum a expedição de mandados de condução coercitiva no mesmo dia em que operações policiais de maior complexidade são deflagradas, objetivando evitar que o investigado, em liberdade, prejudique o cumprimento de mandados de busca em seu domicílio e/ou local de trabalho.⁷¹

Insta salientar, por fim, que a condução do investigado hora nenhuma pode implicar em violação aos princípios da presunção de inocência, contraditório, ampla defesa e *nemo tenetur se detegere*, todos já tratados no capítulo 1 da presente obra, uma vez que, ainda que conduzido para prestar esclarecimento, deverá ser sempre assegurado o direito ao silêncio e a companhia de um advogado.

Frise-se, ainda, que a medida cautelar de condução no curso da investigação costuma vir acompanhada de ações concomitantes, conforme explanado anteriormente, como a tomada de depoimento de outros sujeitos processuais (testemunha, ofendido, perito etc.), ou a realização de cumprimento de mandado de busca e apreensão, evitando-se a ocultação ou destruição de provas, a fim de garantir o resultado útil do processo. Ou seja, ainda que o investigado exerça seu direito ao silêncio, a condução não restará prejudicada, pois atingirá o seu fim.

Por todo o exposto, depreende-se que a condução coercitiva como medida cautelar inominada, diversa da prisão, durante a fase pré-processual, decorre do poder geral de cautela, ínsito ao judiciário, e assegura o respeito aos princípios da busca da verdade real, da proporcionalidade e da legalidade, desde que respeitado o lapso temporal necessário para a execução do ato que motivou a expedição do mandado de condução.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 673.

2.5 Condução coercitiva no curso da ação penal

Com o recebimento da exordial acusatória, nasce a ação penal, momento da persecução em que a acusação, portadora do ônus da prova, deverá provar todas as alegações que tenha feito em desfavor do denunciado, bem como o acusado poderá valer-se de todos os meios de defesa em direito admitidas para provar sua inocência.

2.5.1 Previsão legal da condução coercitiva

Nessa fase, o artigo 260 do Código de Processo Penal disciplina que “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”.

Ou seja, o dispositivo supracitado autoriza a condução coercitiva de acusado que, devidamente intimado, deixe de comparecer a ato no qual seja indispensável sua presença, como o interrogatório, reconhecimento pessoal, reconstituição, realização de perícias, como a grafotécnica, entre outros etc.

Com relação aos atos que não demandam nenhum comportamento ativo do acusado, é pacífico doutrinária e jurisprudencialmente que há sim a possibilidade de conduzi-lo coercitivamente, sem a mitigação de nenhum dos direitos ou garantias fundamentais. Não há que se falar, portanto, em ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não é necessário executar nenhuma ação capaz de incriminá-lo, é uma participação meramente passiva.

Importante salientar que a condução apenas será autorizada se: (i) o acusado, intimado previamente, se recusa, injustificadamente a comparecer para o ato e (ii) se não for cabível nenhum outro meio de reconhecimento ou de esclarecimento de sua identidade, como a utilização de fotografias ou outros recursos visuais, bem como a consulta a banco de dados.⁷²

2.5.2 Controvérsia em relação à condução para interrogatório

De outro lado, com relação à condução do acusado para realização de interrogatório, não há um consenso sobre a recepção ou não desta parte do artigo

⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 675.

pela Constituição Federal, o que ensejou, inclusive a propositura das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, ambas serão analisadas no próximo capítulo da presente obra.

O Tribunal Pleno, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, acompanhado de outros 5 ministros, julgou procedente a arguição, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do Código de Processo Penal 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.⁷³

Faz-se necessário, no entanto, importante reflexão acerca das razões que fundamentaram tal decisão. De fato, o Direito Processual Penal brasileiro é garantista e visa assegurar a não violação de direitos e garantias fundamentais a qualquer cidadão submetido a um processo judicial.

No entanto, os direitos individuais garantidos aos acusados não pretendem diminuir a proteção aos direitos sociais e coletivos, nem mesmo podem diminuir a efetiva tutela jurisdicional que deve ser prestada pelo Estado. Como bem destacou o Ministro Edson Fachin, em voto divergente ao do relator:

[...] a Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, na atual quadra de evolução das relações sociais, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo não encontra guarida na Constituição, pois há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.

Cito como exemplo os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º da Constituição, os quais impõem expressamente a adoção de medidas criminais para a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, §3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente.

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

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão nº 395. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=119&dataPublicacaoDj=15/06/2018&incidente=4962368&codCapitulo=2&numMateria=18&codMateria=4>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

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

Compreendo, portanto, que propugnar pelo déficit de efetividade do direito penal, por qualquer de suas formas, não atende aos ditames constitucionais, que o elege como instrumento de tutela de seus valores mais caros, dentre eles uma série de direitos fundamentais.⁷⁴

O voto supracitado não pretende que as garantias do cidadão, acusado, mas ainda sob a proteção do princípio da presunção de inocência, tenha seus direitos cerceados em detrimento do poder-dever de punir do Estado. O que o douto julgador assevera é que o Direito Penal foi aceito pela Constituição de 1988 como uma “violência Estatal” necessária para a garantia de diversos direitos resguardados pela Carta Magna.

Nesse sentido, não é que se deva tolerar um Estado Máximo, de forma alguma, mas apenas que o Estado possa atuar positivamente no sentido de assegurar a punibilidade daqueles que cometeram delitos na exata medida de suas condutas, sem incorrer em excessos, mas, também, sem que seja ineficiente. Para tanto, é necessário, por vezes, valer-se de seu poder de polícia para apurar delitos, o que pode implicar na adoção de medidas mais severas, como a condução coercitiva, sem, contudo, afastar o princípio da presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si.

Não é porque um indivíduo está sendo conduzido à presença da autoridade para prestar esclarecimentos que ele está sendo considerado culpado, uma vez que não apenas investigados, mas testemunhas, peritos e até mesmo ofendidos podem ser submetidos à medida quando injustificadamente deixam de colaborar com a investigação processual.

Do mesmo modo, também o direito ao silêncio é resguardado, uma vez que a condução para interrogatório não se confunde com obrigação de prestar informações acerca dos fatos. A fim de compreender tal afirmação, faz-se necessário realizar uma breve análise do artigo 187 do Código de Processo Penal:

Art. 187. O interrogatório será constituído de **duas partes**: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua

⁷⁴ FACHIN, Edson. **Voto Vogal**: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF. 2018. 15 f., Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395VotoFachin.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p. 4-5.

atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Faz-se mister destacar que interrogatório é meio de defesa composto por duas fases, a primeira sobre a pessoa do acusado e a segunda sobre os fatos imputados na exordial acusatória. Ainda que o apenado possa exercer o direito ao silêncio na segunda fase do interrogatório, a primeira fase é de ímpar necessidade para que o magistrado possa formar sua convicção, notadamente, no momento aplicação da pena e consideração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Isso porque, a despeito de não ser comum na *práxis* forense, os magistrados deveriam procurar elementos complementares ao acusado, como o meio social em que vive, o local em que reside (não o endereço, mas as circunstâncias sociais do local), os meios de vida adotados, dentre outras informações extremamente relevantes à formação da consciência e determinantes na conduta do indivíduo.

Esse seria o ideal, compreender o que está por traz da conduta do acusado, a fim de fundamentar eventual absolvição ou mesmo condenação com uma reprimenda mais justa e condizente, individualizada, na exata medida das ações perpetradas. Beccaria, na célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, já mencionava a necessidade do respeito ao princípio da proporcionalidade da pena a ser aplicada:

Se o prazer e a dor são a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto

mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem.⁷⁵

Vale frisar que, se condenado, a pena possui objetivos a serem cumpridos. Há muito se superou o caráter meramente retributivo das penas impostas, que agora possuem primordialmente caráter ressocializador, conforme será analisado no tópico seguinte. Dessa forma, apenas por meio da realização da primeira parte do interrogatório, o juiz natural poderá fazer uma aplicação de pena mais justa, proporcional e eficaz, respeitando-se os princípios da busca da verdade real e individualização da pena.

Certo é que esse ideal está longe de ser atingido, mas afastar-se ainda mais, proibindo a condução coercitiva para fins de interrogatório, sob o argumento de que o acusado tem o direito de permanecer em silêncio na segunda fase do ato, não parece ser a solução mais acertada. A justiça deve sempre buscar se aproximar do processo ideal para que seja cada dia mais efetivamente justa. Apesar da impossibilidade de se atingir uma ordem social justa, segundo Kelsen, deve-se caminhar em direção a ela e não no sentido oposto. Para Kelsen:

Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas. Essa é a famosa definição de justiça formulada pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. Mas também a formulação de Bentham não se aplica se entendermos felicidade como um valor subjetivo. É que indivíduos diferentes têm concepções bem diferentes daquilo que seja felicidade. A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo-individual.⁷⁶

Sendo assim, é forçoso concluir que o artigo 260 do Código de Processo Penal não ofende os princípios e garantias fundamentais, notadamente a presunção de inocência, o direito de não autoincriminação e o direito de permanecer em silêncio, desde que respeitados os limites legais estabelecidos, quais sejam, prévia intimação, não comparecimento imotivado, necessidade de realização da primeira parte do interrogatório e, respeitado ainda, o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo.

⁷⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

⁷⁶ KELSEN, Hans, **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

2.6 A desnecessidade da condução coercitiva na Execução Penal

A última fase do processo penal é a fase de execução, nesta o indivíduo que já foi acusado na fase investigatória e condenado na ação penal começa a, de fato, cumprir a pena que lhe foi imposta. Cumpre ressaltar, que a execução penal é regida pela Lei nº 7.210/84 conhecida no meio jurídico como Lei de Execução Penal. De acordo com Avena:

Estabelece o art. 1º da LEP que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. A partir desse regramento, infere-se que a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõem ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança.⁷⁷

A execução penal, por sua vez, é pautada principalmente pelos princípios da jurisdicionalidade, da legalidade, da humanidade e da individualização da pena, que visam um cumprimento de pena justo, adequado e proporcional, sem surpresas e, acima de tudo, com um tratamento humano a todos os reclusos.

Adiante na execução penal, para que se entenda a possibilidade ou não da condução coercitiva nessa fase processual, é importante destacar a função da pena. De acordo com Avena:

A pena, que corresponde à sanção imposta ao agente da prática criminosa, na sistemática do Código Penal Brasileiro, possui duas finalidades nítidas: a primeira **retributiva**, consistente na resposta estatal à infração cometida; e, a segunda, **preventiva**, no sentido de evitar a prática de novos crimes. Esta finalidade *preventiva*, como bem refere Nucci, desdobra-se em quatro aspectos, a saber: **geral negativo**, significando o poder de intimidação da pena em relação à sociedade como um todo; **geral positivo**, correspondente à existência e eficiência do Direito Penal; **especial negativo**, visando demonstrar ao autor do delito que o Estado não será tolerante em relação à prática de outros crimes que, se ocorrerem, implicarão na aplicação de novas penas, muito especialmente a privativa de liberdade; e, por fim, **especial positivo**, no sentido de ressocializar o condenado com vista à sua reintegração à sociedade após a extinção da pena.⁷⁸ (grifo do autor).

Como visto, um dos objetivos da pena, de acordo com a doutrina pátria, é a ressocialização do reeducando e retorno ao convívio social. Nesse contexto o indivíduo, com o auxílio da unidade prisional e dos órgãos de execução,

⁷⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p.10.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 6.

deve se esforçar para voltar ao convívio social, sem a prática de novos delitos, bem como para manter a disciplina com as autoridades, assim ensina Roig:

Nos termos da lei de Execução Penal, a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho (art.44), estando a ela sujeitos o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório (art. 44, parágrafo único).⁷⁹

Dessa forma, é possível verificar que o apenado deve colaborar com a regular realização dos atos processuais, no entanto, como já mencionado por Roig, o indivíduo não estará obrigado a colaborar, tendo a faculdade de escolher suas atitudes. Por óbvio que essas escolhas acarretaram consequências ao indivíduo, visto que, no cumprimento de sua pena, o reeducando deve demonstrar sua reabilitação e capacidade de obedecer às regras e preceitos legais, bem como de respeitar as pessoas.

A despeito de não haver abordagens nesse sentido na doutrina consultada, tentar-se-á fazer um breve paralelo com as formas de condução já analisadas a fim de compreender a necessidade ou não de uso da Condução Coercitiva durante a fase de Execução Penal.

Considerando, a faculdade de escolha durante a execução da pena, é forçoso concluir que o indivíduo não ficará sujeito ao instituto da condução coercitiva. Isso porque há dois atos de execução que podem exigir a presença impreterível do reeducando, quais sejam, a audiência admonitória e a audiência de justificação.

No que tange à audiência admonitória, que é realizada quando o condenado inicia o cumprimento de sua pena no regime aberto, em modalidade domiciliar ou, ainda, quando ele é beneficiado com o livramento condicional, é possível asseverar que, caso o condenado não compareça, diferentemente do que acontece com o interrogatório, na fase de execução, a ausência acarretará prejuízos ao condenado, podendo ensejar falta grave e, até mesmo, regressão de regime prisional. Diante disso, ainda que se quisesse alegar a possibilidade de condução, de acordo com Vanessa Moreira de Oliveira Rodrigues Alves, na prática, essa medida não é adotada, sendo comum a expedição de mandado de prisão, medida

⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

que, inclusive, é mais gravosa e está prevista na legislação específica (informação verbal).⁸⁰

De outro lado, em relação à audiência de justificação, a abordagem ocorre no mesmo sentido. Considerando que se trata exclusivamente de meio de defesa, caso o reeducando, intimado, deixe de comparecer, sofrerá as consequências já previstas na Lei de Execução Penal, não sendo usual a realização de condução para a prática do ato.

Portanto, o reeducando, responsável por suas escolhas durante o processo de execução, deve demonstrar com atitudes positivas que está apto a novamente conviver em sociedade, por isto, não estará sujeito a ser conduzido coercitivamente aos atos processuais inerentes ao processo de execução, sendo submetidos às sanções já especificamente previstas no diploma legal relativo à execução.

⁸⁰ Informações fornecidas por Vanessa Moreira de Oliveira Rodrigues Alves, Defensora Pública que atua na Execução Penal da Comarca de Araguari – MG, em debate no dia 20 de novembro de 2018.

3 BREVE ANÁLISE DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 395/DF E 444/DF

Atualmente, no Brasil, iniciou-se um debate acerca do instituto da condução coercitiva nunca antes visto. Com a deflagração de grandes operações policiais e o uso cada vez mais frequente do instrumento contra investigados, foram apresentadas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, a nº 395/DF e a nº 444/DF que, em 14 de junho de 2018 foram acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, em decisão não transitada em julgado até a publicação da presente obra.

A discussão tomou força devido ao crescimento midiático da operação “Lava-jato”, bem como, em razão da utilização do instrumento em desfavor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Desde então, diversas foram as demandas para declarar a condução coercitiva incompatível com a Constituição Federal, destacando-se os pedidos formulados pelo Partidos dos Trabalhadores (ADPF nº 395/DF), e pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADPF nº 444/DF).

3.1 Causas de pedir das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental

Em suma, a ADPF nº 395/DF pleiteava que o artigo 260 do Código de Processo Penal fosse declarado não recepcionado pela Constituição Federal atingindo o uso do instituto na fase da ação penal, bem como buscava também a declaração de inconstitucionalidade da condução coercitiva como medida cautelar pessoal diversa da prisão, utilizada na fase de investigação preliminar.

Por outro lado, a ADPF nº 444/DF se restringia a atacar a aplicação da condução coercitiva como medida cautela, ou seja, durante a fase investigatória ou, subsidiariamente, que fosse restringida fielmente à hipótese de descumprimento de anterior intimação. Insta ressaltar que ambas foram julgadas na mesma data, conjuntamente, em razão da semelhança entre as causas de pedir.

Por isso, serão analisadas também conjuntamente nos tópicos a seguir.

3.2 Argumentos apontados pelos requerentes

Dentre os principais argumentos apresentados pelo departamento jurídico do Partido dos Trabalhadores, na ação de descumprimento de preceito fundamental que pleiteou a declaração de não recepção da prática de condução coercitiva pela constituição, destaca-se a alegada violação ao princípio da não autoincriminação, segundo o qual, o interrogatório é um meio de defesa do investigado, podendo ele não comparecer à audiência, pois ali estaria produzindo provas contra si mesmo, nesse sentido colaciona-se o seguinte trecho da exordial:

Ora, o direito de defesa, a liberdade e a dignidade do indivíduo são ameaçadas quando o indivíduo é transformado em meio de prova contra si próprio ou em mero objeto da atividade estatal persecutória. A proteção completa da liberdade individual de cada cidadão só é assegurada quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, quando é assegurada uma área intocável de liberdade humana.⁸¹

Já a Ordem dos Advogados do Brasil, na ação proposta, assevera que a fase investigatória faz parte do processo penal e, como tal, devem ser observadas todas as garantias que lhe são inerentes, dentre as quais destacam-se a ampla defesa, o direito ao silêncio, o sistema penal acusatório, entre outros. É o que se depreende do seguinte trecho:

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. 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), 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 1988.⁸²

⁸¹ PARTIDO DOS TRABALHADORES. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Concessão de Medida Liminar. Rio de Janeiro, 2016. 22 p. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 05 out. 2018, p. 10.

⁸² CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Medida Liminar. Brasília: DF, 2017. 16p. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497>>. Acesso em: 05 out. 2018, p. 13.

3.3 Argumentos apontados pela Procuradoria Geral da República enquanto parte interessada

Lado outro, o Ministério Público Federal, em seu parecer, concordou em parte com os argumentos apresentado pelo partido dos trabalhadores, apenas na parte que assegura que o investigado jamais será obrigado a produzir provas contra si, uma vez que o ônus da prova recai sobre quem acusa.

Contudo, segundo argumenta o *parquet*, o instrumento não obriga o investigado a produzir provas, uma vez que o direito assegurado constitucionalmente de permanecer calado não é violado em momento algum, segundo alega:

Diante de tal prerrogativa, poderia ter razão o requerente. Condução coercitiva no processo penal, contudo, somente deverá ser declarada indevida quando realizada com o fim específico de obrigar o conduzido a falar. Nesse espectro, seria evidente a não-conformação constitucional (diante de caso concreto, não em abstrato) de qualquer medida autorizada judicialmente para esta finalidade.⁸³

O representante ministerial lembra ainda da necessidade da condução para qualificar corretamente o investigado, evitando riscos e constrangimentos futuros:

Pode revelar-se a condução coercitiva medida essencial, nesse contexto, para identificação do imputado, ou seja, para saber *quem* é a pessoa potencialmente autora do delito e proporcionar certeza sobre sua identidade. Após a individualização da pessoa suspeita da prática do delito, busca-se saber quem ela é. A identificação não serve para apontar “qual é o plausível autor da infração penal” – função da investigação criminal -, mas para responder à pergunta “quem é tal pessoa?”⁸⁴

Nesse sentido, o item 2.5 da presente obra fez uma análise acerca das fases do interrogatório, abordando os motivos que tornam a condução para tal ato compatíveis com a Constituição, uma vez que, a grosso modo, o interrogatório versa, inicialmente, sobre a pessoa do acusado e, posteriormente, sobre os fatos a ele imputados, conforme disposição do art. 187 do Código de Processo Penal.

Ainda na manifestação do Ministério Público Federal, é apontada outra necessidade do uso da condução coercitiva, qual seja, garantir a fiel aplicação da lei penal, neste aspecto o instituto busca neutralizar riscos ao processo, vejamos trecho do parecer:

⁸³ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Manifestação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF**. Brasília: Procuradoria-geral da República, 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 05 nov. 2018, p. 6.

⁸⁴ Ibid., p.7.

A segunda hipótese de condução coercitiva prevista no ordenamento processual penal – que também extrai amparo legal do art. 260 do CPP, em aplicação conjunta com o princípio constitucional da proporcionalidade, subprincípio da necessidade – é a que possui **natureza cautelar**. Tem por finalidade neutralizar riscos para o processo, mais especificamente para a aplicação da lei penal, a investigação ou instrução criminal ou a ordem pública. Em geral, é decretada para evitar que imputados estabeleçam versão concertada sobre fatos ou, especialmente, para impedir que destruam provas.⁸⁵ (grifo do autor).

Neste aspecto, a condução coercitiva se torna uma medida cautelar menos gravosa ao acusado, evitando, por exemplo, a restrição de liberdade do indivíduo, feita através das prisões temporária ou preventiva. Foram, bem resumidamente, esses os argumentos a favor da condução coercitiva, recaindo sobre o Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de julgar se houve ou não a recepção do instituto da condução coercitiva pela Constituição Federal.

Importante destacar, ainda, que algumas entidades se habilitaram como *amicus curiae* e também apresentaram seus pareceres, foram elas o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, pleiteando, em suma, o deferimento das Arguições ora analisadas.

3.4 Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Como já mencionado, o Tribunal Pleno da Colenda Câmara entendeu, por maioria de votos, acolher o pedido feito pelo Partido dos Trabalhadores e “reforçado” pelo pedido da Ordem dos Advogados do Brasil.

O voto do ministro relator, Gilmar Mendes, até a data de publicação da presente obra ainda não tinha sido disponibilizado, o que impossibilita realizar uma análise de seu teor, por outro lado o voto do senhor Ministro Celso de Melo, que acompanhou o voto do relator, apresenta o seguinte entendimento:

Tenho para mim que se revela inadmissível, sob perspectiva constitucional, a possibilidade de condução coercitiva do investigado, do indicado **ou** do réu, **especialmente** se se analisar a questão **sob a égide** da própria garantia *do devido processo legal*, **inclusive** da prerrogativa

⁸⁵ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Manifestação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF**. Brasília: Procuradoria-geral da República, 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 05 nov. 2018, p. 9.

contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.⁸⁶ (grifo do autor)

Importante ressaltar que o voto do ministro Celso de Melo acompanhou integralmente o voto proferido pelo relator. Outro ministro que achou por bem publicar seu voto foi o vogal Edson Fachin, este por sua vez não acompanhou o ministro relator, defendendo quando possível a condução coercitiva, vejamos:

Sob essa ótica, sem discordar da integralidade das razões invocadas pelo eminente Ministro Relator para fundar suas conclusões e sem descuidar das advertências que lança quanto à necessidade de se estar atento a abusos, compreendo possível a decretação judicial da condução coercitiva de investigados, sempre que o for em substituição a uma medida cautelar típica mais grave, das quais são exemplo a prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal e a prisão temporária prevista na lei 7.960/89.⁸⁷

Neste aspecto o voto do vogal se assemelha com o parecer ministerial, no sentido de que a condução coercitiva surge como medida cautelar que visa evitar prejuízo maior ao acusado, devendo ser decretada sempre que for capaz de satisfizer o anseio processual em detrimento de medida cautelar mais gravosa para a pessoa humana, como as prisões cautelares.

Com isso, chega-se ao final do presente tópico, que teve por objetivo demonstrar os argumentos e peculiaridades apresentados na ação que, até a presente data, declarou a não recepção do instituto da condução coercitiva pela Constituição de 1988.

⁸⁶ MELLO, Celso de. **Voto na** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF. 2018. 31 f., Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p. 13.

⁸⁷ FACHIN, Edson. **Voto Vogal:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF. 2018. 15 f., Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395VotoFachin.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p. 10.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, é forçoso concluir que a condução coercitiva é medida realmente necessária e essencial para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, pautando-se, primordialmente, nos princípios da proporcionalidade e da busca da verdade real sem, contudo, ofender os demais princípios garantistas constitucionais.

Conforme se analisou, a condução coercitiva possui natureza jurídica de medida cautelar pessoal, inominada, apta a substituir as prisões cautelares enquanto medida menos gravosa ao acusado. Apesar de cabível aos diversos sujeitos processuais, o presente estudo restringiu-se aos investigados/acusados e, de acordo com o que foi analisado, apenas o juiz natural é legitimado para expedir o mandado competente.

Dessa forma, durante a fase de investigação preliminar, a condução coercitiva garante a efetividade da tutela jurisdicional ao mesmo tempo em que não restringe a liberdade do acusado além do tempo necessário, em estrita observância ao poder geral de cautela, ínsito ao judiciário, à luz do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, no curso da ação penal, também não foram verificadas ofensas a princípios norteadores do processo penal e, menos ainda, a garantias individuais, desde que utilizada conforme o dispositivo legal que a determina.

Nesse sentido, foi possível verificar que, em relação ao acusado, para que seja eficaz e, ao mesmo tempo, garantista, a condução deve ser precedida de prévia intimação com ausência injustificada, a presença dele deve ser imprescindível para a realização do ato, e a finalidade da condução não pode implicar em ações do acusado que possam infringir o direito à não autoincriminação.

Verificou-se ainda que a condução coercitiva é eficaz e, muitas vezes, capaz de elucidar fatos e garantir a efetiva tutela jurisdicional sem implicar em grave prejuízo ao conduzido, que tem sua liberdade cerceada apenas por algumas horas, perante a vigilância de agentes do estado, não em uma unidade prisional.

Outrossim, em relação à fase de execução, foi possível concluir que, a despeito de ser possível a realização de uma analogia com a aplicação do instituto na fase processual, a discussão é inócua, uma vez que, na prática, não ocorre e, por óbvio, não tem razão de ocorrer. Isso porque o indivíduo, após condenado, é

responsável pelos próprios atos e tem ciência da sanção prevista para cada ação praticada em desacordo com os limites e as finalidades da execução penal, de forma que medida muito mais gravosa, como regressão de regime e expedição de mandado de prisão, é autorizada pela legislação específica.

Por fim, foi realizada uma breve análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF e 444/DF que, conforme explanado, pretendiam a declaração de não recepção da condução coercitiva do investigado ou acusado, para ato pré processual ou para o interrogatório. Após a apresentação de razões das partes interessadas, o Pleno do Tribunal, por maioria de votos, acolheu as arguições e pronunciou a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante no artigo 260 do Código de Processo Penal.

Muito embora tenha sido esta a decisão, até a publicação da presente obra ainda não havia transitado em julgado, uma vez que está pendente o julgamento de recursos.

Por tudo o que foi exposto e discutido, a conclusão da presente obra é no sentido de que a condução coercitiva é sim medida necessária ao Estado Democrático de Direito e, desde que observados os limites que a ponderam, não ofende garantias individuais e, ao mesmo tempo, assegura a prestação de uma tutela jurisdicional mais eficaz, dever do Estado determinado pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Coleção: Teoria e Direito Público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

_____. **Processo penal**. 9.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Manifestação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF**. Brasília: Procuradoria-geral da República, 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 05 nov. 2018, p. 6.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (RT Textos fundamentais; 1).

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF, 5 out. 1988, art. 5º, LVII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão

processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em: 07 nov. 2018

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Lei de Organização Criminosa**. Brasília, DF, 03 de ago. de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=119&dataPublicacaoDj=15/06/2018&incidente=4962368&codCapitulo=2&numMateria=18&codMateria=4>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Medida Liminar. Brasília: DF, 2017. 16p. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149497>>. Acesso em: 05 out. 2018.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Memorial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444**. Brasília: Procuradoria-geral da República, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_MemorialnaADPF444.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

FACHIN, Edson. **Voto Vogal**: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF. 2018. 15 f., Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395VotoFachin.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. in: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KELSEN, Hans, **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALAN, Diogo. Condução Coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal. **Boletim IBCCrim**, [s.i.], p.2-4, jan. 2015. Mensal.

MANDADO de Condução Coercitiva. Produção de Renato Brasileiro de Lima. [s.i]: Youtube, 2016. (27 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yXal8HW5wOE>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MELLO, Celso de. **Voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395/DF**. 2018. 31 f., Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p. 13.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PARTIDO DOS TRABALHADORES. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Concessão de Medida Liminar. Rio de Janeiro, 2016. 22 p. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 05 out. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172 RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/06/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-01 PP-00001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016.