

Data do recebimento: 20/07/2018

Data do aceite: 5/11/2018

.....

O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO INSTITUTO PROCESSUAL PENAL DA CONDUÇÃO COERCITIVA

.....

THE REFLECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS
ESTABLISHED IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF
1988 IN THE CRIMINAL CONDUCT PENAL INSTITUTE

Joseanne Monique Borges de Carvalho¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Condução Coercitiva; 1.1 A Persecução Penal e seus Mecanismos de Atuação; 1.2 Outras Medidas Cautelares; 2. Os Direitos Fundamentais Individuais; 2.1 Proteção Contra a Autoincriminação; 2.2 Direito Fundamental de Liberdade; 2.3 O STF e os Direitos Fundamentais; 3. Confronto entre Condução Coercitiva e Direitos Fundamentais; 3.1 Conflito de Direitos; 3.2 Proporcionalidade e Razoabilidade; 3.3 Recepção do Art. 260 do CPP pela Constituição Federal; 4. Conclusão; Referências.

1 - Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Processus. Graduada pelo Instituto de Educação Superior de Brasília.

RESUMO: Este trabalho de pesquisa teve a finalidade de analisar a medida cautelar da condução coercitiva, aplicada ao processo penal sob o parâmetro da Constituição Federal de 1988 e seus princípios fundamentais de defesa do homem. O Processo Penal brasileiro, assim como todas as outras categorias de direitos, possui toda a sua base estabelecida nos princípios fundamentais constitucionais, devendo respeitar direitos individuais, como a liberdade, a dignidade e as garantias do devido processo legal. Assim, o Estado consegue oferecer aos demandados um processo justo e equânime para a resolução do conflito. Buscou-se demonstrar que, em uma sociedade democrática de direito, a persecução penal deve seguir os estritos moldes legais, a fim de resolver os impasses judiciais. Dessa forma, havendo antagonismo entre a medida cautelar adotada pela autoridade em juízo e os princípios fundamentais do indivíduo, os dois devem ser analisados individualmente, buscando o instituto ideal a ser aplicado ao caso concreto, restringindo temporariamente o alcance de um para que o outro, atuando, possa auxiliar na persecução penal, de forma a alcançar uma solução justa para o embate e, conseqüentemente, a devida aplicação da justiça por parte do Estado-juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Condução Coercitiva. Princípios Fundamentais. Persecução Penal. Constituição Federal. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This research work had the purpose of analyzing the precautionary measure of coercive conduct, applied to the criminal process on the parameter of the Federal Constitution of 1988 and its fundamental principles of defense of man. The Brazilian Criminal Procedure, like all other categories of rights, has all its basis established in fundamental constitutional principles, and must respect individual rights such as freedom, dignity and the guarantees of due process of law. Thus, the State is able to offer the defendants a fair and equitable process for the resolution of the conflict. It was tried to demonstrate that in a democratic society of right, the criminal prosecution must follow the strict legal molds in order to solve the judicial impasses, in this way, if there is antagonism between the precautionary measure adopted by the authority in court and the fundamental principles of the individual, these two must be analyzed individually seeking what should be applied to the concrete case, temporarily restricting the scope of one so that the other, acting, can assist in criminal prosecution in order to achieve a fair solution to the clash and, consequently, the proper application of justice by the State Judge.

KEYWORDS: Coercive Conduct. Fundamental Principles. Criminal Pursuit. Federal Constitution. Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

A condução coercitiva, prevista nos artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal (CPP), é o meio utilizado pela Polícia Judiciária para produzir, no processo, evidências importantes na construção de uma investigação policial.

Esse instituto, incluído no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/2011, trouxe ao Judiciário a prerrogativa de fazer valer a decisão da autoridade pública frente à vontade do particular, parte em um processo. Dessa forma, faz prevalecer o interesse público diante do interesse particular.

Paralelamente ao instituto em tela, existem importantes preceitos fundamentais que estendem ao indivíduo garantias como a de não produzir provas contra si mesmo, da não restrição da liberdade sem o devido processo legal e de a sua dignidade/integridade pessoal não ser violada por práticas abusivas ou imoderadas.

Assim, existe um amplo debate na jurisprudência e na doutrina a respeito da constitucionalidade da condução coercitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para alguns juristas, esse instituto contraria princípios constitucionais e atenta contra direitos fundamentais, os quais formam os pilares da democracia em um Estado de Direito.

Já outros entendem que a condução coercitiva, quando aplicada estritamente nos moldes da legislação penal, não contraria, por si só, direitos fundamentais.

Nesse contexto, o estudo sobre a Condução Coercitiva e os Direitos Fundamentais buscará os fundamentos doutrinários favoráveis às teses de proteção aos direitos constitucionais individuais e aos direitos processuais penais utilizados na persecução da verdade real em um processo judicial. O propósito é evidenciar que não são institutos apartados ou antagônicos, podendo coexistir no ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONDUÇÃO COERCITIVA

O Processo Penal prevê medidas a serem tomadas pela autoridade judicial quando uma das partes do processo descumprir, sem motivo justificado, ordem proferida pelo Tribunal.

Nos artigos 201, § 1º; 218 e 260 do Código de Processo Penal, são previstas as circunstâncias em que as medidas cautelares serão utilizadas no processo penal. Entre elas, a previsão de que o acusado somente será conduzido à presença das autoridades quando descumprir, sem motivo justo, uma ordem judicial.

Assim, a condução coercitiva é o poder que o Estado possui de usar de meios coativos contra o particular que não obedecer a uma ordem emanada pela autoridade judiciária. Para tanto, é neces-

sário que o ato tenha sido precedido de intimação e consequente inobservância da pessoa intimada.²

Guilherme de Sousa Nucci entende caracterizada condução coercitiva quando há a apresentação forçada de testemunha, vítima ou perito perante o juízo, a fim de prestar depoimento, declaração ou cumprir outro ato processual, quando, regularmente intimada, deixar de comparecer, sem justo motivo. Para tanto, expede-se o mandato de condução coercitiva, a ser cumprido pela autoridade policial ou por oficial de justiça, que pode contar com o apoio da justiça.³

Cada doutrinador possui uma visão peculiar sobre a condução coercitiva. Para Nucci, a condução coercitiva “[...] constitui uma modalidade de prisão cautelar de breve tempo, pelo fato de que qualquer cerceamento de liberdade, contra a vontade de quem a detém, constitui uma forma de constrangimento.”⁴

As medidas cautelares possuem características específicas no Processo Penal, uma vez que não são regras a serem seguidas indiscriminadamente. São aplicáveis todas as vezes em que o processo enfrenta uma situação-problema que não pode ser sanável pelo livre curso do feito.⁵ Nessa vertente, a doutrina entende que são medidas que devem ser aplicadas com excepcionalidade. Conforme entende Rodrigo Capez:

Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual, representada pelo *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei, autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.⁶

Outra característica preponderante das medidas cautelares é a provisoriedade. Elas são assim conhecidas porque duram apenas no momento da execução da sua finalidade. Essa característica é importante porque confere garantias ao interessado, como a razoável duração do processo.

Rodrigo Capez cita que, embora o Código de Processo Penal não contenha regras dessa natureza, a Constituição Federal impõe, como direito fundamental, a razoável duração do processo (art. 5º, LXVIII, CFRB/88).⁷

Dessa maneira, Capez entende que o imputado não pode ficar preso cautelarmente por tempo indeterminado, aguardando julgamento. Mesmo a efetividade da presunção de inocência exige o julgamento mais célere possível, uma vez que a própria persecução penal já atinge o *status dignitatis* do imputado.⁸

2 - Arts 201, § 1º; 218 e 260 do Código de Processo Penal.

3 - NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense. p. 125, 2016.

4 - Ibidem, p. 125.

5 - NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 669.

6 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Editora Quartier Latin, 2017. p.357.

7 - Ibidem, p.357.

8 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Ed. Quartier Latin, 2017. p.357.

O legislador previu uma variedade de medidas cautelares no ordenamento jurídico penalista brasileiro. Em meio a essa variedade, o aplicador do direito decide qual deve ser aplicada ao caso concreto, de modo que haja o menor índice possível de prejuízo processual.

Aplica-se o critério do “mínimo sacrifício necessário”,⁹ afinal, é um direito individual do imputado que está sendo sacrificado em virtude do interesse maior da apuração dos fatos e da livre aplicação da justiça.

Rodrigo Capez trata desse tema indicando que a pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar, de acordo com a quantidade e a qualidade do perigo real a ser tutelado. O autor continua seu pensamento afirmando que se trata de um modelo de pluralidade graduada, em que as medidas cautelares são ordenadas em termos de progressiva afluência ou de gradual intensidade de intervenção na liberdade pessoal.¹⁰

A técnica processual de se graduar a medida cautelar de acordo com a necessidade do processo está intimamente relacionada com o Princípio da Proporcionalidade, ou seja, deve haver relação de gradação entre o crime cometido e a medida a ser aplicada.¹¹

Observa-se no art. 282 do CPP que as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente em um processo, a depender do juízo de periculosidade do agente, da gravidade da conduta e das circunstâncias relacionadas ao crime.

Nesse sentido, Rodrigo Capez acentua que:

Somente poderá haver cumulação de medidas cautelares para atender às exigências cautelares da situação de perigo (*periculum libertatis*), e não para garantir o cumprimento de outra medida cautelar.¹²

1.1 Persecução Penal e seus Mecanismos de Atuação

O Estado possui a prerrogativa de proporcionar à sociedade uma equânime relação entre liberdade e justiça. A obrigação que daí decorre, assumida pelo Estado, de defender os direitos do indivíduo e punir os infratores da lei, impedindo que cada um defenda os seus direitos a seu próprio modo, possui previsão no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa autonomia do Estado de acusar e punir os infratores da lei, bem como da vítima de buscar do Estado-juiz a prestação jurisdicional e ter reparada a lesão sofrida, é alcançada por meio

9 - Expressão utilizada por MARIO CHIAVARIO é utilizada pela Corte Constitucional Italiana. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 693.

10 - CAPEZ, op. cit., p. 387.

11 - Ibidem, p. 389.

12 - Ibidem, p. 397.

do instituto da persecução penal ou ação penal. O Estado-acusação segue normas de direito penal para investigar um caso e punir o responsável pela atitude danosa a outrem. Guilherme de Sousa Nucci conceitua ação penal como o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto por meio da ação, tendo em vista a pretensão de punir.¹³

Nascido o direito de punir do Estado, este só pode se concretizar com o exercício do direito de ação. A Constituição Federal oferece ao indivíduo a garantia do contraditório e da ampla defesa sempre que o Estado-juiz der início ao direito de ação para aplicar o direito a determinada conduta ilícita. Com base nesses princípios, Guilherme de Sousa Nucci explicita que não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que seja garantido o exercício do direito de ação, com sua consequência natural, que é o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁴

Em alguns casos, para que haja um perfeito andamento da ação penal, o Estado-juiz se vale de condutas de restrição a determinados direitos constitucionais, previstos na lei processual penal, visando aplicar outro princípio também fundamental e constitucional, a segurança pública, desencadeando na ação penal um conflito entre princípios constitucionais.¹⁵

A Constituição Federal, em seu art. 5º, elenca regras e princípios conhecidos como princípios fundamentais. As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, cumpridas ou não cumpridas. São determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.¹⁶ Nesse sentido:

As normas constitucionais advindas da Constituição Federal de 1988, possuem princípios e regras estampadas no art. 5º, que cuida dos direitos e garantias individuais, considerados fundamentais, pois expressos. É perfeitamente viável encontrar-se uma regra meramente formal, constante do art. 5º, por vontade política da época da Constituinte, embora sem lastro no conjunto dos direitos humanos materiais. Exemplo já mencionado é o direito de não ser identificado criminalmente, caso possua identificação civil, na forma da lei. Uma regra de garantia individual, meramente formal. Noutros termos, respeita-se como garantia por constar do texto constitucional, mas, na essência, nem precisaria ali ter constado.¹⁷

Quanto aos princípios, não é possível encontrar algo no campo formal, visto que todos são materiais e, conseqüentemente, de aplicabilidade imediata. Porém, existem doutrinadores que entendem não existirem princípios absolutos, motivo pelo qual o judiciário deve buscar harmoni-

13 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processual Penal Comentado*. Editora Forense, p. 111. 2015.

14 - *Ibidem*, p.111.

15 - *Idem*. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense. p. 125.

16 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*. Editora Quartier Latin. p. 51.

17 - NUCCI, *op. cit.*, p. 115, 2016.

zá-los no ordenamento jurídico para que tenham a sua aplicabilidade balanceada de acordo com o caso concreto.¹⁸ Nesse sentido:

Somos partidários da tese de inexistência de princípios absolutos por duas razões básicas: a) são metas, horizontes, orientações amplas e genéricas a seguir, não possuindo interpretação única e comportando vários ângulos e pontos de vista; logo, algo tão genérico não pode ser absoluto; b) são naturalmente conviventes com os demais princípios, pois a harmonia precisa reinar na Constituição Federal, inexistindo motivo para um princípio ser superior a outro, na exata medida que a interpretação dada pelo operador do Direito, em especial, o Judiciário, é diversa, conforme quem a faz.¹⁹

Diante de todo o exposto, conclui-se que os princípios fundamentais previstos no art. 5º da CRFB/88 são norteadores da persecução penal. Todavia, não podem ser absolutos quando entram em confronto com o próprio Estado de Direito, devendo ser harmonizados; se assim não fosse, trariam um inevitável desgaste para o processo penal.

1.2 Outras Medidas Cautelares

As medidas cautelares são procedimentos específicos adotados pela autoridade judiciária, no âmbito do processo, sempre que estritamente necessário ao processo, de modo que venham a contribuir singularmente com a atuação judiciária.²⁰

Nucci define essa matéria explicando que se trata de um instrumento restritivo de validade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado durante a persecução penal, desde que necessário e adequado ao caso concreto.²¹

Importante destacar que essas medidas, a serem aplicadas no decorrer do processo, não podem ser usadas aleatoriamente ou ao livre entendimento da autoridade judiciária. São medidas estudadas caso a caso e aplicadas de forma mais vantajosa ao acusado, sempre se observando os requisitos, já mencionados, da necessidade e adequabilidade.²² Ressalte-se também que deve ser seguido o estrito modelo da previsão legal.

Nesse sentido, Nucci entende que, embora constitua instrumento mais favorável ao acusado, se comparada com a prisão provisória, não deixa de representar um constrangimento à li-

18 - Teoria dos Princípios de Robert Alexy.

19 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Direitos humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense. 2016. p. 116.

20 - Id. *Código de Processo Penal Comentado*. Editora Forense. 2015. p. 669.

21 - *Ibidem*, p. 668.

22 - *Ibidem*. p. 669.

berdade individual. Por isso, não pode ser aplicada automaticamente; depende do preenchimento de dois requisitos genéricos: necessariedade e adequabilidade.²³

O art. 319 do CPP traz o rol de medidas cautelares que podem ser utilizadas no processo, todas elas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando evitar o constrangimento do acusado por meio de prisões provisórias, de maneira que, ao final da persecução criminal, possam ser absolvidos ou responderem a uma pena mínima.

No caso de essas medidas serem adotadas e não cumpridas, o magistrado pode, então, decretar a prisão preventiva do acusado, como *ultima ratio*. Essa reforma, segundo Nucci, “[...] em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática.”²⁴

A legalidade é um importante pressuposto da aplicação de qualquer medida cautelar, tendo em vista que, por se tratar de uma medida restritiva de direitos fundamentais, a autoridade judiciária deve se pautar no estrito cumprimento da legislação. Nesse sentido, Rodrigo Capez assim leciona:

Tratando-se de intervenção no direito de liberdade, não existe discricionariedade judicial, pois, ao se restringir um direito fundamental, não há margem para opção entre simples indiferentes jurídicos. Cumpre ao juiz formular um juízo de legalidade, a ser necessariamente fundamentado.²⁵

Assim, a análise da aplicação da legalidade ao caso concreto é o fator preponderante para definir se a intervenção do Estado no direito fundamental do indivíduo é juridicamente admissível ou não. Nesse sentido: “A análise da fundamentação constitucional para essa intervenção é que permite distinguir uma restrição (permitida) de uma violação (não permitida) ao direito de liberdade.”²⁶

Por esse motivo, faz-se importante que a lei destaque as medidas cautelares passíveis de aplicação em um processo, conforme citado no art. 319 do CPP. Se, ao contrário, a medida cautelar aplicada não estiver prevista em lei, a consequência jurídica será a violação de um direito, porquanto não haverá respaldo legal para tal atitude do Estado. Nessa hipótese, deve o Estado interromper a medida, por ter sido proveniente de uma ordem judicial destituída do inafastável fundamento da legalidade.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

O art. 5º, caput, da CRFB/88 aduz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

23 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado*. Editora Forense, 2015. p. 669.

24 - *Ibidem*, p. 749.

25 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Editora Quartier Latin, p. 405.

26 - *Ibidem*.



Os direitos fundamentais são proteções oferecidas pelo Estado democrático de direito a todos que se encontrem em seu território, a fim de resguardar a integridade, a dignidade e todos os direitos relacionados diretamente ao ser humano.

Nesse sentido, Canotilho discorre sobre o direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²⁷

Os direitos fundamentais individuais são regras de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Para garantir que esses direitos não sejam restringidos por alguma arbitrariedade, a Constituição Federal prevê institutos de proteção: Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Injunção e Iniciativa Popular. São remédios constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.²⁸ Nesse sentido:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito do seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior de aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torna-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).²⁹

Embora sejam atribuídos aos direitos fundamentais um grau de importância elevado, próprio das sociedades organizadas democraticamente, eles não podem ser elevados a um grau de intangibilidade tal que impeça ou atrapalhe o livre curso da justiça brasileira em seu objetivo principal, qual seja, punir atos ilícitos praticados contra a sociedade de direito. Nesse sentido:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser usados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.³⁰

27 - CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Editora Almedina, p. 541.

28 - MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. Editora Atlas, p. 130.

29 - *Ibidem*, p. 31.

30 - MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª. Editora Atlas, p. 31.

De acordo com esse entendimento, conclui-se que os direitos fundamentais são princípios norteadores do bom convívio em sociedade, que obrigam o Estado a respeitar a dignidade da pessoa humana, enquadrando-se em um patamar de respeito mútuo aos direitos humanos. Porém, não são normas absolutas; deve-se observar os regramentos normativos de organização do Estado, admitida a punição aos ilícitos praticados pelos indivíduos. Nesse sentido:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas).³¹

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas traz expressamente, em seu art. 29, que toda pessoa tem deveres para com a comunidade, visto que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no gozo de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição aos propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado com vistas a conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados na referida Declaração.³²

A doutrina costuma diferenciar direitos e garantias fundamentais, embora sejam institutos complementares e não subsistam em separado. Assim, enquanto os direitos asseguram a fruição de certos bens (sejam eles morais ou materiais), as garantias são assecuratórias do direito em si, ou seja, são declaratórias do direito.

Nessa vertente, Canotilho estabelece que as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.³³

Jorge Miranda também segue esse padrão de pensamento, aduzindo que:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si só certos bens,

31 - *Ibidem*, p. 31.

32 - Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, art. 29.

33 - CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Editor Almedina, p. 520.

as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas”, ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.³⁴

Diante do exposto, entende-se que o estudo dos direitos fundamentais do indivíduo contribui para uma justa e digna aplicação do direito penal ao demandado em um Estado democrático de direito.

2.1 Proteção Contra a Autoincriminação

O art. 5º, LXIII, da CRFB estabelece que “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”. Esse inciso constitui apenas um dos vários respaldos legais para o princípio da não autoincriminação.

Em paralelo com o direito de permanecer calado, figuram o direito à ampla defesa (art. 5º, LV) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Tais direitos se associam ao raciocínio de que a lei põe a salvo o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo.

Com a modificação introduzida pela Lei nº 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem qualquer ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa. Sustenta-se que a necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência jurídica. Não se nega que, no espírito do magistrado, o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, seja defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do julgador para sustentar a condenação do acusado.³⁵

Nesse sentido, firma-se o entendimento dos Tribunais Superiores. O direito à não autoincriminação é bastante aplicado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a defender o direito ao silêncio, ao contraditório, à ampla defesa e à não produção de provas contra si mesmo. Confira-se:

O princípio *nemo se detegere* refere-se à garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente.³⁶

34 - MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Editora Coimbra, p. 88-89.

35 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado*. Editora Forense. p. 461-462.

36 - STJ, REsp 1208583/ES, rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 04-12-2012, DJe 11-12-2012.

Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado em sentido favorável ao demandado. Assim como no âmbito do direito administrativo, quando se apuram responsabilidades em um processo disciplinar, o servidor também é protegido pelo princípio referido. No julgado abaixo (STJ, RMS 14.901/TO), o STJ firmou o seguinte entendimento:

[...] a comissão processante feriu de morte a regra do art. 5º, LXIII, da CRFB/88, que confere aos acusados o privilégio contra a auto-incriminação, bem como as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Com efeito, em vez de constranger a servidora a falar apenas a verdade, deveria ter-lhe avisado do direito de ficar em silêncio. Os interrogatórios da servidora investigada, destarte, são nulos e, por isso, não poderiam embasar a aplicação da pena de demissão, pois deles não pode advir qualquer efeito. Como, na hipótese em comento, o relatório final da comissão processante que sugeriu a demissão e a manifestação da autoridade coatora que decidiu pela imposição dessa reprimenda se valeram das evidências contidas nos interrogatórios, restaram contaminados de nulidades, motivo pelo qual também não podem subsistir.³⁷ (grifo do original)

Em contrapartida, não se admite a produção deliberada de provas falsas para a defesa de terceiros. Nesse caso, a pessoa pode incorrer em falso testemunho (STJ, HC 98.629/SC):

O princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, insculpido no art. 5º, LXIII, da *Lex Fundamentalís*, não alcança aqueles que comparecem em juízo com o propósito deliberado de produzir, falsamente, prova contra terceiros, ainda que, neste propósito, possam, **acidentalmente**, auto incriminarem-se.³⁸

A jurisprudência entende não ser o mesmo caso quando a testemunha mente em audiência com a intenção de não se autoincriminar, nem mesmo com a orientação do seu advogado de defesa. Confira-se:

Todavia, esse Egrégio STJ considera atípica a conduta da testemunha que mente em juízo para eximir-se da autoincriminação. Logo, conforme esse entendimento, como se trata de testemunha que negou ser usuária de drogas, por orientação do paciente, temendo que, de alguma maneira, essa declaração pudesse ensejar a instauração de inquérito ou ação penal contra ela, verifica-se a atipicidade da conduta da testemunha e, por conseguinte, do ora paciente.³⁹

Nesse sentido, também se configura a Súmula 522 STJ, segundo a qual é considerada atípica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Concluindo, o Estado oferece aos indivíduos o benefício de não se autoincriminar em

37 - STJ, RMS 14.901/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21-10-2008, DJe 10-11-2008.

38 - STJ, HC 98.629/SC, Rel. Ministro Felix Fisher, julgado em 21-05-2009, DJe 03-08-2009.

39 - STJ, HC 47.125/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 02-05-2006, DJe 05-02-2007

uma audiência ou persecução penal, nos estritos limites em que se beneficie com tal conduta. Porém, não é aceita a conduta tendente a atrapalhar o percurso das investigações judiciais ou a conduta infiltrada de má-fé.

2.2 Direito Fundamental de Liberdade

Em um Estado democrático de direito, os indivíduos possuem o direito à livre manifestação em sua personalidade, criatividade e conduta, assim como à liberdade de ir, vir e permanecer. Nesse sentido, firma-se o princípio da liberdade, assegurado constitucionalmente.

Os direitos de liberdade constituem direitos de defesa, de primeira geração, que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão na esfera de autonomia individual. Nesse sentido, configuram norma de competência negativa aos Poderes Públicos, que não podem criar embaraços ao seu exercício, quer material, quer jurídico.⁴⁰

A característica principal do princípio da liberdade é a possibilidade de o indivíduo agir conforme os seus ideais e personalidades, sem que o Estado interfira em suas decisões. Nesse sentido:

O traço específico das posições subjetivas identificadas como liberdades é a alternativa de comportamento, ou seja, a possibilidade de escolha de uma conduta. É a liberdade de agir, escolher, conduzir-se sem obstáculos e sem limitações ilegais.⁴¹

Essa liberdade estendida a todos pela Constituição Federal não pode ser interpretada de forma absoluta, tendo em vista que seu caráter principiológico permite a compreensão de acordo com as bases legais do Estado.

Rodrigo Capez entende que a estrutura de princípio do direito à liberdade não outorga permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer. Garante-se, isto sim, um grau máximo de liberdade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, vale dizer, desde que não haja razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição à liberdade geral de ação.⁴²

Nesse entendimento, os princípios da liberdade e da legalidade caminham juntos, já que o Estado confere liberdade ao indivíduo quando não proíbe, tão pouco obriga que alguma conduta seja realizada, ficando restrito ao livre arbítrio de cada um. No momento em que a conduta é tipificada, seja na sua forma autorizativa, seja em sua forma restritiva, não há mais o que se falar em liberdade, visto que o Estado atribuiu um dever legal àquela conduta.

40 - MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. p. 157-158.

41 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 291, tomo V.

42 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Editora Quartier Latin. p. 79.

Essa liberdade geral de atuar constitui a liberdade-matriz, a liberdade-base das demais liberdades individuais, e decorre do art. 5º, II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o qual correlaciona liberdade e legalidade: a liberdade somente pode ser restringida por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), formal e substancialmente constitucionais.⁴³

Os direitos de liberdade, entendem os doutrinadores, têm natureza negativa, pois atribuem ao Estado uma ação negativa, correspondendo assim aos direitos de defesa, os quais protegem os indivíduos das interferências do Estado em seu direito de liberdade.

Rodrigo Capez entende que os direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a abstenções do Poder Público, à não realização de intervenções em determinados bens protegidos, como o direito a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito (a prisão impede o direito de locomoção).⁴⁴

Toda interferência estatal no direito de liberdade do cidadão deve estar em consonância com as normas constitucionais e infraconstitucionais, de modo a resguardar outros direitos relativos à coletividade, à segurança, à saúde e tantos outros.

Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, não se tipificará uma violação, mas sim uma restrição ao direito fundamental, “[...] o que impede a ativação da consequência jurídica ‘declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*’”. O correto, portanto, é conceituar o suporte fático como a soma do âmbito de proteção e de intervenção estatal, acrescida de ausência de fundamentação constitucional.⁴⁵

O direito fundamental à liberdade é inerente ao indivíduo por ser assegurado constitucionalmente, entretanto, o indivíduo também possui o dever de agir em conformidade com os princípios e regras balizadores do Estado democrático de direito.

2.4 O STF e os Direitos Fundamentais

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de última instância responsável pela guarda da Constituição Federal, conforme art. 101, parágrafo único, da CRFB. Dessa maneira, todas as questões que digam respeito aos direitos fundamentais e seus princípios constitucionais são julgadas pelo STF, de forma a equilibrar os preceitos constitucionais com a ordem pública.

Por diversas vezes, o STF teve que decidir entre conflitos de direitos fundamentais, nos quais existem direitos resguardados em ambos os lados. Considerando que todos sejam direitos constitucionalmente resguardados ao homem, o STF aplica um juízo de relatividade, fazendo prevalecer aquele que tiver maior peso no mundo jurídico. Nesse sentido:

43 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, p. 237-238.

44 - CAPEZ, op. cit., p. 81.

45 - SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, p. 74.

Ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor, em uma “relação de precedência condicionada”... A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.⁴⁶

Consoante o princípio da relativização, o STF entende que até mesmo o direito à vida, conhecido como o principal direito em uma sociedade democrática, pode ser relativizado à luz de cada questão em concreto.

Importante julgado do STF trata da questão do uso de algemas e o princípio da dignidade da pessoa humana. Um confronto entre o direito do Estado de usar de artifícios para garantir a ordem e a segurança pública em oposição ao direito que todos possuem à sua dignidade como ser humano. Sobre isso, a Súmula Vinculante 11 do STF preceitua que:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.⁴⁷

O STF entende que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser aplicados a cada caso concreto com sobriedade e ética, analisando-se as situações individualmente e fazendo prevalecer o direito mais urgente, que, se não aplicado, pode causar dano irreparável à parte. Nesse sentido:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁴⁸

46 - LOPES MAIA, Lorena. *Colisão de Direitos Fundamentais*. Visão do STF. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 10 mar. 2018.

47 - STF, Súmula Vinculante nº 11, Sessão Plenária de 13-08-2008, DJe de 22-08-2008

48 - STF, MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, julgado em 16-9-1999, DJe de 12-5-2000.

Somente a lei pode atribuir o dever de conduta ao cidadão. O STF atua para fiscalizar se a lei, responsável por infligir ou inibir condutas gravosas à sociedade, está em consonância com os preceitos constitucionais.

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por essa razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Sob esse viés, o STF estabeleceu que “Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.”⁴⁹

3. CONFRONTO ENTRE CONDUÇÃO COERCITIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, possuem grande importância na construção de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, toda sociedade preocupada com seu crescimento e com o bem-estar de seus cidadãos fixa suas leis e doutrinas com o parâmetro das normas fundamentais de proteção ao ser humano.

Alexy Robert, em sua teoria dos direitos fundamentais, entende que as normas de direitos fundamentais desempenham papel central no sistema jurídico em razão de sua fundamentalidade formal, haja vista que, por se encontrarem no ápice da ordem jurídica, vinculam diretamente os três Poderes; e de sua fundamentalidade material, uma vez que, com base nelas, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.⁵⁰

Esses direitos, por estarem vinculados à Constituição do Estado, possuem um alto grau de proteção estatal, uma vez que as leis infraconstitucionais devem observar seus fundamentos e, na medida do possível, atuarem interligadas com os princípios protetivos do ser humano.

Entende Rodrigo Capez que constitucionalização é a consagração jurídico-positiva dos direitos fundamentais em normas formalmente constitucionais e sua consequência mais notória é a proteção de direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade de atos estatais que neles intervenham.⁵¹

A presença dos direitos fundamentais responsáveis por proteger a dignidade da pessoa humana diante da atuação estatal é um fator norteador da administração do Estado e da aplicação do direito aos cidadãos. Conforme esse pensamento:

A constitucionalização dos direitos fundamentais exprime a dimensão substancial da democracia, uma vez que eles ditam limites e vínculos de conteúdo aos poderes da maioria que, de outra forma, seriam ilimitados. Nesse sentido, os direitos fundamentais, subtraí-

49 - STF, AC_1.033 AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, julgado em 25-5-2006, DJe de 16-6-2006.

50 - ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520-523.

51 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Editora Quartier Latin, p. 318.

dos da disposição da maioria, são normas substanciais sobre a produção legislativa e o conteúdo das decisões e circunscrevem a esfera do indecidível, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade.⁵²

Paralelamente aos direitos fundamentais, foram instituídas pelo legislador medidas assecuratórias do direito de punitivo do Estado, que são aplicadas de acordo com a análise de cada caso e possuidoras de uma carga de fundamentalidade para a condução da persecução penal.

Rodrigo Capez entende que a excepcionalidade da prisão ou de qualquer outra medida cautelar pessoal, como corolário da tutela constitucional da liberdade de locomoção, exige não apenas proporcionalidade, como também fundamentação idônea e individualização.⁵³

O pressuposto da individualização das medidas cautelares no processo penal é de vital importância para a condução das medidas cautelares dentro do propósito legal estabelecido constitucionalmente.

Se a fundamentalidade material de um direito implícito ou decorrente deriva de sua equiparação ou equivalência em conteúdo e dignidade aos direitos fundamentais catalogados, a norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental não expresso à individualização da medida cautelar pessoal encontra-se no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Em consonância com esse entendimento, Virgílio Afonso da Silva argumenta que:

Se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional.⁵⁴

3.1 Conflito de Direitos

A medida cautelar da condução coercitiva é utilizada com a intenção de fazer prevalecer as decisões do Estado frente à vontade individual do particular. Nucci explica a matéria como sendo o cerne da reforma processual, introduzida pela Lei nº 12.403/11, buscando evitar os males da segregação provisória por meio do encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas.⁵⁵

Ainda, segundo Nucci, a condução coercitiva é fundamental para que a ordem legal seja reconhecida e respeitada pelo acusado.⁵⁶ Nesse caso, não haverá responsabilidade penal do réu em

52 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Editora Quartier Latin, p. 327.

53 - *Ibidem*, p. 333-334.

54 - SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, p. 206.

55 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado*. Ed. Forense, p. 749.

56 - *Ibidem*, p. 644.

crime de desobediência, tendo em vista ter sido usada a medida cautelar da condução coercitiva.⁵⁷

Paralelamente a esse entendimento, o STF, ao votar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e nº 444, apresentadas pelo Partido dos Trabalhadores e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entendeu que a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.⁵⁸

Por termos dois entendimentos diferentes a respeito de duas matérias de direito relevantes para a sociedade, configura-se uma colisão entre direitos. Rodrigo Capez entende que “[...] colisões entre princípios, que ocorrem na dimensão do peso, exigem tratamento diverso das antinomias entre regras, que ocorrem na dimensão da validade.”⁵⁹

Pela teoria do “peso” citada por Rodrigo Capez, os princípios colidentes devem ser aplicados ao caso concreto conforme a sua medida de importância dentro do processo. Essa é a teoria dos princípios de Robert Alexy. Este autor ensina em sua teoria que se dois princípios colidem, prevendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido e, conseqüentemente, extirpado do ordenamento jurídico.⁶⁰

Alexy explica ainda que a solução exigirá a fixação de relações condicionadas sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.⁶¹

Dessa maneira, a prevalência entre princípios parece a maneira mais sensata de se resolver um impasse jurídico dessa importância, haja vista a colisão entre dois princípios constitucionais que possuem elevado teor de importância à sociedade como um todo.

Rodrigo Capez avalia que a tensão entre princípios não se resolve com o estabelecimento de uma precedência absoluta, em abstrato, de um deles, e sim mediante um sopesamento que tenha por base o caso concreto, a fim de se definir qual deles terá precedência sobre o outro.⁶²

Caso em que foi necessário utilizar a teoria de Robert Alexy e fazer prevalecer um entre dois princípios ocorreu em recente julgamento do STF, versando sobre as ADPFs nº 395 e 444. Nessa ocasião, a Suprema Corte teve que resolver o impasse entre o princípio da segurança pública (para conferir às autoridades judiciais o poder de dar cumprimento às suas decisões em face da vontade do demandado) e o princípio individual de proteção à liberdade e à não autoincriminação.

57 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado*. Ed. Forense, 2015.

58 - Informações sobre o referido julgamento disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>> Acesso em: 12 mar. 2018.

59 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Ed. Quartier Latin, p. 57.

60 - ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-99.

61 - Ibidem.

62 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Ed. Quartier Latin, p. 58.

No julgamento em questão, o STF decidiu pela prevalência do princípio da liberdade, estendido aos acusados em processos judiciais. O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, teve seu voto com o seguinte teor:

Nossa Constituição enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI. Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no artigo 5º, *caput*, LIV e LVII. Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal”, afirmou em sua decisão.⁶³

O referido ministro entende que a condução coercitiva no curso da ação penal havia se tornado obsoleta, principalmente porque a Constituição de 1988 consagrou o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado (direito ao silêncio). Com isso, a condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado. Entretanto, segundo observou, o ato foi “reciclado” e, nos últimos anos, passou a fazer parte do procedimento padrão das operações policiais.⁶⁴

Com esse julgamento, o STF valorizou e estendeu o direito constitucional da liberdade aos indivíduos, fazendo restringir o direito de segurança da coletividade, que se traduz pelo poder que a Segurança Pública tem de valer-se de medidas cautelares a fim de dar cumprimento às ordens emanadas do processo judicial em uma persecução penal.

A consequência da técnica do sopesamento é definida por Gilmar Ferreira Mendes. Segundo ele, nada impede que se colha de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros. Assim, Mendes entende que repetidas as mesmas condições de fato do precedente, um dos princípios tenderá a prevalecer sobre o outro.⁶⁵

3.2 Proporcionalidade e Razoabilidade

Entende-se por princípio da proporcionalidade a obrigatoriedade que tem a autoridade judiciária de aplicar medidas no processo de forma equilibrada e proporcional ao efetivo dano causado. Virgílio Afonso da Silva explicita que o princípio da proporcionalidade “[...] é um instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais”.⁶⁶ Dessa forma, a possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso

63 - Informações sobre o referido julgamento disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>> Acesso em: 12 mar. 2018.

64 - MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, p. 185.

65 - *Ibidem*.

66 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, p.27-34.

estatal constitui razão suficiente para abandonar a sinonímia entre regra da proporcionalidade e proibição do excesso.

Virgílio Afonso explica que o exame da proporcionalidade, em sentido amplo, visa demonstrar se há ou não fundamentação constitucional para uma intervenção em um direito fundamental. Segundo ele, aplica-se, portanto, para estabelecer se uma intervenção pode ser considerada constitucionalmente fundamentada (restrição) ou se, ao revés, configura uma violação a um direito fundamental.⁶⁷

Pelo princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, o Estado deve usar de ponderação no uso das restrições a direitos no processo. De acordo com Humberto Ávila, a proporcionalidade é um “[...] postulado normativo aplicativo”, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outros princípios e regras.⁶⁸

Virgílio Afonso acentua que a regra da proporcionalidade, além de instrumento de controle contra o excesso do poder estatal, tem sido utilizada para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.⁶⁹

O estudo da proporcionalidade e seus efeitos na atuação jurídica do Estado torna-se necessário, pois esse princípio serve de fundamento para coibir atitudes arbitrárias e abusivas contra o demandado. Dessa forma, o processo se mantém equilibrado e equânime para as partes, de modo a alcançar uma solução justa para o impasse entre direitos. Virgílio Afonso da Silva entende que “o objetivo da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.”⁷⁰

Também importante mencionar que, pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, quando há um conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário promover um “sopesamento” entre ambos, com vistas a identificar qual deles deve ser aplicado ao caso concreto. Com isso, minimiza-se o efeito de um para que o outro, mais importante naquele momento, prevaleça.⁷¹

Ainda, segundo Alexy, a única forma de se restringir um direito fundamental é a citada acima. Assim, com base no estudo do caso específico, atribui-se a um princípio fundamental uma atuação preponderante, em virtude de que, naquele momento, a prevalência de um trará mais benefícios ao processo do que o outro princípio.

De acordo com esse entendimento, sacrifica-se, por um momento, um princípio e garante-se uma melhor resolução do impasse travado no processo. Alexy ainda esclarece que:

67 - 66 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, p.44.

68 - ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. p.133.

69 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 26-27.

70 - *Ibidem*, p. 24

71 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*. Ed. Quartier Latin, p. 58.

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, for atribuído maior peso ao princípio colidente. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.⁷²

A razoabilidade se relaciona com a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, deve-se avaliar a consequência da medida imposta no processo e o benefício que esta mesma medida trará à persecução penal. Busca-se equilibrar os meios e os fins, de forma que o prejuízo às partes envolvidas se restrinja ao estritamente necessário. Nesse sentido:

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido – isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado –, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meios menos gravosos para a consecução dos fins visados.⁷³

Assim sendo, o princípio da razoabilidade, segundo Humberto Ávila, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.⁷⁴

Luís Roberto Barroso entende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade permitem ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado.⁷⁵

Para concluir, a forma de se aferir se uma medida destinada a restringir um direito fundamental – como exemplo, o da liberdade – é constitucional ou configura uma violação ao direito fundamental é avaliar se os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade permeiam essa medida.

3.3 Recepção do Art. 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal

Em 1988, época em que a Constituição Federal foi promulgada, o Direito Processual Penal era um sistema binário. Pelas regras desse sistema, cumpria-se a prisão cautelar ou a liberdade provisória, mediante os requisitos pertinentes a cada situação. Para Luiz Flávio Gomes, “[...] essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar”.⁷⁶

O sistema processual penal então vigente buscava respaldo legal no art. 5º, LXXV e LXXVI, da CRFB/88, que trata dos institutos do relaxamento de prisão ilegal e da liberdade provisória.

72 - ALEXY, Albert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 296

73 - BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. Ed. Saraiva jur. p. 298.

74 - ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, p. 163.

75 - BARROSO, op. cit., p. 300.

76 - GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

Com o advento da Lei nº 12.403/11 e suas alterações no ordenamento jurídico, o art. 5º, LXVI, CRFB/88 não pode mais ser observado em sua literalidade. Conforme entende Rodrigo Capez, o ciclo de alterações que culminou na Lei nº 12.403/12 deve importar na releitura do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, pois a literalidade da expressão constitucional “liberdade provisória”, atualmente, está muito aquém da real finalidade da norma constitucional e do bem jurídico por ela tutelado.⁷⁷

Isso aconteceu porque, até a promulgação da Constituição, não havia as chamadas medidas cautelares pessoais, as quais se adaptam conforme a ocasião a ser tratada. Por isso, o art. 5º, LXVI, da CF não especifica outras formas de medidas cautelares diferentes da prisão preventiva. Nesse sentido:

Sob o prisma histórico, o ordenamento jurídico brasileiro desconhecia medidas cautelares diversas da prisão quando promulgada a Constituição Federal de 1988, razão pela qual o seu art. 5º, LXVI, limitou-se a prever a liberdade provisória como a única medida destinada a obstar a manutenção de uma prisão cautelar desnecessária.⁷⁸

O sistema até então adotado passou por mudanças significativas. Agora, a autoridade judiciária possui diversas outras opções de atuar cautelarmente em um processo, de forma a tornar mais brandas as medidas cautelares que não sejam a prisão preventiva. A Lei nº 12.403/11 promoveu profundas alterações nesse sistema: alargou significativamente o espectro de opções à disposição do juiz, com a previsão de dez medidas cautelares alternativas à prisão e, principalmente, acentuou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.⁷⁹

As medidas cautelares introduzidas pela referida lei legalizaram os meios utilizados pela autoridade judiciária para garantir a efetividade do resultado do processo. Além disso, também protegem os interesses do demandado, tendo em vista que a lei atribui à autoridade judiciária a obrigação de usar as medidas de forma branda, conforme o caso concreto, e ir aumentando o grau de severidade de acordo com a necessidade.⁸⁰

Podemos citar que se, por um lado, essas medidas protetivas resguardavam primariamente os interesses da vítima, por outro, não deixavam de amparar o imputado, na medida em que, instituída legalmente uma gradualidade para sua imposição, a sua liberdade não seria *prima facie* restringida em grau máximo, prevenindo-se a decretação da prisão preventiva para “garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.⁸¹

Entende-se que a Constituição deve se vincular à realidade vivida pela sua época, pois o direito está em constante mudança. Os direitos fundamentais são amplos e não restritos; eles conseguem acompanhar a legislação infraconstitucional e consolidá-la à sua própria normatividade. Nesse sentido:

77 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*. Ed. Quartier Latin, p. 309.

78 - *Ibidem*, p. 310.

79 - *Ibidem*, p. 306.

80 - *Ibidem*.

81 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*. Ed. Quartier Latin, p. 309.

Uma Constituição que fosse petrificada com conteúdos tradicionais perderia o seu próprio sentido: vincular a totalidade de um presente vital a um ordenamento adequado. Os direitos fundamentais se referem a uma realidade social em constante mutação. E a legislação infraconstitucional tem especial importância nas mudanças de conteúdo dos direitos fundamentais: ela pode ser a precursora de transformações de fundo, de novas ideias jurídicas que, por sua vez, repercutem na Constituição e nos direitos fundamentais.⁸²

Diante de todo o exposto, entende-se que a Constituição Federal, devido a sua atualidade e necessidade de constante adaptação às mudanças da sociedade, adapta o seu texto ao entendimento firmado pela lei e jurisprudência adotada no Estado de Direito. Nesse sentido:

Assim, diante da nova realidade infraconstitucional, propõe-se a seguinte interpretação para o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão* ou liberdade provisória, com ou sem fiança.”⁸³

De acordo com o entendimento acima, ao se estudar o dispositivo constitucional referido, deve-se ter em mente o seu significado contemporâneo, abrangendo as mudanças legais propostas pelos novos rumos do direito processual penal brasileiro. Nesse sentido:

Não se trata de uma modificação do enunciado normativo, do texto, que permanece inalterado, mas sim de uma atualização do seu significado, perfeitamente compatível com a *ratio* da norma e com a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, na medida em que aumenta o seu âmbito de proteção.⁸⁴

Dessa maneira, entende-se que qualquer decisão que restrinja a aplicação das medidas cautelares, previstas em lei, baseando-se no entendimento constitucional previsto no art. 5º, LXVI, é vista como um “retrocesso social”,⁸⁵ considerando-se a interpretação dada pela Constituição à época da sua promulgação.

Canotilho explica que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio do desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.⁸⁶

82 - HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 198-200.

83 - CAPEZ, op. cit., p. 314.

84 - *Ibidem*, p. 314.

85 - Expressão utilizada por Rodrigo Cappelletti em: CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Ed. Quartier Latin. p. 315.

Conclui-se, dessa forma, que a interpretação constitucional tende a concordar com as leis instituídas com a finalidade de trazer melhorias ao direito processual brasileiro contemporâneo, atualizando o campo das medidas cautelares alternativas à prisão, de modo a favorecer o tratamento individual do demandado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível compreender, sob a ótica de Rodrigo Capez, que a Constituição Federal de 1988 não é um texto rígido, insuscetível de adaptar-se ao momento contemporâneo, típico de sociedades ou governos autoritários; muito pelo contrário, a Constituição Federal reflete os princípios democráticos do Estado de Direito brasileiro, tendente a observar e acomodar-se em um plano contemporâneo de direito.

Nesse entendimento, observa-se que a interpretação do texto constitucional deve favorecer a aplicação de leis atuais e operantes no cenário judicial brasileiro, em consonância com as necessidades do país e visando à construção de uma sociedade mais livre, justa e equânime a todos.

Também é possível concluir, conforme entendimento de Guilherme de Sousa Nucci, que a aplicação da medida cautelar da condução coercitiva foi introduzida à legislação processual penal brasileira como um instrumento mais favorável ao demandado, de modo que este, sendo conduzido à presença da autoridade judiciária, não responderá pelo tipo penal da desobediência.

O instituto da condução coercitiva pode ser aceito constitucionalmente como uma medida válida, desde que observados os estritos moldes estabelecidos pela lei. Respeitados os requisitos da necessidade e adequabilidade, a medida cautelar torna-se um poderoso aliado na persecução penal e, conseqüentemente, no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. Editora Saraiva JUR.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1208583 ES 2010/0162642-0*, rel. min. Laurita Vaz, j. 04/12/12, DJe 11/12/12.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícia sobre o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n°s 395 e 444*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. _____. *AC 1.033 AgR-QO*, rel. min. Celso de Mello, j. 25-5-2006, P, *DJ* de 16-6-2006.

_____. _____. *MS 23.452*, rel. min. Celso de Mello, j. 16/9/1999, P, *DJ* de 12/5/2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Editora Quartier Latin.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, art. 29.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Revista dos Tribunais, 2011.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

LOPES MAIA, Lorena. *Colisão de Direitos Fundamentais: Visão do STF*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242> Acesso em: 10 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Editora Coimbra.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processual Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Ed. Forense.

_____. *Direitos humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros.