



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

MATHEUS PRESTES CAMBRUZZI

**A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO
INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Tubarão

2017

MATHEUS PRESTES CAMBRUZZI

**A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO
INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade do Sul de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Denise Silva de Amorim Faria, Msc.

Tubarão

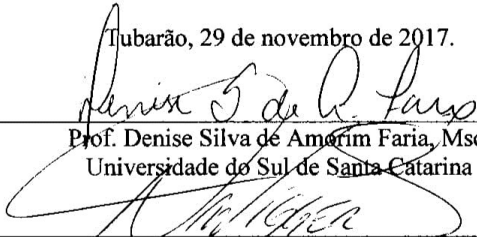
2017

MATHEUS PRESTES CAMBRUZZI

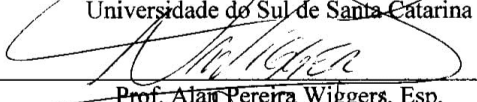
**A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO
INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

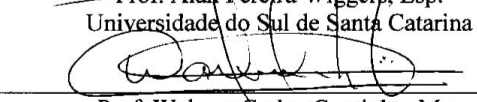
Tubarão, 29 de novembro de 2017.



Prof. Denise Silva de Amorim Faria, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Alan Pereira Wiggers, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Walmor Carlos Coutinho, Msc
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esta pesquisa aos pilares da minha vida: meus pais e meus amigos, por todo apoio para a realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por proporcionar sabedoria e paciência ao realizar um trabalho como este e ao alcançar todos os outros objetivos, não somente da vida acadêmica, mas também da vida profissional.

Aos meus pais, exemplo de vida, por ter proporcionado a realização desse sonho que é a graduação no curso de Direito, o qual serei eternamente grato.

Aos meus amigos Alexsandro Silva e Lucas de Moraes, que juntos formamos uma equipe inseparável e imparável, sendo grandes amigos para a vida, não só acadêmica, mas fora dela também. Foram grandes momentos juntos!

As minhas amigas Milene, Fernanda, Julia e Brenda, que sempre estiveram do meu lado em todos os momentos cobrando sempre um resultado positivo.

A professora e orientadora Denise Silva de Amorim Faria, que me acompanha desde o semestre passado, tendo me auxiliado não somente nesta pesquisa, mas também fora desta, na vida acadêmica, como professora.

A todos meus amigos que de qualquer forma me ajudaram indiretamente ou diretamente, ou me aturaram nos momentos mais difíceis.

“Tenha coragem de seguir seu coração e intuição, de alguma maneira eles já sabem o que você realmente quer se tornar.” (Steve Jobs)

RESUMO

O presente trabalho teve como escopo analisar, sob a égide constitucional, a realização da condução coercitiva do indiciado no inquérito policial. Para isso, quanto ao nível de profundidade, o trabalho adota o método exploratório, quanto à abordagem foi adotada a técnica qualitativa e quanto ao procedimento de coletas de dados, foi empregado o método bibliográfico. Os resultados do presente estudo foram obtidos a partir da análise acerca da constitucionalidade da condução coercitiva do indiciado durante a fase de investigação policial, sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais e processuais. Nesse sentido, foram expostos estudos doutrinários feitos acerca de todo o procedimento referente à fase do inquérito policial, até a conclusão efetiva dos aspectos envolventes da constitucionalidade do tema em questão. Por conseguinte, confirma-se na pesquisa a inexistência de inconstitucionalidade na aplicação do instituto por parte da polícia judiciária em conduzir coercitivamente o indiciado a prestar depoimento durante a fase investigativa, considerando que a prestação de informações por parte do indiciado se mostra como uma faculdade, em observância aos seus direitos e garantias previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Constituição. Direitos e garantias individuais. Inquérito policial.

ABSTRACT

The present work had as scope to analyze, under the constitutional aegis, the accomplishment of the coercive conduct of the person indicted in the police investigation. In order to do this, in the depth level, the work adopts the exploratory method, as far as the approach was adopted the qualitative technique and as for the procedure of data collection, the bibliographic method was used. The results of the present study were obtained from the analysis of the constitutionality of the coercive conduct of the accused during the police investigation phase, under the prism of fundamental and procedural rights and guarantees. In this sense, there were exposed doctrinal studies about the whole procedure concerning the police investigation phase, until the actual conclusion of the aspects surrounding the constitutionality of the subject in question. Consequently, it is confirmed in the investigation that there is no unconstitutionality in the application of the institute by the judicial police to coercively lead the accused to testify during the investigative phase, considering that the provision of information by the accused is shown as a faculty, in compliance with their constitutionally guaranteed rights and guarantees.

Keywords: Constitution. Individual rights and guarantees. Police inquiry.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.3 HIPÓTESE.....	11
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	12
1.5 JUSTIFICATIVA	13
1.6 OBJETIVOS	13
1.6.1 Geral	13
1.6.2 Específicos	13
1.7 DELINEAMENTO DA PESQUISA	14
1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	14
2 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (FASE PRÉ-PROCESSUAL) E A POLÍCIA JUDICIÁRIA	16
2.1 INÍCIO, CONCEITO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	16
2.2 CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	17
2.2.1 Inquisitividade	17
2.2.2 Sigiloso.....	17
2.2.3 Indisponível.....	18
2.2.4 Dispensável.....	19
2.2.5 Escrito.....	19
2.2.6 Oficiosidade.....	19
2.3 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	20
2.3.1 Atribuição e funções da polícia judiciária.....	20
2.3.2 Poder de Polícia	21
3 DIRETOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DO INDICIADO	23
3.1 O INVESTIGADO COMO SUJEITO DE DIREITOS	23
3.2 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INVESTIGADO	25
3.2.1 Igualdade.....	25
3.2.2 Legalidade.....	26
3.2.3 Proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante	27
3.2.4 Devido processo legal	28

3.2.5	Direito ao silêncio	29
3.3	DIREITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DO INVESTIGADO	30
3.3.1	Presunção de inocência (não culpabilidade)	30
3.3.2	Contraditório e ampla defesa	31
3.4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	32
3.4.1	ADPF 395	34
3.4.2	ADPF 444	35
4	DA CONDUÇÃO COERCITIVA	37
4.1	CONCEITO E LEGALIDADE	37
4.1.1	Condução coercitiva do ofendido.....	39
4.1.2	Condução coercitiva do perito	39
4.1.3	Condução coercitiva da testemunha.....	40
4.1.4	Condução coercitiva do investigado ou acusado	42
4.1.4.1	Aspectos particulares da condução coercitiva do investigado	42
4.2	PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA	45
4.3	DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA.....	50
5	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

De início, observa-se que o direito penal e processual penal brasileiros são alvos de inúmeras matérias jornalísticas sobre a aplicação e efetividade desses direitos. Com o tema da pesquisa proposto não foi diferente, no último ano foram centenas de reportagens – algumas enaltecendo e outras criticando – a realização das conduções coercitivas realizadas pela Polícia Federal.

Nesse cenário, constitui-se tema desta pesquisa a análise da constitucionalidade da condução coercitiva durante o transcorrer do inquérito policial. Ao pesquisar sobre este assunto buscou-se conhecer o que vem sendo aplicado no ordenamento jurídico, levando em considerações as ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como a posição da doutrina em relação ao tema focado.

Para a elaboração da pesquisa foram analisados aspectos que abrangem a compreensão do constitucionalismo no Brasil com destaque nos direitos fundamentais do indiciado no inquérito policial, bem como a finalidade do inquérito no sistema processual.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

Esta pesquisa tem como objeto verificar se as conduções coercitivas realizadas pelas autoridades policiais afetam ou não os direitos e garantias individuais, sendo esses direitos o núcleo da proteção da dignidade da pessoa. (BRANCO, 2009, p. 265).

Partindo dessa premissa, observa-se no ordenamento jurídico que o instituto da condução coercitiva é um método utilizado para levar alguém ao emanante da ordem, principalmente nas investigações criminais.

Neste contexto, constitui-se tema desta pesquisa a verificação da constitucionalidade da condução coercitiva, sendo expedido o mandado por parte da autoridade policial.

A condução coercitiva do indiciado tem como finalidade a realização do interrogatório, sendo também objeto da pesquisa para saber se há uma possível violações aos direitos constitucionais ao efetivar a condução para esse fim.

Será por meio do estudo que será observado se os direitos fundamentais de primeira geração – direitos e garantias individuais (MORAES, 2012, p. 29) – são assegurados ao indiciado durante a efetivação da ordem.

É no Código de Processo Penal que tem o início da pesquisa, em sua art. 260, *caput*, instituindo a condução coercitiva, objeto do estudo, *in verbis*:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

A problemática do estudo e pesquisa cinge-se a análise de princípios, doutrinas e principalmente as ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, números 395 e 444 que discutem a constitucionalidade da condução coercitiva.

A Constituição assegura em seu artigo 5º, inciso II, ao réu – assim como a qualquer acusado, indiciado, investigado ou suspeito – o direito de não produzir prova contra si mesmo. Por conseguinte, aquele de quem não se pode esperar nem exigir colaboração com a acusação não estará sujeito a qualquer espécie de dever de responder às perguntas formuladas.

O direito de não produzir provas contra si mesmo no curso de uma investigação criminal ou um processo penal é uma opção política dos constituintes de 1988. Reflete uma escolha consciente, dentre os diferentes modelos de sistema penal. Com efeito o, no Brasil, ao longo do tempo, o regime jurídico do interrogatório variou, ora sendo caracterizado como meio de defesa, ora como meio de prova.

Dessa forma, fez-se necessária a análise do artigo bem como entendimentos acerca do mesmo, uma vez que a aplicabilidade desta medida coercitiva gera divergências.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A realização da condução coercitiva do indiciado no transcorrer da investigação policial possui respaldo constitucional?

1.3 HIPÓTESE

A não realização da condução coercitiva do acusado não resultaria em uma inefetividade do procedimento penal, tanto em um inquérito penal ou em uma ação penal, já que o indiciado possui direitos de não produzir provas contra si e manter-se em silêncio. Não representaria, tampouco crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal, porquanto está de frente ao princípio que ninguém pode ser privado de sua liberdade, direito esse ferido no cumprimento do mandado de condução coercitiva.

1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Princípios: Miguel Reale traz que "princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".

Constitucional: Segundo Bitar (1996, v.1, p.477), dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração.

Inquérito Policial: Tem valor probatório relativo, por ser meramente informativo, tendo a finalidade de fornecer os elementos necessários para a propositura da ação penal e pelo fato de que as provas nele produzidas não estão sob a égide do contraditório e da ampla defesa, e sequer na presença do juiz de direito. (CAPEZ, 2011, p.118).

Polícia judiciária: Conforme dispõe Tourinho Filho (2011, p. 119) a polícia judiciária, também conhecida no ordenamento jurídico como polícia civil, possui a função investigatória que se dá quando do recebimento da *notitia criminis* vez que, estando à polícia judiciária em posse de informações de possível infração penal, esta possui a incumbência de apurar e investigar os fatos ali constantes.

Condução Coercitiva: É uma forma impositiva de levar sujeitos do processo, ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, à presença de autoridades policiais ou judiciárias.

Investigado: Para Nucci (2014, p. 510) “é o sujeito passivo da relação processual. Enquanto transcorre a investigação, deve-se denominá-lo de indiciado, se, formalmente, apontado como suspeito pelo Estado. No momento do oferecimento da denúncia, o correto é chamá-lo de denunciado ou imputado. Após o recebimento da denúncia, torna-se acusado ou réu”.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF): é a denominação dada no Direito brasileiro à ferramenta utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios), incluídos atos anteriores à promulgação da Constituição, dispõe Moraes (2012, p. 820).

1.5 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema como uma pesquisa para o trabalho de conclusão do curso se deu através dos inúmeros casos de condução coercitiva no último ano no cenário do ordenamento jurídico, principalmente nas operações deflagradas pela Polícia Federal.

Outrossim, a relevância do assunto alcança patamares superiores, sendo objeto de ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que coincide diretamente com o tema da pesquisa, analisar sua constitucionalidade perante os direitos e deveres constitucionais.

Sendo assim, observa-se, pelo presente, que se diferencia na questão de contextualização, já que se está em numa realidade em que o tema abordado é de relevante interesse social e, conseqüentemente, será um importante instrumento para os interessados em conhecer mais acerca do assunto.

Feita a explanação, justifica-se o presente trabalho na busca em conhecer os direitos que são envolvidos na efetivação da condução coercitiva.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Geral

Analisar se a realização da condução coercitiva do indiciado no transcorrer do inquérito policial possui respaldo constitucional.

1.6.2 Específicos

Identificar os direitos constitucionais que são envolvidos durante a concretização da condução coercitiva.

Comparar os direitos constitucionais efetivados com os direitos constitucionais desrespeitados no ato da realização da medida cautelar.

Demonstrar a divergência de entendimentos quanto à aplicabilidade da medida coercitiva prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal.

1.7 DELINEAMENTO DA PESQUISA

Quanto ao nível da pesquisa, a mesma é classificada como exploratória, para KÖCHE (1997, apud, LEONEL; MOTTA, 2007), esta tem o objetivo de “desencadear um processo de investigação que identifique a natureza do fenômeno e aponte as características essenciais das variáveis que se quer estudar”, uma vez que visa conhecer os diversos entendimentos acerca do objeto investigado.

É caracterizada quanto à abordagem como qualitativa, aquela na qual o pesquisador envolve-se com o processo e tem como principal objetivo conhecer as percepções dos sujeitos pesquisados acerca da situação-problema estudada. (LEONEL; MOTTA, 2007)

Em relação e ao procedimento utilizado na coleta de dados, a pesquisa se dará pelo método bibliográfico e documental, utilizando fontes secundárias em busca da resposta ao problema, a partir da leitura de livros, artigos, teses, meios eletrônicos, entre outros (LEONEL; MOTTA, 2007).

O presente estudo terá como forma de abordagem, uma análise qualitativa, que possui o objetivo de aproximar o pesquisador do assunto e conhecer os pontos de vista dos sujeitos pesquisados acerca do objeto investigado, conforme Leonel e Motta (2007). A temática será apresentada seguindo o raciocínio de estudos e interpretação dos materiais coletados a fim de consolidar o que foi pesquisado por meio do trabalho de conclusão de curso.

1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Tendo em vista que o primeiro capítulo é introdutório e o último é conclusivo, a presente pesquisa fora estruturada em três capítulos principais. No primeiro capítulo foi trabalhado o inquérito policial e o procedimento inquisitório realizado pela polícia no uso de suas atribuições, esmiuçando desde seus princípios até o método utilizado.

Em sequência, no segundo capítulo são apresentados os direitos e garantias fundamentais do indiciado no decorrer do inquérito policial, o que serve de base para o próximo capítulo.

Por fim, no terceiro capítulo, foi explanado sobre a condução coercitiva propriamente dita e elucidado este instituto sob a égide constitucional e a posição da doutrina e jurisprudência.

Finalizando, o quinto capítulo denominado conclusão, trouxe a posição do pesquisador quanto ao tema e os objetivos alcançados.

2 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (FASE PRÉ-PROCESSUAL) E A POLÍCIA JUDICIÁRIA

Primeiramente, antes de adentrar no tema objeto deste capítulo, faz-se imprescindível a definição do próprio conceito de “investigação criminal”. Segundo Tourinho Filho (2011, p. 110), a investigação é "o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo". Ou seja, uma fase pré-processual que visa buscar elementos de informação para uma possível ação penal.

As atividades de polícia judiciária, de conformidade com o artigo 144, § 1º, IV, da Constituição Federal, são exercidas pela Polícia Federal, quando no âmbito da União e pelas Polícias Civis, no âmbito estadual, exceto a apuração de infrações militares (as quais serão apuradas pela respectiva organização militar, de acordo com § 4º, do artigo em comento).

Outrossim, a Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, determina, em seu artigo 2º, que “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”.

Dessarte, sendo o inquérito policial um instrumento indispensável à consecução da Justiça, neste capítulo serão abordados desde seu conceito e finalidade, até as características que lhe são concernentes. Outrossim, será exposto o papel da polícia judiciária, abordando seus aspectos legais e também discorrendo sobre o poder de polícia.

2.1 INÍCIO, CONCEITO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Após o Estado tomar conhecimento da prática de um delito, surge o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito e para isso necessita de elementos para formar a opinião punitiva (*fumus comissi delicti*) conforme defende Lima (2016, p. 167).

Como ensina Tourinho Filho (2003, p. 192), o inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, com o objetivo de apurar uma infração penal, bem como, sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo.

O professor Tourinho Filho (2011, p.110) leciona que o inquérito policial deve ser instruído conforme artigo 6º do Código de Processo Penal, devendo a autoridade policial

realizar todas aquelas diligências previstas para reunir um maior número de provas para vislumbrar a materialidade e autoria do crime.

Portanto, a investigação criminal não tem a única finalidade de apurar suposto crime e seu autor, mas também para afirmar que não existiu crime. De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, referindo-se ao inquérito policial, "é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos", um verdadeiro filtro processual a serviço da Justiça.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Todo procedimento é norteado por princípios que são essenciais para a eficácia persecução criminal, sendo que na investigação criminal não é diferente. Na sequência serão analisadas as principais características do inquérito policial.

2.2.1 Inquisitividade

Ao discorrer sobre esta característica, Veloso (2011) afirma que devido o inquérito policial não ser um processo e sim um procedimento administrativo investigatório, possui natureza inquisitiva, pois o agente administrativo goza de poderes discricionários para conduzir as investigações.

Este atributo é de extrema necessidade, já que, permite a agilidade das investigações, intensificando a atuação da autoridade policial, é a opinião bem justificada dos professores Nestor Távora e Rosmar Alencar (2014, p.120).

Nas palavras de Bonfim (2016, p. 175) o inquérito policial “não integrando o processo penal em sentido estrito, conforme pacífica jurisprudência do STF e do STJ, não está sujeito ao princípio do contraditório ou da ampla defesa.”, tornando-o inquisitivo.

2.2.2 Sigiloso

Essa característica está presente no próprio Código de Processo Penal, em seu art. 20, que dispõe que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”(BRASIL, 1941).

Ressalta-se que com o advento da Lei n. 13.245/2016, assegurando o direito de o advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo

sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”, essa característica perdeu eficácia.

Porém, a autoridade responsável pela investigação poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (art. 7º, § 11, do EOAB).

Quanto ao sigilo externo, nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, pág. 106) que “objetiva-se assim o sigilo aos terceiros estranhos à persecução e principalmente à imprensa, no intuito de serem evitadas condenações sumárias pela opinião pública, com a publicação de informações prelibatórias, que muitas vezes não se sustentam na fase processual”.

Em relação ao sigilo interno, este por sua vez já foi alvo de grandes debates em doutrinas e jurisprudência, que resultou na elaboração da súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Sendo assim, não se pode ocultar provas do indiciado a fim de surpreendê-lo em seu interrogatório, conforme voto do Ministro Gilmar Mendes no inquérito 4244/DF.

2.2.3 Indisponível

A indisponibilidade está no sentido que tendo iniciado o procedimento investigatório, a autoridade competente não tem poderes para arquivá-lo, característica presente no art. 17 do Código de Processo Penal, que estabelece que “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.”. (BRASIL, 1941)

O inquérito policial é matéria de ordem pública, e uma vez iniciado, não pode o delegado de polícia simplesmente dele desobrigar-se, tampouco mandar arquivar. Se a autoridade policial ao analisar as circunstâncias fáticas perceber que não houve o delito, não deve instaurar o Inquérito. Neste sentido o delegado de polícia não é obrigado a instaurar o inquérito, devendo antes se atentar a plausibilidade da notícia do crime. (LOPES JR, 2014, p. 120).

2.2.4 Dispensável

Importa salientar que a indisponibilidade não se confunde com a dispensabilidade. Segundo leciona Távora (2016, p. 121) pode-se concluir que o inquérito policial não é imprescindível para a propositura da ação penal. Por exemplo, se os elementos foram encontrados de outra forma, não obsta o início da ação penal, pois não se exige a instauração do inquérito.

Levando em consideração que a finalidade do inquérito policial é a obtenção de elementos probatórios para a propositura da ação penal, desde que o titular da ação penal disponha desses elementos, torna-se perfeitamente dispensável o inquérito.. (LIMA, 2016, P. 175).

2.2.5 Escrito

Essa característica está presente no art. 9º do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. (BRASIL,1941)

Registra o lecionador Reis (2016, p. 19) que o art. 405 do mesmo diploma legal, com a alteração da Lei n. 11.719/2008, dispõe sobre a gravação magnética, não tornando o procedimento exclusivamente escrito.

Desta sorte, deverão ser admitidos, sempre que possível, o registro dos depoimentos das partes do inquérito realizados por recursos de gravação magnética, estenotipia, digital e outras similares, com o intuito de obter uma maior fidelidade das informações. (LIMA, 2016, P. 175).

2.2.6 Oficiosidade

Segundo Manzano (2013, p. 140), esse princípio consiste que a autoridade policial é obrigada a instaurar o inquérito policial no momento que tem o conhecimento da notícia de um crime de ação penal pública.

A autoridade policial, ao tomar ciência da ocorrência de um crime de ação penal pública incondicionada tem o dever de agir de ofício, investigando prontamente os fatos e dispensando a provocação da vítima ou qualquer outra pessoa. (TÁVORA, 2014, p. 120).

Salienta-se que essa característica oficiosa do inquérito não é incompatível com a discricionariedade, pois, a oficiosidade relaciona-se com a obrigação que a autoridade policial possui em instaurar o inquérito policial em crimes de ação penal pública incondicionada, e a discricionariedade está ligada a forma de condução das investigações, tanto em relação a natureza dos atos quanto a ordem de sua realização. (LIMA, 2016, p. 190).

2.3 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

No presente capítulo serão expostas às funções e atribuições da polícia judiciária, demonstrando sua participação no inquérito policial, justificando o poder de polícia para a realização e cumprimento dos mandados de condução coercitiva.

2.3.1 Atribuição e funções da Polícia judiciária

A partir da exemplificação das atribuições da autoridade policial por meio da Lei 12.830/13 o legislador buscou, utilizando a Constituição como norte, dar a autonomia necessária para o Delegado utilizar-se de meios necessários para a obtenção de provas de uma forma mais célere, permitindo o acesso direto a certas informações com o objetivo de assegurar o interesse da coletividade em esclarecer a verdade na investigação criminal. (CASTRO, 2016)

Em consonância com o doutrinador Tourinho Filho (2011, p. 119) a polícia judiciária possui a função investigatória quando do recebimento da *notitia criminis*, restando a incumbência de apurar e investigar os fatos ali constantes.

A Carta Magna delega à Polícia Civil as funções da polícia judiciária para investigar as condutas tipificadas no diploma legal, conforme estabelecido no artigo 144, parágrafo 4º, o qual segue transcrito:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988)

Tourinho Filho (2011, p. 110) aduz que “para a Constituição, Polícia Civil é a incumbida de elaborar o inquérito, enquanto a polícia judiciária é a destinada a cumprir as requisições dos Juízes e membros do Ministério Público”. E:

A Polícia Civil (ou Judiciária, como é mais conhecida) tem, assim, por finalidade investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo, como bem diz o artigo 4º do Código de Processo Penal.

2.3.2 Poder de Polícia

O poder de polícia, conforme explana José dos Carvalho Filho (2011, p. 69), possui dois significados, o primeiro denominado de sentido amplo, significa que o “poder de polícia é toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais [...]”. Já o segundo denominado de sentido estrito, é a “[...] prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade”.

Para completar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 829) escreve que “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”.

No ordenamento brasileiro, o poder de polícia pode ser encontrado no Código Tributário Nacional, positivado no art. 78, conforme dispositivo legal transcrito abaixo:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966)

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 118), “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”

Importante saber estabelecer a diferença entre as atividades de polícia administrativa e atividade de polícia judiciária dentro do próprio poder de polícia. Para esse

fim, passa-se a utilizar o conceito de polícia administrativa defendido por Carvalho Filho (2011, p. 75), como sendo a atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. As atividades de polícia administrativa possuem um caráter mais fiscalizador e, incidem, essencialmente sobre as atividades das pessoas.

De outro lado, polícia judiciária, para Carvalho Filho (2011, p.75) embora também a considere administrativa, tem a função de preparar a atuação da função jurisdicional penal, que é regulada pelo Código de Processo Penal e é executada por órgãos de segurança, sendo estes a Polícia Militar e Polícia Civil. Ainda, a polícia judiciária preordena-se ao indivíduo em si, ou seja, aquele a quem se atribui a prática de infrações penais.

Imperioso destacar, por oportuno, que a persecução penal deve se desenvolver sempre com a observância dos princípios e valores constitucionais, seja na fase pré-processual, seja na fase processual, considerando que a pessoa que está sendo investigada é um sujeito de direito e não objeto de investigação, assunto este que será tratado na sequência.

3 DIRETOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DO INDICIADO

Neste capítulo serão abordados alguns temas que possibilitarão a compreensão e contextualização de assuntos relativos aos direitos e garantias constitucionais do indiciado no Brasil, com a intenção de direcionar os conceitos para o alcance dos objetivos pretendidos com este trabalho.

Com efeito, serão abordados alguns princípios e garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis durante a fase pré-processual, a fim de concluir-se acerca da (in) constitucional da condução coercitiva do indiciado.

Discorrer-se-á, ainda, acerca do controle de constitucionalidade sobre as normas pré-constitucionais para entender as ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que estão tramitando no Supremo Tribunal Federal sobre a temática da legalidade da condução coercitiva do acusado.

3.1 O INVESTIGADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Por muito tempo o processo penal tratou o investigado como um simples objeto da investigação criminal, retirando-lhe a condição de sujeito de direitos e garantias. Basta recordar os sistemas processuais penais que existiram séculos atrás, onde o modo inquisitivo do julgador e a tortura perduraram por muitos anos. Nos dias atuais, ainda são estudadas e defendidas algumas ideias com semelhante roupagem de tratar o investigado como objeto, tendo como exemplo o direito penal do inimigo. Justificando essa condição que o investigado deve ser um sujeito de direitos e não um objeto, o doutrinador Fauzi Hassan Choukr (2006) defende:

a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.

Seguindo o pensamento de que o investigado deve ser tratado na condição de pessoa, a investigação criminal nada mais é que o fato contido na *notitia criminis*, ou seja, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre qual recai a totalidade dos atos realizados nessa fase (LOPES JR, 2014).

Nesse sentido, o objeto da investigação é o crime e não o suposto criminoso. Partindo do crime que se chega ao criminoso e não ao contrário, como muitos ainda tentam insistir infelizmente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata claramente o investigado como sujeito de direitos e garantias estabelecendo, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, além de procurar ser um Estado Democrático de Direito.

Foi uma posição sábia de o constituinte ter positivado a dignidade da pessoa humana como fundamento e não como um direito subjetivo apenas, pois ela é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a iniciar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, entre outras. Nessa esteira, a realização da dignidade da pessoa humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais, estes expressamente consagrados pela Constituição de 1988 (VIEIRA, 2006).

O ser humano tem a capacidade de controlar nossos instintos que levam a agir em busca da plenitude de nossos interesses primários, no entanto, é essa aptidão de agir buscando não só o nosso interesse, mas também aquilo que se julga correto em relação aos demais para que seus direitos não sejam infringidos é que nos separa dos animais. Portanto, a dignidade está vinculada a nossa capacidade de nos conduzirmos pela razão e não nos deixarmos levar pelas nossas paixões (VIEIRA, 2006).

É a razão que nos permite considerar o outro como indivíduo e não apenas como um instrumento para consecução de nossos interesses. Dessa forma, a dignidade é uma característica intrínseca do ser humano (SARLET, 2015).

Durante muito tempo o processo penal, principalmente a investigação criminal, ao eleger a busca da verdade, ou melhor, ambição da verdade como valor objetivo supremo, negou a dignidade ao indivíduo a ele submetido, manifestamente contrário ao sistema acusatório delineado pela Constituição Federal de 1988 (LOPES JR; ROSA, 2014).

É um grave erro se falar em busca de verdade real, não só porque a própria noção de verdade é excessiva e difícil de ser apreendida, mas também pelo fato de não se poder atribuir o adjetivo de real a um fato passado, que só existe no imaginário, portanto é perigoso para a preservação dos direitos do investigado essa ambição que existe pela busca de uma verdade pensada (TÁVORA apud LOPES JR, 2014).

A prioridade que foi dada à dignidade da pessoa humana pela Lei Maior reflete por todo o ordenamento jurídico, de modo que não é possível coisificar o investigado,

despindo-lhe de direitos. Por mais grave que tenha sido o crime, não perde o investigado a condição de pessoa, tendo, por consequência, direitos. Na investigação criminal, a dignidade da pessoa é o limite ao interesse público relacionado ao poder punitivo do Estado, na busca da verdade sobre a suspeita prática de condutas consideradas infrações penais. Além de ser limite da atividade estatal, o Estado deverá ter uma meta permanente de proteção, promoção e realização concreta de uma vida digna a todos (SARLET, 2015).

Portanto, compete ao inquérito policial (ou investigação) resguardar a dignidade do investigado. Assim, verifica-se que o inquérito policial o instrumento de ponderação entre interesse público de descobrir uma infração penal e os direitos da pessoa sob a qual recaia a investigação, logo, o inquérito deve ser eficiente de modo que restrinja o mínimo possível os direitos do investigado, a fim de preservar a sua dignidade.

Afirmar que o cidadão investigado é apenas objeto de investigação e não sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido, é o mesmo que dizer que o inquérito policial é lugar onde a Carta Magna não pisa e foro onde o direito bate em portas lacradas (FURTADO, 2000).

3.2 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INVESTIGADO

3.2.1 Igualdade

A igualdade perante a lei está estabelecida no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde consta que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

Desde a promulgação e publicação da última Constituição Federal se pretende eliminar do ordenamento qualquer norma que contraria à igualdade entre os sujeitos na relação processual, tendo em vista que a lei é, em regra, igual para todos.

A igualdade é direito inerente ao conceito comum de Justiça, pois tem por função conceber a toda pessoa o direito de ser tratada de forma igual em situações jurídicas semelhantes, não sendo possível qualquer diferenciação entre os sujeitos, que não seja a distinção estipulada pelo próprio legislador, perpetrada previamente através das normas de modo formal e razoável (MORAES, 2013).

Esta cláusula tem como objetivo ordenar duas frentes distintas: uma em relação ao próprio legislador que, em regra, não poderá emitir nenhuma norma, pareceres ou demais atos normativos que crie ou permita qualquer forma de desigualdade entre os sujeitos. A outra

medida é em relação à autoridade que aplica o direito, a qual não poderá de maneira alguma impor a lei de forma arbitrária e com distinções aos indivíduos frente a uma mesma situação (MORAES, 2013).

Ainda, a igualdade que é também chamada de isonomia não é um conceito exato, pois é necessário o respeito à individualidade e as desigualdades preexistentes na realidade, nos campos socioeconômicas. Mas é forma, legal e exige a aplicação generalizada sobre todo e qualquer ato do Estado, quer seja no exercício da função de legislar ou executando a lei (SZNICK, 2002).

No âmbito da investigação criminal a igualdade se insere no contexto vítima ou lesado e investigado, que ambos devem ser tratados de forma isonômica, o que significa que devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer seus direitos durante a instrução do inquérito policial.

Portanto, os sujeitos processuais devem ter as mesmas chances de fazer valer suas razões, e ser tratados igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades (CAPEZ, 2015).

O investigado não deve estar em situação desvantajosa e inferior, isto porque ele é um sujeito com inúmeros direitos a si inerentes, não sendo certo agir e ser tratado de forma inferior na persecução criminal. Logo, tratando-se de inquérito policial com vários indivíduos figurando como investigados, qualquer seja o número destes, devem ser tratados de forma igual, na medida que não poderá haver qualquer diferenciação de tratamento que não seja as previstas no ordenamento jurídico.

3.2.2 Legalidade

A Constituição Federal de 1988 prescreve no inciso II do artigo 5º, o comando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, é disposto claramente que a única forma de compelir um sujeito agir ou não agir é através da estrita existência de norma, ao que se chamada de Legalidade (MORAES, 2013).

A legalidade é um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do sistema jurídico, dando origem a múltiplas expressões, tais como processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei, repristinação ad lei, lacunas da lei, legalidade administrativas, legalidade penal, entre outras (BRANCO; COELHO; MENDES, 2015).

A legalidade é uma garantia, tendo em vista que afirma ao sujeito a capacidade de oposição a prescrições que não estejam dispostas no ordenamento jurídico que se subordina. Sobre a determinação legal não cabem exceções, pois é uma resolução imperativa (LOPES, 1999).

No processo penal, a legalidade insere formas e limites ao poder de processar do Estado, pois determina através da lei os ritos, meios, formas que devem ser seguidos plenamente para uma persecução processual penal sem nulidades.

No inquérito policial, o início da averiguação, coleta de indícios, indiciamento, determinação do tipo penal até o relatório final devem ser pautados na lei, de tal modo que o indiciado não precisa se sujeitar a nada que tenha forma diversa do que está escrito na lei, sempre em conformidade com a Lei Maior.

Ainda, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal revela mais um nuance da legalidade, quando termina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem sem prévia cominação legal, que se traduz na tipicidade do direito penal, ou melhor, para que certa conduta seja considerada um delito deverá haver sua previsão no ordenamento antes da ocorrência do fato. Isto se chama de tipicidade fechada, pois não há como enquadrar a conduta por semelhança ou analogia (MARTINS, 2014).

3.2.3 Proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante

Tortura pode ser traduzida como o suplício que se faz a alguém. Tratamento desumano ou degradante, tem-se como meios de causar grande mágoa ou aflição, tanto de forma física como psíquica (SANTOS, 2001).

A chamada tortura judiciária, na época do século XII, tinha a supervisão do juiz e era utilizada quando havia indícios contra determinado sujeito, mas não uma prova plena, buscava-se, assim, a considerada prova maior, qual seja a confissão (SZNICK, 2002). Além de ser meio de prova, a tortura também foi utilizada como forma de punição. As fogueiras da Santa Inquisição e as máscaras de ferros dos impérios foram métodos de cumprimento de pena. Através da força, também se executavam penas (CARNEIRO, 1996).

Na Constituição Federal 1988, o artigo 5º, inciso III, está prescrito que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. A Norma Fundamental também prescreve que a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática de tortura (BRASIL, 1988).

Além dessa previsão, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que estabelecem o respeito a integridade física e psicológica dos brasileiros, a exemplo da Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Pacto São José da Costa Rica (1969), que dispõe que toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, bem como que ninguém será submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes.

Portanto, não se pode aplicar qualquer forma de tortura ou tratamento degradante e desumano com vista a conseguir a confissão principalmente, de modo que nenhum dos atos da investigação criminal pode molestar o sujeito, mitigando sua dignidade e todos os seus direitos que a Lei Maior estabelece.

3.2.4 Devido processo legal

Conforme dicção do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Devido processo legal significa que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens (RANGEL, 2014).

No mesmo sentido, o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto ao âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor (MORAES, 2013).

De modo que o trâmite adequado dos procedimentos, incluindo o inquérito policial, revela-se em garantia de respeito aos direitos do interessado e acatamento dos ritos e meios processuais.

As garantias constitucionais ligadas ao devido processo legal podem assim ser consideradas: (a) referentes ao acesso à justiça criminal, esculpidas nos incisos LXXIV e LXXVII, as quais consideram não apenas o aspecto técnico, mas também o econômico; (b) referentes ao tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, disposição constante do caput do artigo 5º, identificado como princípio da isonomia processual; (c) relacionadas à plenitude de defesa, constantes dos incisos LV e LVI, garantido o contraditório e a ampla defesa, bem como a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito; (d) relativas à motivação e à publicidade dos atos processuais penais, constante no inciso LX, do artigo 5º e no inciso IX, do artigo 93; (e) determinante do prazo razoável de duração do processo,

reconhecida até pouco tempo pela cláusula aberta do parágrafo 2º. do artigo 5º. e, inserida na Carta Constitucional, de forma expressa no inciso LXXVIII pela Emenda 45/2004; e (f) referentes à execução penal, relacionadas nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, e XXV, estabelecendo que nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado; garantindo a individualização da pena; vedando o estabelecimento de determinadas penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis e outros preceitos estabelecendo garantias à integridade e dignidade dos presos (TUCCI, 2004).

Importante mencionar o direito que todo cidadão tem de peticionar em caso de necessidade de defesa de seus direitos, contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como obter certidões de repartições públicas a fim de obter esclarecimentos de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas. É uma tentativa de proporcionar ao indivíduo o pleno exercício da cidadania e controle de abusos de poder (BRASIL, 1988).

Por fim, insta salientar de que a nossa Carta Magna estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, isso significa que configura o conflito de interesses e invocada a tutela jurisdicional, essa deve ser prestada por tribunais pré-constituídos. Não se pode criar tribunais após verificado o fato que motivou a busca da prestação jurisdicional do Estado. Assim, objetivou-se erradicar o chamado tribunal de exceção, juízos ad hoc ou tribunais de segurança nacional (ANDRADE, 2008).

3.2.5 Direito ao silêncio

O direito ao silêncio, vindo da Convenção Americana dos Direitos Humanos, está constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no 186, caput, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Prescreve que na condição de sujeito, a quem é imputado à autoria de um delito, manter-se calado e não responder as perguntas proferidas pela autoridade policial ou judiciária.

Ademais, é direito inerente ao preceito de autodefesa e preservação, de modo que o investigado poderá abster-se de falar, se assim lhe convir, sendo aplicável a indivíduos que estejam em liberdade ou recolhidos na prisão em consequência de uma das formas de prisão provisória.

O direito ao silêncio, em especial nos interrogatórios, tem por finalidade resguardar a personalidade humana, como amplamente considerada, ou seja, em sua liberdade, segurança, saúde e intimidade (SZNICK, 2002).

A expressão latina *nemotenetur se detegere* que traduzida significa ninguém será obrigado a acusar a si próprio deve ser utilizada na sua forma mais pura, não podendo de modo algum a autoridade policial ou judicial considerar tal silencia como um indício de culpa (TOURINHO FILHO, 2009).

Além disso, por ser preconizado na Constituição Federal, tal direito deve ser alargado e abranger todos os sujeitos envolvidos no inquérito policial ou no processo penal.

O direito de permanecer em silêncio e não se auto-incriminar estabelece um obstáculo na formação da prova de autoria, mas tal barreira não pode de nenhum modo ser ultrapassada, mesmo que de forma singela, pois poderá afetar o aspecto ético do procedimento inquisitorial (GOMES FILHO, 1997).

Com efeito, na situação do interrogatório ou quando da expedição do auto de prisão em flagrante, esse direito deve ser sempre comunicado pela autoridade ao investigado, de modo que tal advertência deverá constar claramente no texto dos autos.

3.3 DIREITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DO INVESTIGADO

3.3.1 Presunção de inocência (não culpabilidade)

No Brasil, a presunção de inocência está disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de eficácia (LOPES JÚNIOR, 2014).

Há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência, a saber: a) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir; b) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste; c) trata-se de regra direcionada ao investigador e juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (BRASILEIRO apud SILVA, 2016).

A presunção de inocência deve ser maximizada em todas suas nuances, mormente no que se refere à carga de prova e às regras de tratamento do imputado, devendo ser evitada a publicidade abusiva (estigmatização do investigado ou acusado) e o abuso de prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2014).

Nesse viés, a presunção de inocência afeta, diretamente: a) a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); b) a limitação à publicidade abusiva (para redução de danos em virtude da estigmatização prematura do sujeito passivo); c) a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2014).

Ademais, o princípio da presunção de inocência durante a investigação criminal merece mais obediência e observância, tendo em vista que na fase inquisitiva apenas se está buscando o *fumus commissi delicti*, ou seja, os mínimos indícios de autoria e materialidade delitiva, sendo inviável desconsiderar a presunção de não culpabilidade do sujeito passivo com base em meras suspeitas.

3.3.2 Contraditório e ampla defesa

Importante destacar que não há como separar o contraditório da ampla defesa, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa (CARVALHO, 1992). Isto porque de nada adiantaria aduzir que ao investigado é garantida a ampla defesa, se não lhe for permitido praticar do inquérito policial, até porque o direito de defesa não é um direito autônomo, mas sim um direito replica (LOPES JÚNIOR, 2001).

O contraditório e a ampla defesa são diferentes, pelo menos no plano teórico, a defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro, de informação) que brota o exercício da defesa, mas é esta que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Daí se vem a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (LOPES JÚNIOR apud GRINOVER, 2014).

Com a imputação e, mormente com o contraditório que se cria da comunicação da existência e do conteúdo da imputação, nasce para o sujeito passivo a possibilidade de resistir à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no procedimento na busca de provas de descargo ou, ao menos, que possam atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo (LOPES JÚNIOR, 2001).

Considerada a interação entre defesa e contraditório não se pode negar a existência de ambos na investigação criminal, ante o que dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Assim, o respeito ao contraditório impõe que o investigado seja cientificado que as investigações são convergentes contra sua pessoa e a partir então possa indicar diligências e apresentar elementos informativos que entender úteis à sua defesa, sendo que o próprio artigo 14 do Código de Processo Penal já prevê a possibilidade de solicitação de

diligências junto à autoridade policial que seriam realizadas ou não a critério desta (CHOUKR, 2001).

O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica que ninguém pode ser acuado ou julgado sem defensor, exercida por advogado habilitado, diante a presunção absoluta de hipossuficiência técnica do investigado ou réu (artigo 261 do Código de Processo e artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal); b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio investigado ou acusado. Tal defesa pessoal se subdivide em positiva (quando presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determina prova, participando de reconhecimento ou acareação) ou negativa (utiliza o direito do silêncio ou se recusa participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemotenetur se detegeredo* artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (LOPES JÚNIOR, 2014).

3.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

No Brasil, o controle de constitucionalidade judicial, na forma repressiva, se divide em duas formas: a) controle concentrado; b) controle difuso. Ambos os controles visam a verificação de compatibilidade, bem como adequação entre normas: as leis e a Constituição Federal (MASSON, 2016).

É imperioso destacar que neste trabalho só interessa o controle concentrado, uma vez que o ~~nosso~~ objeto de estudo é a (in)constitucionalidade da condução coercitiva, tendo em vista que tal mecanismo processual de investigação está sendo discutido no Supremo Tribunal Federal por meio desse controle de constitucionalidade, conforme veremos a seguir.

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito da Constituição dos Estados-Membros, têm origem na Emenda Constitucional 16/1965, que deu nova redação ao artigo 101, alínea “k”, da Constituição de 1946, atribuindo ao STF competência para processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Conservada nas suas linhas gerais pelas Constituições de 1967 e 1969, a representação de inconstitucionalidade assumiu uma nova e importante dimensão a partir da Constituição de 1988, em face da significativa ampliação do rol de legitimados ativos. Dessa forma, foram incluídos como legitimados o Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias

Legislativas, pelos Governadores dos Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme artigo 103 da Constituição de 1988 (ZAVASCKI, 2017).

Nos dias atuais, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade no Brasil (que é realizado exclusivamente pelo STF, na tutela da Constituição Federal), possui como instrumentos: a) ação direta de inconstitucionalidade – artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal; b) ação declaratória de constitucionalidade – artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal; c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – artigo 103, §2º, da Constituição Federal; d) arguição de descumprimento de preceito fundamental – artigo 102, §1º, da Constituição Federal (MASSON, 2016).

Destaque especial para este trabalho, pela sua natureza e transcendental importância no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, deve ser dado à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal e disciplinada pela Lei n. 9.882/1999. Cuida-se de ação de competência originária do STF, destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Seus legitimados ativos são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (ZAVASCKI, 2017).

Além disso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia jurisdicional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. São controvérsias dessa natureza, não comportáveis no âmbito de ADI e de ADC, as que dizem respeito: a) à constitucionalidade ou não de normas municipais em face da Constituição Federal; b) à recepção ou não, por novo ordenamento constitucional, de normas infraconstitucionais editadas sob regime revogado; c) à constitucionalidade ou não de normas infraconstitucionais já revogadas ou de medidas provisórias não convertidas em lei, mas cuja legitimidade ou não é questionada em face da sua eficácia ultra-ativa (ZAVASCKI, 2017).

A decisão sobre a ADPF só poderá ser tomada se presentes pelo menos 2/3 dos Ministros (8 Ministros). Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do artigo 23 da Lei n. 9.868/99, segundo a qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. Julgada a ação, deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se se for o caso, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (BRANCO; COELHO; MENDES, 2015).

Os efeitos da decisão são *extunc*(retroativos) e *erga omnes* (a todos), contudo a Lei n. 9.882/99 reconhece igualmente a possibilidade de que por maioria de 2/3 se declara a inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex nunc* ou, com efeito, a partir do momento que venha a ser estabelecido pelo Tribunal (BRANCO; COELHO; MENDES, 2015).

3.4.1 ADPF 395

O Partido dos Trabalhadores (PT) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, na qual tem como pleito que a condução coercitiva para realização de interrogatório, disposta no artigo 260 do Código de Processo Penal, seja declarada incompatível com a Constituição Federal (BRASIL, 2016).

Conforme o partido alega, todos os cidadãos têm a obrigação legal de colaborar com a Justiça durante uma investigação penal. Em caso de omissão, mentira ou silêncio serão processados por falso testemunho. Entretanto, essa regra não se aplicaria à pessoa que, indagada sobre qualquer questão, perceba que sua resposta o levará à autoincriminação (BRASIL, 2016).

Na ação, o partido argumenta que o preceito fundamental é a liberdade individual, seja em sua dimensão abstrata como garantia individual (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), seja especialmente na liberdade assegurada aos indivíduos de não serem compelidos, de qualquer forma e por qualquer meio, a produzirem provas contra si mesmos em processos penais, conforme o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2016).

Esse tipo de condução ganhou repercussão no ano de 2016, quando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi levado à superintendência da Polícia Federal em São Paulo (CONJUR, 2017)

O relator da ADPF é o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. O magistrado admitiu o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais como *amicus curiae*. Para o IDDD, conduzir pessoas à força para prestar depoimento só tem sentido no cenário de criação do Código de Processo Penal, no governo de Getúlio Vargas, inspirado pelo fascismo. O IBCCrim entende que esse tipo de ato tem sido bastante banalizado nos tempos atuais, sendo verdadeiro abuso da autoridade estatal conduzir quem sequer fora intimado anteriormente (CONJUR, 2017).

Do lado oposto, a Procuradoria-Geral da República e a Polícia Federal não concordam com os argumentos das entidades e defendem a constitucionalidade das conduções coercitivas.

O Ministro Gilmar Mendes relata também outra ação que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ainda sem previsão de julgamento, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Para a OAB, é incabível conduzir à força pessoas que em nenhum momento não quiseram cumprir a intimação que lhe é feita. Ainda, a OAB diz que o artigo 260 do Código de Processo Penal exige comportamento ativo do investigado e está em desacordo com os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, como os princípios da imparcialidade, do direito ao silêncio, da paridade de armas e da ampla defesa (CONJUR, 2017).

3.4.2 ADPF 444

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pediu que o Supremo Tribunal Federal reconheça a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do artigo 260 do Código de Processo Penal, no que se refere ao uso da condução coercitiva na fase de investigação criminal. A questão é o pleito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, ajuizada, com pedido de liminar, pela entidade (BRASIL, 2017).

Conforme aduz a OAB, a norma prevê a condução coercitiva do acusado para fins de realização de interrogatório e outros atos no âmbito do processo judicial, contudo, a regra tem sido interpretada em contrariedade com os preceitos constitucionais ao se permitir a sua utilização para a constituição de atos no curso da investigação criminal. Argumenta ainda que a medida tem sido sistematicamente adotada sem a observância da premissa do próprio artigo 260 do Código de Processo Penal, ou seja, sem que o cidadão tenha descumprido anterior intimação (BRASIL, 2017).

A entidade sustenta que a condução coercitiva durante a fase da investigação criminal, ainda que decretada pela autoridade judiciária competente, viola os preceitos fundamentais da imparcialidade, do direito ao silêncio, do direito de não produzir prova contra si mesmo, do princípio do sistema penal acusatório, do devido processo legal, da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, aduzem que é incabível a determinação de sua condução forçada durante a fase de inquérito, pois se trata de medida cautelar que deve ser somente utilizada na fase judicial, se necessário (BRASIL, 2017).

Se caso não seja acolhido o pedido principal, a OAB requer que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do dispositivo do Código de Processo Penal,

a fim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento injustificado do acusado (BRASIL, 2017).

O ministro Gilmar Mendes observou que a ADPF 395, com objeto semelhante, está liberada para julgamento pelo Plenário. No despacho, o relator determinou ainda a requisição de informações à Presidência da República, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, a serem prestadas no prazo dez dias. Logo depois, os autos deverão ser encaminhados, progressivamente, para manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, para que se manifestem no prazo de cinco dias (BRASIL, 2017).

4 DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Neste capítulo será abordado o instituto da condução coercitiva, discorrendo sobre seu conceito e características, bem como as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no tocante à constitucionalidade da medida, buscando construir um raciocínio lógico, coerente e compatível com ordenamento jurídico pátrio sobre a aplicação do instituto.

Destarte, analisar-se-á se a condução coercitiva se trata de uma modalidade de prisão ou apenas uma medida de polícia para que o indivíduo colabore com a justiça, como também, dissertar-se-á sobre a necessidade de ponderação dos princípios fundamentais da preservação da ordem pública e tutela da sociedade por meio da condução coercitiva e os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana que permeiam este instituto.

4.1 CONCEITO E LEGALIDADE

A condução coercitiva consiste no instituto pelo qual a vítima, a testemunha, o perito e o investigado são encaminhados compulsoriamente à presença da autoridade competente (judiciária ou policial), que expediu o mandado, quando que devidamente intimados, se recusaram a comparecer de livre e espontânea vontade, não comprovando motivo justificado pela ausência. Inclusive as partes envolvidas podem responder pelo crime previsto no artigo 330 do Código Penal (CRUZ, 2011).

Tal medida contra a vítima, o acusado e a testemunha está prevista, respectivamente, nos artigos 201, §1º, 260 e 218 do Código de Processo Penal.

Importante ainda mencionar, que o item 50 da Instrução Normativa n. 11/2001DG/DPF, da Polícia Federal, bem como do Manual de Planejamento Operacional de 2013 oriundo da Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado, autorizam a condução coercitiva das testemunhas.

A Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), precisamente no seu artigo 80, também prevê a possibilidade de condução coercitiva, afirmando que nenhum ato será adiado, determinando o juiz quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer (BRASIL, 1995).

Ademais, cumpre salientar, que embora exista controvérsia sobre o poder de investigação do Ministério Público, a Lei Federal n. 8.625, em seu artigo 26, está prevista a possibilidade do Órgão Ministerial requisitar informações, exames periciais e documentos, promover inspeções e diligências investigatórias e notificar pessoas para prestar depoimentos,

podendo inclusive determinar a sua condução coercitiva caso intimada, a testemunha não compareça ao local e horário determinado. Portanto, tem-se como legítima a requisição de condução coercitiva por parte do *parquet* quando atua como *custus iuris*, e aquele que se recusa poderá, ainda, cometer crime de desobediência descrito no artigo 330 do Código Penal (SANTOS, 2015).

Imperiosa é a análise dos principais artigos do Código de Processo Penal que tratam sobre a condução coercitiva. Assim, se confere ao dispositivo que trata da condução coercitiva do ofendido:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.
§ 1º - Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.
[...]

Ainda, a condução coercitiva da testemunha:

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

Por último, a condução coercitiva do acusado ou investigado:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.
Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

Analisando tais dispositivos repara-se que o legislador, para distinguir as competências das autoridades no Código de Processo Penal, utilizou-se das expressões autoridade policial e autoridade judicial, sendo que em alguns artigos se limita apenas a atribuir autoridade, sem ao menos especificar qual autoridade é competente para expedir o mandado da condução coercitiva, como é o caso dos artigos 201, §1º e 260, ambos do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a condução coercitiva do ofendido e do acusado, respectivamente, contudo, há doutrinadores que entendam apenas ser competência da autoridade judicial (LACERDA, 2010).

4.1.1 Condução coercitiva do ofendido

Conforme já foi exposto no item acima, a condução do ofendido encontra-se estampada no artigo 201, §1º, do Código de Processo Penal. É consabido que o ofendido é aquele que teve violado o seu bem jurídico protegido pela lei pela prática de alguma infração penal. Além do acusado ou investigado, é ele o principal interessado nas investigações dos fatos com fim para conclusão do inquérito policial, bem como para o deslinde do feito na fase acusatória, sendo de enorme importância que o ofendido preste esclarecimento acerca dos fatos, já que pode fornecer elementos para confirmação da autoria e materialidade da infração penal apurada (NUCCI, 2015).

A presença do ofendido é extremamente necessária justamente porque na maioria dos casos, somente ele pode prestar os esclarecimentos mais importantes em relação à autoria da infração penal e suas circunstâncias. Por esse motivo, permite-se que o ofendido seja conduzido coercitivamente pela autoridade quando, após regular notificação, não comparecer, sem apresentar justo motivo (SANTOS, 2015).

Dessa forma, se regularmente intimada, a vítima não comparecer, poder-se-á determinar sua condução coercitiva à presença da autoridade de polícia ou judicial, podendo o ofendido resistente responder, inclusive, pelo crime de desobediência descrito no artigo 330 do Código Penal (BONFIM, 2010).

Trazendo uma advertência neste assunto, há doutrinadores que defendem a condução coercitiva da vítima quanto à realização de exame pericial somente quando tal medida não for invasiva. Com efeito, o artigo 219 do Código de Processo Penal descreve consequências para a testemunha que não se aplica ao ofendido, como é o caso de o ofendido não responder por crime de falso testemunha, contudo, poderá responder por denúncia caluniosa (LIMA, 2013).

4.1.2 Condução coercitiva do perito

O artigo 278 do Código de Processo Penal se refere à condução coercitiva do perito, inferindo que em caso de não comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar sua condução (BRASIL, 1941). Ainda, o Código de Processo Penal Militar, precisamente no seu artigo 51, trata da condução coercitiva do perito, descrevendo que não comparecendo o perito, sem justa causa, o juiz poderá determinar a sua apresentação,

oficiando, para esse fim, à autoridade militar ou civil competente, quando se tratar de oficial ou de funcionário público (BRASIL, 1969).

Insta salientar que a condução coercitiva do perito deve ser aplicada quando não houver outro meio alternativo, ou seja, na impossibilidade de designação de outra pessoa no lugar do perito, tornando de extrema importância aquela prova oriunda do parecer do perito faltoso (ALENCAR; TÁVORA, 2013).

4.1.3 Condução coercitiva da testemunha

Além do que dispõe o artigo 218 do Código de Processo Penal, os artigos 206 e 458 do mesmo diploma trata sobre aspectos relacionados à condução coercitiva da testemunha, senão vejamos:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-lhe-á a multa prevista no § 2o do art. 436 deste Código.

A testemunha é a pessoa que toma conhecimento de algum fato juridicamente relevante, podendo, assim, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e falar a verdade (NUCCI, 2015).

As testemunhas podem ser classificadas da seguinte maneira: a) testemunha direta ou indireta como sendo as que deponham sobre fatos que tenham presenciado ou que tiveram ciência a partir de informações advindas de terceiros; b) testemunhas próprias ou impróprias como sendo as que deponham ou não sobre fato objetos do processo, ainda, são testemunhas impróprias ou instrumentários, que são aquelas que presenciam atos processuais que os tornam legítimos; c) as testemunhas informantes são aqueles que não prestam o compromisso legal para com a verdade; d) as testemunhas referidas são aquelas que são citadas ou indicadas no depoimento prestado por outras testemunhas (BONFIM, 2010).

Com efeito, analisando todos os dispositivos citados acerca da condução coercitiva da testemunha, constata-se uma preocupação do legislador em atingir a efetividade e celeridade no procedimento quando determina que o magistrado deverá indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, bem como a proibição de adiamento da

audiência, salvo se houver motivo justificado e relevante à comprovação dos fatos, oportunidade em que poderá ser determinada a condução coercitiva daquele que deixar de comparecer, quando intimado (GONÇALVES; REIS, 2012).

Uma vez regularmente notificada, surge para a testemunha o dever de comparecer perante a autoridade policial ou judicial para prestar o seu depoimento, consubstanciando um dever cuja inobservância acarreta sanções legais. Portanto, a autoridade que haja notificado determinada pessoa para prestar depoimento, ante sua ausência injustificada na data, horário e local designados, pode determinar a condução da coercitiva da testemunha faltosa (SANTOS, 2015).

Assim, é possível que a testemunha seja conduzida coercitivamente para prestar seu depoimento, sendo que tal medida não configura natureza punitiva, mas é objetivamente restritiva da liberdade e deve durar unicamente pelo tempo necessário ao depoimento (CHOUKR, 2011).

A possibilidade de condução coercitiva tem como requisito a notificação da testemunha para prestar depoimento (artigo 218 do Código de Processo Penal), o que representa a necessidade de a pessoa ter sido pessoalmente cientificada do dever de comparecer perante a autoridade (policial ou judicial), conforme dispõe os artigos 351 e 370 do Código de Processo Penal. A ausência injustificada ainda sujeita a testemunha que faltou ao crime de desobediência, bem como ao pagamento de multa e das custas da diligência a que deu causa (SANTOS, 2015).

As testemunhas arroladas pelas partes devem ser intimadas para comparecerem em audiência. Caso a testemunha intimada não compareça, poderá ser determinada a sua condução coercitiva. A ausência de intimação, por seu turno, implica na renovação do ato processual. Se não for oportunizada às partes a produção de prova testemunha, haverá nulidade absoluta, tal como pode ocorrer com o magistrado que veda a intimação das testemunhas arroladas na denúncia ou queixa-crime e pela defesa preliminar do acusado. Se intimada, a testemunha não comparece à audiência, se não for determinada sua condução coercitiva, haverá possibilidade de invalidação processual se as partes não anuírem com a sua dispensa, pois configuraria hipótese de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Outrossim, é possível, que o magistrado entenda por indeferir o pedido de condução coercitiva da testemunha faltosa, por verificar a desnecessidade de sua oitiva. Em tal hipótese, para o reconhecimento do vício processual, o interessado deve comprovar o prejuízo, alegando-o oportunamente nos autos (ALENCAR; TÁVORA, 2013).

4.1.4 Condução coercitiva do investigado ou acusado

O artigo 260 do Código de Processo Penal prevê sobre a condução coercitiva do acusado. Apesar de que a lei se refira apenas ao acusado, admite-se, por interpretação extensiva, que seja também determinada a condução coercitiva do investigado durante a fase do inquérito policial (SANTOS, 2015).

Sendo o investigado notificado a comparecer perante autoridade policial para ser interrogado, terá o dever de comparecer ainda que apenas para ser qualificado, já que tem o direito de permanecer calado em relação aos fatos criminosos. A fim de garantir a providência da qualificação do investigado, o artigo 260 do Código de Processo Penal admite a sua condução coercitiva, cujo mandado pode ser expedido pela própria autoridade policial, posto que não equivale a uma ordem de prisão, na medida em que o indiciado será liberado imediatamente após o interrogatório, durante o qual, obviamente, poderá fazer o uso do direito ao silêncio no que diz respeito aos fatos (GONÇALVES; REIS, 2012).

Portanto, poderá o investigado ou acusado ser coercitivamente conduzido para o interrogatório, não estando, no entanto, obrigado a responder as perguntas que lhe forem feitas, pois, o direito ao silêncio tem amparo constitucional, conforme prevê o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal (BONFIM, 2010).

4.1.4.1 Aspectos particulares da condução coercitiva do investigado

No ordenamento jurídico brasileiro, a condução coercitiva é classificada em duas espécies. A primeira consiste na prática de ato processual, tratada como medida de coação pelo artigo 260 do Código de Processo Penal. A segunda é medida cautelar inominada, voltada a neutralizar risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal. Em decorrência do princípio da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, a adoção desta última modalidade evita decretação de cautelar mais grave, como seria, por exemplo, a prisão (BRASIL, 2017).

Há quem defenda que a condução coercitiva é uma modalidade de prisão, conforme ensinamentos do doutrinador Guilherme Nucci (2012, p. 31):

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou

acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio.

Assim, conforme o escólio do autor acima mencionado, existem seis possibilidades de prisão cautelar: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e; f) a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia (NUCCI, 2012).

Feita essa menção sobre a condução coercitiva como modalidade de prisão, importante é a análise das duas espécies de condução coercitiva anteriormente apontadas.

A primeira forma de condução (para a prática de ato processual) decorre do poder de coação assegurado ao estado, no exercício de suas atividades de persecução criminal, em sentido amplo, de infrações penais. A Constituição da República Federativa do Brasil confere-lhe poderes para atingir a finalidade de investigar, processar e, se for o caso, punir responsáveis pela prática de condutas criminosas, sempre respeitadas as garantias constitucionais das pessoas (BRASIL, 2017).

Considerando que é assegurado constitucionalmente o direito ao silêncio, é possível condução coercitiva de investigados para que, por exemplo, sejam qualificados perante a autoridade policial. Interrogatório é ato que, a par de seu conteúdo probatório essencial, envolve prévia qualificação do investigado, a qual pode ser essencial para evitar risco de homônimas e, ao final, para possibilitar aplicação da lei penal (BRASIL, 2017).

Pode revelar-se a condução coercitiva medida essencial, nesse contexto, para identificação do imputado, justamente 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, mas para responder à pergunta quem é tal pessoa (MENDONÇA, 2016).

A segunda espécie de condução coercitiva prevista no ordenamento processual penal, com amparo legal do artigo 260 do Código de Processo Penal, em aplicação conjunta com o princípio constitucional da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, é a que possui natureza cautelar. Tem por objetivo neutralizar riscos para o processo penal, 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 (BRASIL, 2017).

É consabido que as medidas cautelares no processo penal possuem caráter acessório e visam a garantir efetividade de ações principais. Impedem que fatores externos, em especial decorrentes da conduta de investigados, frustrem ou tumultuem a investigação dos fatos ou a aplicação da lei. O regramento das cautelares teve por escopo evitar o excesso de prisão provisória no país, sobretudo em face da crônica superlotação do sistema penitenciário e das condições caóticas de numerosas unidades prisionais do País (BRASIL, 2017).

O artigo 282 do Código de Processo Penal estabeleceu a aplicação das medidas cautelares pelo juiz, por ofício ou a requerimento das partes, isolada ou cumulativamente, considerando que devem ter preferência sobre a decretação da prisão preventiva (BRASIL, 2017).

Extrai-se do próprio texto constitucional a possibilidade de o Órgão Julgador exercer poder cautelar. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegura tutela jurisdicional adequada e concede aos juízes poderes para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade. Não faria sentido que a Constituição reputasse direito fundamental o acesso à via judicial, impondo que pedidos sejam apreciados em prazo razoável, para que a solução oferecida pelo provimento jurisdicional fosse inócua, inútil, dada a impossibilidade de assegurá-la com medidas cautelares (BRASIL, 2017).

O princípio da proteção efetiva conduz à inevitável conclusão de que toda ação remete a possibilidade de medida cautelar a lhe garantir utilidade e eficiência. Como instrumento acautelatório, a condução coercitiva deve ser compreendida como medida menos gravosa do que a prisão temporária ou preventiva (BRASIL, 2017).

Quando é devidamente fundamentada e justificada diante do caso concreto, a condução coercitiva contém, de forma equilibrada, garantia de eficácia das demais medidas cautelares realizadas concomitantemente, sem interferir de forma irrazoável desproporcional na restrição de liberdade do conduzido (BRASIL, 2017).

Portanto, ainda que sem previsão legal específica, a condução coercitiva é meio de garantir eficácia à produção de provas nas duas fases da persecução criminal. Deve, para tanto, ser executada, sempre, mediante prévia justificação de necessidade, evitando que se lance mão de medidas mais gravosas de restrição de liberdade, como a prisão temporária ou preventiva. Nesse sentido, a condução coercitiva precisa ser compreendida sistemicamente como medida que decorre de forma legítima do poder geral de cautela inerente ao Poder

Judiciário, com base nos princípios orientadores da atuação jurisdicional, sem malferir a legalidade estrita (BRASIL, 2017).

4.2 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

A doutrina é dividida em relação a recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, onde muitos defendem a constitucionalidade da condução coercitiva e outros compartilham a inconstitucionalidade, com base no fundamento de desobrigação do comparecimento do acusado ou investigado ao interrogatório por se esse meio de defesa.

Tourinho Filho (2011, p. 300) defende a aplicação da condução coercitiva nos casos de dúvida do juiz quanto à qualificação do acusado:

De observar, até, que o Juiz poderá mandar conduzi-lo a sua presença, conforme preceitua o art 260 do CPP. É o que diz o texto legal. Mas, se o acusado tem o direito constitucional de permanecer calado, por obvio não se justifica sua condução coercitiva para que se proceda ao interrogatório. Parece mesmo que o art. 260 tinha razão de ser antes de a Constituição haver consagrado o direito ao silencio, para que o Juiz pudesse valer-se das regras dos arts. 186, última parte, e 198, ambos do CPP, na sua redação primitiva. Tendo tais normas caído no vazio, parece claro que, com elas, também desapareceu, no particular, a razão da condução coercitiva. É verdade que o art. 260 cuida também da necessidade da presença do acusado para um reconhecimento, acareação ou qualquer ato que sem ele não possa ser realizado. Quanto ao reconhecimento e acareação, sabe-se que o réu não está obrigado a fornecer provas contra si mesmo, e, desse modo, injustificável seria a condução coercitiva. Que outro ato exigiria a sua presença? A conciliação de que trata o art, 520 do CPP? A jurisprudência majoritária e no sentido de que se o querelado não atende a intimação para a audiência de conciliação, nem por isso deve o Juiz determinar sua condução coercitiva. Simplesmente há de se entender que ele não quer a conciliação, e o processo prossegue. (...). Todavia, se houver alguma dúvida quanto a sua identidade, e o Magistrado entender necessária sua presença, aí sim. Do contrário, não mais se justifica a condução coercitiva do acusado. Seu direito ao silencio e inclusive o de não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo tomaram espécie de texto morto a regra do art. 260.

O doutrinador Nestor Távora (2013, p. 427) entende que a condução coercitiva é usual na busca da efetividade do interrogatório, embora apresente constitucionalidade duvidosa, pois a ausência do investigado deve ser interpretada como um indicativo de defesa, afastando-se a hipótese de conduzi-lo coercitivamente:

O interrogatório pode funcionar até como fonte de prova, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova. O mais importante são as consequências processuais de considerar o interrogatório como meio substancial de defesa ligado ao princípio constitucional correlato. A primeira consequência, já

reconhecida, é a impossibilidade de haver prejuízo ao imputado por ter invocado o direito ao silêncio, pois este não pode levar à presunção de culpa. Uma segunda seria a impossibilidade de condução coercitiva daquele que mesmo citado pessoalmente, deixa de comparecer ao ato. A ausência deve ser encarada como expressão da autodefesa, evitando-se o constrangimento de trazer o réu, mesmo a contragosto, para a audiência.

Parte da doutrina, por outro lado, defende também a condução coercitiva quando o investigado, o ofendido e as testemunhas são devidamente intimados e não comparecem, nem justificam a ausência, implicando- desta forma no crime de desobediência. A partir desse viés, constata-se que há o direito de autoridade policial expedir mandado de condução coercitiva (CRUZ, 2011).

Já o doutrinador Norberto Avena (2010) entende que a condução coercitiva do acusado é restrita ao magistrado e quando a autoridade policial necessitar conduzir coercitivamente a sua presença o investigado ou qualquer outra pessoa deverá solicitar ao juiz que expeça o mandado.

Para Nucci (2011), a autoridade competente para determinar a condução coercitiva é somente o magistrado, tendo em vista ser uma modalidade de prisão processual de curta duração. Portanto, quando o delegado de polícia necessitar conduzir qualquer pessoa a sua presença, deverá pleitear ao magistrado que determine a condução coercitiva.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Paulo Rangel (2011, p. 27), que confirma o poder do juiz de aplicar a condução coercitiva:

Assim, embora se conheça o princípio de que não haverá pena sem processo (*nulla poena si ne iudicio*), é a própria Constituição Federal (cf. art. 98, I) que permite ao legislador ordinário (Lei nº 9.099/95) estabelecer este procedimento, quer dizer: este é o devido processo legal nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Não há ofensa à Constituição Federal (art. 5º, LIV, c/c art. 98, I) (cf. item infra 4.10). Destarte, todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei. A condução coercitiva determinada pela autoridade judiciária, a busca e apreensão (arts. 240 e seguintes do CPP), bem como as medidas cautelares, visam a descoberta da verdade processual dos fatos, porém com respeito aos procedimentos delineados em lei.

Ante o exposto, verifica-se que o uso da condução coercitiva na fase do inquérito policial é medida das mais controversas na doutrina e jurisprudência. Uma corrente acredita ser possível sua decretação pelo próprio delegado de polícia, defendendo ser a condução coercitiva instrumento de uso disponível pela autoridade policial, essa seria ferramenta eficaz para trazer à presença do delegado de polícia aquele que desatendeu intimação prévia para o

comparecimento em sede policial com vistas a ser interrogado. Utilizada ainda de maneira a colher informações de maneira célere e com o fito de impedir que os suspeitos combinassem versões e prejudicassem as investigações (REZENDE, 2013).

Em nenhum momento a condução coercitiva poderá gerar violação de direitos fundamentais do conduzido, que somente poderá ser interrogado se desejar falar e, ainda assim, na presença de seu advogado. Portanto, o direito ao silêncio é garantido. Contudo, não decorre de tais circunstâncias suposto direito a não ser conduzido, especialmente se restar demonstrada a necessidade da medida como forma de não frustrar a colheita de provas (BRASIL, 2017).

Nesse caminho, importante citar as precisas considerações de Vladimir Aras (2017):

A condução coercitiva autônoma – que não depende de prévia intimação da pessoa conduzida – pode ser decretada pelo juiz criminal competente, quando não cabível a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), ou quando desnecessária ou excessiva a prisão temporária, sempre que for indispensável reter por algumas horas o suspeito, a vítima ou uma testemunha, para obter elementos probatórios fundamentais para a elucidação da autoria e/ou da materialidade do fato tido como ilícito. Assim, quando inadequadas ou desproporcionais a prisão preventiva ou a temporária, nada obsta que a autoridade judiciária mande expedir mandados de condução coercitiva, que devem ser cumpridos por agentes policiais sem qualquer exposição pública do conduzido, para que prestem declarações à Polícia ou ao Ministério Público, imediatamente após a condução do declarante ao local do depoimento. Tal medida deve ser executada no mesmo dia da deflagração de operações policiais complexas, as chamadas megaoperações. Em regra, para viabilizar a condução coercitiva será necessário demonstrar que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão temporária, mas sem a limitação do rol fechado (*numerus clausus*) do art. 1º da Lei 7.960/89. A medida de condução abaixo de vara justifica-se em virtude da necessidade de acautelar a coleta probatória durante a deflagração de uma determinada operação policial ou permitir a conclusão de uma certa investigação criminal urgente. Diante das circunstâncias do caso concreto, a prisão temporária pode ser substituída por outra medida menos gravosa, a partir do poder geral de cautela do Poder Judiciário, previsto no art. 798 do CPC e aplicável ao processo penal com base no art. 3º do CPP. Tal medida cautelar extranumerária ao rol do art. 319 do CPP reduz a coerção do Estado sobre o indivíduo, limitando-a ao tempo estritamente necessário para a preservação probatória, durante a fase executiva da persecução policial. De fato, a condução coercitiva dos suspeitos sempre será mais branda que a prisão temporária; a medida restringe de modo mais suave a liberdade pessoal, somente enquanto as providências urgentes de produção de provas (cumprimento de mandados de buscas, por exemplo) estiverem em curso. Se o legislador permite a prisão temporária por (até) 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias nos crimes comuns, a condução coercitiva resolve-se em um dia ou menos que isto, em algumas horas, mediante a retenção do suspeito e sua apresentação à autoridade policial para interrogatório sob custódia, enquanto as buscas têm lugar. Ou seja, a condução sob vara deve durar apenas o tempo necessário à instrução preliminar de urgência, não devendo persistir por prazo igual superior a 24 horas, caso em que se trasveste em temporária. Sendo menos prolongada que as prisões cautelares, a condução coercitiva guarda ainda as mesmas vantagens que a custódia temporária, pois permite que a Polícia interrogue todos os envolvidos no mesmo momento, visando a evitar, pela surpresa, as versões “combinadas” ou que um suspeito oriente

as declarações de uma testemunha ou a pressão, na fase da apuração preliminar, ou que documentos ou ativos sejam suprimidos, destruídos ou desviados.

Doravante, a polêmica querela sobre o tema gira em torno da proteção dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana e a integridade moral da pessoa, quando do constrangimento da condução coercitiva, pela qual uma parte da doutrina afirma que a expedição do mandado de condução coercitiva no curso do inquérito policial quando emanado da autoridade policial fere estes princípios constitucionais, vez que ao conduzir uma pessoa coercitivamente à presença do Delegado de Polícia, violaria seu direito de ir e vir previsto no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal. Esta doutrina defende que somente a autoridade judiciária é competente para expedir o mandado de condução coercitiva, ainda que em sede de inquérito policial (QUINTANS, 2006).

Sobre o tema, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal denegou, por maioria de votos, o *Habeas Corpus* n. 107.644 (BRASIL, 2011), se manifestando a favor da condução coercitiva expedida pela autoridade policial:

Impetrado em favor de paciente que fora conduzido à presença de autoridade policial, para ser inquirido sobre fato criminoso, sem ordem judicial escrita ou situação de flagrância, [...] No caso, Assentou-se que a própria Constituição asseguraria, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. O art. 6º, II a VI, do CPP, por sua vez, estabelecerá as providências a serem tomadas pelas autoridades referidas quando tivessem conhecimento da ocorrência de um delito. Assim, asseverou-se ser possível à polícia, autonomamente, buscar a elucidação de crime, sobretudo nas circunstâncias descritas. Enfatizou-se, ainda, que os agentes policiais, sob o comando de autoridade competente (CPP, art. 4º), possuiriam legitimidade para tomar todas as providências necessárias, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. Observou-se que seria desnecessária a invocação da teoria dos poderes implícitos. (INFORMATIVO STF 639).

Segue a ementa do julgado (BRASIL, 2011):

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. [...]. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se

aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal [...]. XII – Ordem denegada.

Ainda, segue o voto sobre a denegação do *Habeas Corpus* do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011):

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. LATROCINIO. CONDUCAO DE SUSPEITO A DELEGACIA MESMO NAO ESTANDO EM FLAGRANTE DELITO. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com os relatos e informações constantes dos autos, percebe-se claramente que não houve qualquer ilegalidade na condução do recorrente a delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ainda que não estivesse em flagrante delito e inexistisse mandado judicial. 2. Isso porque, como visto, o recorrente em momento algum foi detido ou preso, tendo sido apenas encaminhado ao distrito policial para que, tanto ele, quanto os demais presentes, pudessem depor e elucidar os fatos em apuração. 3. Consoante os artigos 144, § 4º, da Constituição Federal, compete 'as policias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciaria e a apuração de infrações penais, exceto os militares', sendo que o artigo 6º do Código de Processo Penal estabelece as providencias que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito. 4. A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. 5. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir a polícia apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas a delegacia para esclarecimentos.

Percorrendo os argumentos do Ministro Ricardo Lewandowski, este afirma que é plenamente possível a condução dos envolvidos à presença de autoridade policial para prestarem maiores informações, sem que haja a necessidade de mandado judicial ou que estejam em situação de flagrante delito. Ainda, explica que não há irregularidade no referido ato policial, sendo certo que a própria Constituição Federal assegura, em seu artigo 144, §4º, às policias civis, comandadas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (BRASIL, 2011).

Ademais, argumenta o Ministro Ricardo Lewandowski que a autoridade policial é competente para tomar todas as providências que julgar necessárias para atingir o objetivo do inquérito policial que é descobrir a autoria da infração penal, pontuando a necessidade de preservar os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, senão vejamos:

Daí decorre a legitimidade da ação empreendida pelos agentes policiais, que devem atuar sob o comando e presidência de um delegado de polícia de carreira, o qual é a autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, resguardadas todas as garantias legais e constitucionais dos envolvidos. Não vejo, portanto, sequer, a necessidade de invocar, nesse caso, a chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há expressa previsão legal e constitucional, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. (BRASIL, 2011)

No mesmo sentido, foi o voto do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2011):

O meu pedido de vista deu-se, fundamentalmente, para uma melhor análise sobre a legalidade ou não do procedimento adotado pelo agente policial, que conduziu o paciente a presença da autoridade policial para que essa o inquirisse sobre o fato criminoso, independentemente de ordem judicial escrita ou situação de flagrância que assim o justificasse, tendo o paciente permanecido custodiado em dependência policial até a decretação de sua prisão temporária por autoridade judicial competente. O que está em jogo e saber se o paciente teve ou não violado seu direito fundamental a liberdade (CF, art. 5º, incisos LIV e LXI). Alinho-me, no caso, ao entendimento do eminente Relator, no sentido de que a condução coercitiva do paciente a presença do Delegado de Polícia - visando a apuração de uma infração penal gravíssima (latrocínio), em vista da posse e pelo paciente de objetos (no caso, folhas de cheque) que estavam em poder da vítima antes de sua morte e que foram objeto de subtração - deu-se de forma válida e legal, inserindo-se dentro das atribuições constitucionalmente estabelecidas a polícia judiciária (CF, art. 144, § 4º; CPP, art. 6º, incisos II a VI).

Portanto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, elenca o artigo 144, §4º, da Constituição Federal e o artigo 6º do Código de Processo Penal como autorizadores da utilização do instrumento da condução coercitiva pela autoridade policial. Tal entendimento se deu no *Habeas Corpus* n. 107.644, onde o impetrante alegou constrangimento ilegal por ter sido conduzido coercitivamente sem o devido mandado judicial. O caso foi primeiramente analisado no RHC 25.475/SP no Superior Tribunal de Justiça, que se apoiando na teoria dos poderes implícitos legitimou a atuação policial (BRASIL, 2011).

4.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Diante de tudo o que foi dito, verifica-se que o instituto da condução coercitiva é constitucional, não contrariando nenhum dispositivo previsto na Constituição Federal, muito pelo contrário, está em consonância com os comandos que a própria Carta Maior delegou para atuação das autoridades judiciária e policial, numa interpretação sistemática dos seus

dispositivos (artigo 144, §4º, da Constituição Federal e o artigo 6º do Código de Processo Penal).

Condução coercitiva, como regra, não se enquadra no conceito de prisão. Por essa razão, não se lhe aplica a restrição prevista no Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, cujo artigo 7, item 2, prevê que ninguém será privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (BRASIL, 2017).

Ademais, não faz sentido incumbir à autoridade policial a apuração dos crimes e contravenções penais e ao mesmo tempo proibir-lhe recursos para possibilitar a investigação, ou seja, se a polícia judiciária possui claramente incumbência de investigar, também deve ter competência para expedir mandado de condução coercitiva às partes envolvidas com o objetivo de elucidar a autoria e constatar a materialidade das infrações penais em benefício da sociedade.

Nesse sentido, para que o inquérito policial atinja sua finalidade é necessário que as partes envolvidas prestem esclarecimentos perante autoridade policial, logo, é incontestável a competência de expedir e realizar o instituto da condução coercitiva, visando à melhor apuração como a finalidade de beneficiar toda a sociedade em diversos na busca da verdade.

Por fim, constata-se que a Constituição de 1988 delegou à polícia judiciária a realização das diligências necessárias para elucidação da infração penal, com o objetivo de chegar ao resultado almejado. Dessa maneira, o Delegado de Polícia pode buscar várias possibilidades de investigação se valendo das provas materiais e testemunhais, dentre as quais as oitivas dos envolvidos, de extrema importância para a conclusão das investigações. Assim, considerando que não há restrição sobre qual a autoridade competente para realizar a condução coercitiva, não há inconstitucionalidade na aplicação de tal instituto por parte da autoridade policial.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a (in) constitucionalidade da condução coercitiva do indiciado na fase pré-processual, considerando, precipuamente, a sua reiterada aplicação nas últimas operações realizadas pela Polícia Federal que culminaram com o ingresso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 444, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores.

Para tanto, tratou-se da fase investigativa dentro do contexto de persecução criminal realizada pela polícia judiciária no exercício de suas atribuições contempladas pelas Constituição Federal de 1988, abordando-se, necessariamente, o instituto da condução coercitiva, mais especificamente a utilização deste meio pela polícia judiciária sob o prisma constitucional de direitos e garantias fundamentais do indiciado.

É consabido que o poder-dever de punir do Estado surge a partir do momento em que este toma conhecimento do ato ilícito praticado. É certo, porém, que para concretizar o *jus puniendi*, o Estado necessita realizar o *persecutio criminis* através de uma série de procedimentos a fim de reunir elementos necessários para justificar sua pretensão. Tal finalidade é alcançada por meio da utilização do procedimento investigatório denominado inquérito policial, o qual é conduzido, conforme prevê a Carta Magna, pela polícia judiciária brasileira.

Nesse contexto, discorreu-se acerca do inquérito policial, que tem como objetivo primordial a descoberta de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria da prática ilícita, visando o embasamento de uma futura ação penal, mas não devendo a autoridade policial, no exercício desse mister, descuidar-se dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais do indiciado que, como se deu ênfase neste estudo, é um sujeito de direitos e não objeto de manipulação do Estado.

Nessa perspectiva, estudou-se o instituto da condução coercitiva do indiciado determinada pela autoridade policial, importante instituto cautelar de natureza probatória, que auxilia nas investigações criminais, fazendo com que o indiciado compareça perante a autoridade competente e preste informações que lhe são solicitadas, respeitando todos os direitos e garantias constitucionais do indicado.

Na sequência, procurou-se destacar as posições de doutrinadores a respeito da (in) constitucionalidade da condução coercitiva. Os que defendem a condução coercitiva destacam

argumentos pautados na satisfação do poder jurisdicional, que tem por fim buscar a verdade real e assegurar resultado útil à ordem.

De outro norte, aqueles que são contra, advogam efusivamente que tal instituto fere os direitos máximos e propedêuticos constitucionais ou como prefiro, os direitos de primeira geração, já que impede a arbitrariedade estatal contra as liberdades humanas.

Por fim, apesar dos fortes argumentos em sentido contrário, conclui-se que a condução coercitiva é totalmente constitucional e viável seu uso no decorrer do inquérito policial. Após analisada a medida sob o prisma dos direitos e garantias do indiciado, observa-se que em nenhum momento tal instituto ultrapassa os ditames legais a ponto de lesar um direito do indiciado.

Sobressai-se, ainda, que conquanto assegurado constitucionalmente o direito ao silêncio, nada impede que a condução seja realizada para fins de qualificação pessoal, para que o Estado obtenha certeza de que o indiciado que está sendo investigado se trata da mesma pessoa que está sendo conduzido, para evitar futuros problemas tanto para o conduzido como para o Estado. Desse modo, como faz parte de um processo investigatório inquisitorial, o indicado, quando convocado para tanto e não comparecer, deve ser conduzido perante a autoridade, assim como a testemunha e vítima. Cumprida a determinação de comparecimento coercitivo, se o investigado quiser, poderá fazer uso do direito ao silêncio, respondendo em sua parcialidade às perguntas realizadas pela autoridade ou calando-se diante de todas elas.

Conclui-se, outrossim, que a condução coercitiva também possui a finalidade de neutralizar possíveis riscos na instrução criminal, pois a característica cautelar assegura que investigados não estabeleçam versões idênticas dos fatos ou impeçam de destruir provas. Ou seja, conduzir coercitivamente os investigados aumentam as chances da aplicação correta da lei penal, evitando os excessos ou fatos que são manipulados de praxe.

Não obstante, é cediço que, por ser um procedimento estatal, encontra-se norteado por princípios fundamentais e essenciais para atingir o seu fim máximo, tendo sua constitucionalidade clarividente e inquestionável, porquanto dentro dos preceitos constitucionais é tida como legal pelo ponto de vista de ser um mecanismo para a produção de evidências úteis no exercício de uma investigação criminal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Edilson Mougenot **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Procuradoria-Geral da República. **Parecer ADPF 395/DF n. 11.261/2017 – AsJConst/SAJ/PGR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adpf-395.pdf/view>>. Acesso em: 10 nov 2017.

_____, STF. Primeira Turma. HC 107.644/SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Turma, julgado em 06/09/2011, Processo Eletrônico DJe-200 Divulg 17-10-2011 public 18-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo639.htm#Conduçãocoercitivadepeessoaàdelegacia-1>>. Acesso em: 1 nov 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **OAB questiona condução coercitiva na fase de investigação criminal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948>>. Acesso em 1 nov 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **PT pede que Supremo declare incompatível com a Constituição a prática da condução coercitiva**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314564>>. Acesso em 1 nov 2017.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto lei nº 3689 de 1941. Disponível em:

_____, Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília. 1966. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 04, outubro, 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei 9099/95. Disponível em: CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Edson. **Antologia do negro brasileiro**. São Paulo: Tecnoprint S.A., 1996.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O processo penal em face da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 24 ed. Revisada, Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ, Hildeberto Carneiro. **Condução coercitiva**. Disponível em: <www.policiaivil.ap.gov.br/documentos/ConducaoCoercitiva.pdf>. Acesso em: 10 nov 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 30 ed. São Paulo: Forense, 2017.

FURTADO, Renato de Oliveira. **O advogado e o inquérito policial**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1050>>. Acesso em: 1 nov 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

LACERDA, Thiago Almeida. **Condução coercitiva no inquérito policial**. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/juridico/conducao-coercitiva-no-inquerito-policial.html>>. Acesso em: 10 nov 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. **Busca da verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial?imprimir=1>>. Acesso em: 1 nov 2017.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a constituição**: comentários à constituição brasileira. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

QUINTANS, Alexandre Duarte. **Condução coercitiva expedida no curso do inquérito policial à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9198>>. Acesso em: 10 nov 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal : parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

REZENDE, Alex Levi Bersan. **Condução coercitiva**: Controvérsias á luz do garantismo penal. Disponível em: <<https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/258/224>>. Acesso em: 10 nov de 2017.

SANTOS, Rosemary Pereira. **Condução coercitiva no processo penal**: abordagem sob o prisma constitucional. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15723>. Acesso em: 10 nov 2017.

SANTOS, Washington. **Dicionário jurídico brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÃO PAULO, Revista Consultar Jurídico. **STF deve julgar constitucionalidade da condução coercitiva no dia 11 de maio.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-05/stf-julgar-constitucionalidade-conducao-coercitiva-dia-11?imprimir=1>>. Acesso em 1 nov 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição.** São Paulo: Iglu, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal,** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.