



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

CAROLINA SIMÕES FIGUEIRÓ

**A CONDUÇÃO COERCITIVA NO SISTEMA JURIDICO
BRASILEIRO: UM ESTUDO DA SUA RECEPÇÃO SOB A ATUAL
ORDEM CONSTITUCIONAL**

Brasília

2016

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

CAROLINA SIMÕES FIGUEIRÓ

**A CONDUÇÃO COERCITIVA NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: UM ESTUDO DA SUA RECEPÇÃO SOB A ATUAL
ORDEM CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Profa. Gisela Aguiar
Wanderley

Brasília
2016

CAROLINA SIMÕES FIGUEIRÓ

**A CONDUÇÃO COERCITIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM
ESTUDO DA SUA RECEPÇÃO SOB A ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL:**

Membros da banca examinadora:

Prof. Mestranda Gisela Aguiar Wanderley
Orientadora

Prof. Doutor Evandro Charles Piza Duarte
Examinador

Prof. Doutorando Fernando Luís Coelho Antunes
Examinador

Prof.^a Mestranda Isabella Miranda da Silva
Suplente

Brasília
2016

RESUMO

A pesquisa busca analisar a natureza jurídica da condução coercitiva, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal brasileiro, e demonstrar as incongruências na utilização desse instituto após a promulgação da Constituição de 1988. Para isso, inicialmente, reforça-se o caráter facultativo do interrogatório como meio de defesa do réu, esvaziando qualquer respaldo normativo validador da condução coercitiva, que passa a ser vista como mera prisão para averiguação. Analisa-se posicionamentos doutrinários e julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) na utilização da condução coercitiva durante a persecução criminal e principalmente como medida cautelar. Por fim, procede-se a comparação com a forma como a mesma matéria é debatida pela Suprema Corte americana, para a qual é central a discussão sobre as hipóteses de restrição de liberdade do investigado pela polícia. Diante disso, apresenta-se a necessidade de se declarar a não recepção da condução coercitiva pela Carta Magna, por flagrante violação aos direitos fundamentais e incompatibilidade com o sistema acusatório.

Palavras-chave: condução coercitiva; interrogatório policial; direito à liberdade; direito ao silêncio; prisão para averiguação; poder geral de cautela.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal nature of the Coercive Conduction, outlined in article 260 of the Brazilian Code of Criminal Procedure and to demonstrate the inconsistency in the use of this institute after the promulgation of the Constitution of 1988. In this regard, initially, it is highlighted the optional use of the interrogation as the defendant's means of defense, voiding any normative support that could validate the Coercive Conduct, which starts to be seen merely as an arrest for investigation. Furthermore, this research examines the leading doctrine and the Brazilian Supreme Court rulings in the use of coercive conduction during criminal prosecution and, mostly, as a preventive measure. Lastly, it is established a comparison with how this subject is approached by the Supreme Court of the United States, to whom the discussion of the restriction of the suspect's freedom by the police is central. Thus, it is imperative to proclaim the non-reception of the coercive conduction by the Constitution, due to a flagrant violation of fundamental rights and incompatibility with the accusatory system.

Key-words: coercive conduction; interrogation; right to liberty; right to remain silent; arrest for investigation;

“mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo”.

AGRADECIMENTOS

Agradecer talvez seja uma das tarefas mais difíceis desse presente trabalho. É relembrar todos os responsáveis por trilharem comigo o caminho que me trouxe até aqui, desde os meus primeiros estudos pra provas de bolsas nas escolas, passando pela árdua fase de cursinho pré-vestibular, até meus cinco anos de faculdade.

Primeiramente, agradeço à Deusa e aos meus guias espirituais. Foram eles os responsáveis pelas boas intuições que nunca me deixaram desviar do caminho da luz. A fé e o amor deles por mim me mantiveram firme nos meus objetivos.

Aos meus pais Paulo Henrique e Marisa e meu Rimão, eles não foram só a fontes de incentivo e confiança, eles escreveram comigo essa monografia. Estivemos juntos nos anos de escola, sofremos juntos cada vestibular e caminhamos de mãos dadas durante esses anos de faculdade, essa monografia é só o primeiro resultado de um esforço em grupo. Minhas conquistas serão sempre de vocês e para vocês.

Aos meus avôs/ós, tios/as, primos/as e afilhado/a, por cada sorriso, abraço, palavra de incentivo, exemplo, puxão de orelha, cada gesto fez toda a diferença e somaram no que eu sou hoje, sei que não tem dádiva maior do que essa família que eu recebi e espero estar à altura de vocês.

Às minhas melhores amigas e companheiras de faculdade Ana Carolina, Adriana, Artemisa, Jéssica e Natália, a gente sabe que nem sempre foi fácil, mas os trabalhos em grupo, os estudos na BCE em pleno domingo, as risadas, nosso conselho deliberativo, ajudaram a superar cada dificuldade e fazer esses cinco anos incríveis! Obrigada por aguentarem minhas incertezas e desesperos e por estarem nas minhas lembranças mais alegres. O brilhantismo e a qualidade de cada uma de vocês é o que me impulsiona a ser cada dia melhor.

Ao meu namorado por sua inesgotável fonte de ânimo e otimismo, sua presença ao meu lado me impulsionando e me dando força foi o combustível que me fez transpor essa reta final.

À minha orientadora Gisela por ter tido a maior paciência com minha inexperiência e ter pegado na minha mão e ajudado desde a escolha do tema até cada uma das últimas

palavras dessa monografia. Foi um grande reencontro dos tempos de escola que eu espero que continue me servindo de referência e ajuda.

Por fim, agradeço aos membros da banca pela disponibilidade em atenderem meu convite. A trajetória acadêmica de vocês é exemplo pra mim e pra cada um de seus alunos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O INTERROGATÓRIO DO RÉU NA DOCTRINA BRASILEIRA	19
1.1 . Introdução	19
1.2. História e mudanças no interrogatório	19
1.2.1. Os sistemas processuais penais.....	19
1.2.2. Contexto Ideológico do Código de Processo Penal	22
1.2.3 Mudanças ocorridas pós Constituição de 1988	23
1.3 Interrogatório	24
1.3.1 Conceito	25
1.3.2. O interrogatório e o art. 5º, LV, CF	25
1.3.3. Interrogatório sob a ótica do art. 5, LXIII	27
1.3.4 Alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008	28
1.3.5. Métodos de interrogatório.....	30
1.3.6 A obrigatoriedade do interrogatório	31
2. A LEGALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA	36
2.1. Introdução	36
2.2 Garantismo X efficientismo	36
2.3 A condução coercitiva.....	40
2.3.1 Posição doutrinária e do Supremo Tribunal Federal	40
2.3.2. Condução coercitiva como forma de prisão	45
2.3.3. Condução coercitiva como medida cautelar autônoma	48
3. UM PARALELO COM A JURISPRUDÊNCIA DOS EUA.....	55
3.1. Introdução	55

3.2. A custódia no sistema americano.....	55
3.2.1. Restrições ao direito de liberdade.....	56
3.3. Detenção do suspeito	58
3.3.1 A legitimidade para a detenção do suspeito	59
3.3.2. O método objetivo na identificação de uma detenção	63
3.4. Necessidade de aviso	64
3.5. O grau de restrição ao direito à liberdade	66
3.6. Controle sobre a atividade policial.....	67
4. CONCLUSÃO.....	71
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

Introdução

Os direitos fundamentais podem ser descritos como valores maiores eleitos pela sociedade como indispensáveis ao ser humano. Conforme Hesse¹, seriam direitos essenciais para se viver com liberdade e com um mínimo de dignidade, escolhidos de acordo com a sociedade de cada época.² Para Schmitt³, por sua vez, seriam direitos passíveis de confrontação com o poder do Estado. Assim, podem ser apresentados como uma arma para a defesa do direito de liberdade, em princípio, irrestrito, de uma intervenção estatal que deve ser sempre controlada por meio de lei, tanto no seu alcance, quanto no seu conteúdo⁴. Nas palavras de Canotilho:

a função de direitos 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)⁵

Tais direitos sofreram e sofrem modificações constantes conforme o período e a sociedade da época. No atual momento de conturbação no cenário político, jurídico e social, é sempre importante ter em mente toda a luta travada na sua conquista durante os séculos.

Os direitos fundamentais poderiam ser divididos em gerações de direitos, ou como faz lembrar a mais atual doutrina, “dimensões” de direitos, visto que os direitos conquistados por uma dimensão mais recente vêm se somar aos direitos já conquistados pelas anteriores. Nesse ponto de vista, eles nunca se excluem ou são substituídos, mas se acumulam, caminhando sempre para frente, nunca regredindo.

A primeira dimensão de direitos trouxe consigo a ideia das liberdades individuais. Seriam direitos de proteção contra o Estado, indivíduos buscando sua individualidade e

¹ HESSE, Konrad, 1982 apud BONA VIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional, 13. ed., 2003

² BONA VIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional, 13. ed., 2003, p. 560

³ SCHMITT, Carl, 1931 apud BONA VIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional, 13. ed., 2003

⁴ BONA VIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional, 13. ed., 2003, p. 560

⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 19. ed., 2006, p. 25

direitos próprios contra um modelo de governo anteriormente autoritário. Aqui marca-se a passagem para um Estado Democrático, com respeito às garantias individuais. Conforme expõe Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁶

Assim, esses direitos compõem um grande empenho social na diferenciação do Estado frente a coletividade, colocando como enfoque o indivíduo. Esse passa a ser uma fonte de onde emanam direitos com força para protegê-lo da máquina estatal. Direitos esses que pela primeira vez são vistos num instrumento normativo constitucional.

Os direitos da segunda dimensão aparecem inseridos no contexto da Revolução Industrial. Estariam ligados a uma luta dos trabalhadores da época que reivindicavam assistência do Estado, numa busca por direitos coletivos, sociais, culturais e econômicos. Percebe-se aqui a migração de um Estado liberal para um Estado social. Bonavides afirma:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formará o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.⁷

Refere-se o autor a garantias institucionais, pois certas “instituições” de direito ganham uma proteção especial, demandando ações concretas e positivas do Estado. Na segunda dimensão, chama-se o Estado para ser protagonista na concretização desses direitos, impondo-lhe alguma ação na correção das injustiças sociais que se observavam à época, dando maior relevância para o direito a igualdade nessa nova fase.

Inicia-se, em seguida, um direito universal, que não estaria englobando um grupo de indivíduos, mas os seres humanos como um todo. A terceira dimensão de direitos mostra-se

⁶ BONA VIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*, 13. ed., 2003, pp. 563, 564

⁷ BONA VIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*, 11. ed., 2001, p. 519

uma dimensão que busca preservar o fraterno e a solidariedade num conjunto de direitos transindividuais, que saem da esfera do indivíduo para abarcarem um coletivo que não conhece fronteiras de cidades ou países. Gilmar Mendes exemplifica esses direitos como: “o direito a paz, ao desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico e cultural”⁸. Vivem-se aqui mudanças tecnológicas intensas, que mudam o ponto de referência humano, agora o indivíduo vê-se conectado e fazendo parte de uma grande comunidade internacional.

A evolução desse conjunto de direitos hoje deságua na nossa mais atual Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo em que eles alcançaram ganhos de cunho quantitativo, passaram também por re-significações ao longo do tempo, ampliando seu espectro e sendo vistos por meio de novas perspectivas.

Recentemente, o debate girou em torno de um direito específico, o direito à liberdade de locomoção. Vimos discursos inflamados ganhando volume ao longo de uma profunda crise política que hoje ganha espaço no nosso cenário nacional. A operação Lava-Jato⁹ conseguiu mobilizar uma grande massa de pessoas. Colocou o povo nas ruas, os juízes nos jornais e líderes de governo em uma grande saia justa.

No meio desse turbilhão de notícias e acontecimentos, um fato em especial ganhou destaque nos principais veículos de comunicação, vimos um ex-Presidente da República ser coercitivamente conduzido a uma delegacia de polícia.

No dia 4 de março de 2016, sob ordem do juiz federal Sérgio Moro, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi levado de sua residência em São Bernardo do Campo para um depoimento com duração de três horas em virtude da Operação Aletheia.¹⁰

O pedido do Ministério Público Federal para a realização da condução coercitiva do ex-Presidente se baseava em receio de novo tumulto entre policiais e militantes, como o ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo, o qual resultou em algumas pessoas feridas. Conforme o pleito, as chances para que esse

⁸ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 8. Ed., 2013, p. 138

⁹ Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 de julho de 2016

¹⁰ BRANDT, Ricardo; MACEDO, Fausto; AFFONSO, Júlia e COUTINHO, Mateus. *Veja a ordem de Moro para conduzir Lula sem algemas*. Disponível em: politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-ordem-de-moro-para-conduzir-lula-sem-almegas. Acesso em: 10 de junho de 2016

evento se repetisse seriam reduzidas caso a condução coercitiva ocorresse adicionada do elemento surpresa.¹¹

O juiz Sérgio Moro acatou o pedido e fundamentou sua decisão ressaltando o caráter investigatório dos depoimentos que viriam a ser tomados, além de acrescentar que não haveria cerceamento real de liberdade de locomoção, pois a condução coercitiva não teria outro objetivo que não a tomada do depoimento.

Ressaltou que, uma vez presentes justificativas para que se realize a investigação do ex-Presidente, não existiriam motivos para poupá-lo de qualquer diligência necessária em virtude do cargo já ocupado por ele, visto que não há fator diferenciador entre ele e qualquer pessoa, merecendo respeito apenas na medida do devido a todos.

Explicitou ainda que o principal motivo que o levava a decidir favoravelmente ao pedido do MPF seria a necessidade de se prevenir incidentes que pudessem levar à lesão de pessoas inocentes, evitando que incidentes como o de Barra Funda se repetissem. Conforme o juiz, a realização da oitiva do ex-Presidente mediante condução coercitiva reduziria a chance de que manifestações pudessem ocorrer, já que estas não se realizariam de forma espontânea.

Finalizou lembrando a presunção de inocência e a preservação dos direitos do ex-Presidente, colocando a tomada de depoimento como um ato a serviço da investigação policial e como uma oportunidade de se esclarecer fatos, medida à qual qualquer pessoa estaria sujeita, na posição de investigado ou de testemunha. Por fim, determinou que o mandado deveria ser cumprido sem a utilização de algemas, sem qualquer filmagem e só deveria ser cumprido caso o ex-Presidente se recusasse a acompanhar a autoridade policial.¹²

Tal decisão gerou um grande debate na área jurídica, mobilizando os principais meios midiáticos. Conforme a Procuradora Regional da República Silvana Batini, em interpretação livre da Lei n. 7.960/1989, que trata da prisão temporária, a condução coercitiva, sem recusa prévia, seria possível sempre que houvesse a necessidade de preservar o meio de prova. Como a lei prevê que deve ser decretada a prisão temporária no

¹¹ Decisão na íntegra: https://eproc.jfpr.jus.br/eproc/V2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701456760085206180060000000002&evento=701456760085206180060000000003&key=f5241e1ecb6fb8ad1c69a02bf0ec7300fa912985956180dcdcf0b2bf566f441f. Acesso em: 10 de junho de 2016

¹² Idem

caso de risco para o meio de prova, adaptando-se ao caso em tela e adequando-se a devida proporção, a condução coercitiva poderia ser utilizada no lugar da prisão temporária. Para ela a proteção à prova é caso recorrente que enseja a condução coercitiva para evitar que investigados combinem versões e “para preservar aquele momento de coleta da prova”.¹³

Batini ainda afirma que tal procedimento deve ser tratado de forma diferenciada da condução coercitiva tradicional. Neste caso, a pessoa seria convidada a ir a uma unidade policial e, se recusando, seria levada coercitivamente, independentemente de necessidade para a preservação da prova. Embasa tal opinião no artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁴- que afirma poder haver condução coercitiva sempre que o denunciado se recusar a se apresentar para interrogatório, reconhecimento ou qualquer ato que sem ele não possa ser realizado – e , bem como nos artigos 4¹⁵ e 5 do CPP¹⁶, que atribuem à polícia judiciária a competência de salvaguardar todos os meios de prova. Ainda, para Battini, tal entendimento decorreria da jurisprudência do STF e do Poder Geral de Cautela¹⁷, instituto do Código de Processo Civil (CPC) que, segundo ela, deveria ser usado subsidiariamente no processo penal a fim de permitir ao juiz tomar medidas para garantir a proteção da prova.

¹³ GRILLO, Cristina. *A condução coercitiva de Lula foi legal?* Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/03/conducao-coercitiva-de-lula-foi-legal-sim.html>. Acesso em: 10 de junho de 2016

¹⁴ 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

¹⁵ Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

¹⁶ Art. 5o Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1o O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

¹⁷ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Representando um posicionamento diverso, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou que a decisão do juiz Sérgio Moro teria sido equivocada, visto só ser possível a condução coercitiva do investigado em caso de recusa a depor.¹⁸ Afirmando:

Eu só concebo condução coercitiva se houver recusa do intimado para comparecer. É o figurino legal. Basta ler o que está no código de processo (...) Uma medida de coerção que deve ser o último recurso para ouvir alguém. Você hoje, por exemplo, é um cidadão e pedem que você seja intimado para prestar um depoimento. Em vez de expedirem o mandado de intimação, podem conduzir coercitivamente, como se dizia antigamente, debaixo de vara?¹⁹

Marco Aurélio disse ainda que o Judiciário nunca deve se valer da premissa de que os fins justificam os meios, onde o objetivo a ser alcançado é superior a lei em si, sob pena de se ferir o Estado Democrático de Direito. Para ele, como não houve qualquer mandado de intimação prévia, não seria válida a condução coercitiva do ex-Presidente.²⁰

Por último, vale salientar o posicionamento do Ministério Público Federal, que em nota reafirmou o posicionamento favorável à decisão do juiz Sérgio Moro, acrescentando que 116 (cento e dezesseis) mandados de condução coercitiva haviam sido emitidos de maneira similar àquele expedido contra o ex-Presidente Lula e em nenhum deles houve qualquer levante contrário a forma de realização de tal condução. Coloca que tal prática vem sendo endossada pelos tribunais e que “visa atender diversas finalidades úteis para a investigação, como garantir a segurança do investigado e da sociedade, evitar a dissipação de provas ou o tumulto na sua colheita”²¹. Termina afirmando:

Assim, para a segurança pública, para a segurança das próprias equipes de agentes públicos e, especialmente, para a segurança do próprio senhor Luiz Inácio Lula da Silva, além da necessidade de serem realizadas as oitivas simultaneamente, a fim de evitar a coordenação de versões, é que foi determinada sua condução coercitiva.²²

¹⁸SOUZA, André de. *Ministro do STF critica autorização para condução coercitiva de Lula: Segundo Marco Aurélio Mello, medida deve ser o último recurso para ouvir alguém*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-stf-critica-autorizacao-para-conducao-coercitiva-de-lula-18808285>. Acesso em: 10 de junho de 2016

¹⁹ Idem

²⁰ Idem

²¹ Integra: lavajato.mpf.mp.br

²² Idem

Mais recentemente, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 395) com o objetivo de declarar a não-recepção parcial do art. 260 do CPP pela Constituição de 1988. O Partido sustenta afronta ao direito a não-autoincriminação e ao direito ao silêncio. Assim, objetiva vedar a utilização da condução coercitiva para o interrogatório, além de pleitear o fim da utilização da condução coercitiva como medida cautelar autônoma para a obtenção da declaração do investigado. Pede ainda, em caráter liminar, que a Corte suspenda a eficácia do dispositivo em questão até o julgamento da ADPF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que ainda não analisou o pedido liminar.

Com o debate posto, objetiva-se com esse trabalho uma análise mais detida sobre o instituto da condução coercitiva, buscando responder o questionamento sobre sua recepção ou não pela Constituição de 1988.

Assim, no primeiro capítulo iremos abordar o interrogatório, analisando sua natureza jurídica e a sua real necessidade como foco último da condução coercitiva. Inicia-se com um panorama geral dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório, objetivando demonstrar a influência fortemente inquisitorial que marca o Código de Processo Penal. Avançando, passa-se para uma análise da origem do próprio CPP, ressaltando as marcas deixadas principalmente pelo fascismo italiano.

Em sequência, passa-se para as mudanças trazidas ao nosso ordenamento pela Constituição de 1988, adicionando direitos e garantias antes limitadas pelo CPP, demonstrando em seguida as mudanças percebidas na forma de se conduzir o interrogatório, mudanças essas explicitadas na Lei n. 11.719/2008. Por último, analisa-se especificamente a obrigatoriedade do interrogatório, frente a esse novo panorama.

No segundo capítulo será abordada a condução coercitiva em si, numa análise mais detida sobre a posição doutrinária, além da forma como essa é utilizada pelo próprio Estado. Como o debate que irá nortear todo o capítulo será a dicotomia entre o direito de liberdade e um pragmatismo estatal em se utilizar a condução coercitiva como meio de se adquirir maior eficiência no processo penal, ilustra-se a discussão primeiramente com um panorama geral entre garantismo e efficientismo, partindo em seguida para a posição doutrinária acerca do uso da condução coercitiva.

Demonstra-se em seguida a forma como a condução coercitiva é utilizada no curso da apuração policial e o aval dado pelo STF para a sua utilização sem maiores empecilhos como arma de investigação à disposição da polícia. Adiante, defende-se o enquadramento da condução coercitiva como forma de prisão, refutando-se que o poder geral de cautela possa funcionar no processo penal como legitimador de sua utilização como medida cautelar.

No terceiro capítulo o intuito é travar uma análise sobre como se desenvolveu a aplicação da Quarta Emenda no sistema jurídico americano, intentando conseguir, por meio de um exame do tratamento que é conferido pela Suprema Corte americana as restrições ao direito a liberdade de ir e vir pela polícia, traçar um paralelo com o sistema brasileiro.

Para tanto, inicialmente, explica-se como é tratada a custódia e o funcionamento da Quarta Emenda na proteção do direito de liberdade. Em seguida, focando na possibilidade de restrição desse direito, diferenciam-se os institutos da “stop” e “arrest”, demonstrando a fundamentação exigida para proceder à custódia e os métodos utilizados para se diferenciar quando há ou não de fato a afetação de um direito protegido pela Quarta Emenda, bem como para discernir os diferentes níveis de restrição de liberdade.

Com isso, objetiva-se, por fim, detectar as incongruências da forma como tratamos esse mesmo direito no nosso ordenamento e, assim, ressaltar que, dada a adoção do sistema acusatório e a proteção conferida ao direito à liberdade e ao direito ao silêncio, a utilização da condução coercitiva não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, assim impelindo ao reconhecimento da não recepção do artigo 260 do CPP pela Constituição de 1988.

1. O interrogatório do réu na doutrina brasileira

1.1. Introdução

Para que se consiga analisar a condução coercitiva, primeiro é preciso analisar o fim a que ela se justifica. O interrogatório é seu objetivo, o propulsor da sua necessidade no nosso ordenamento, assim não caberia falar da condução em si sem antes rever seus próprios alicerces.

O presente capítulo visa, então, a analisar o interrogatório e principia por uma revisão das mudanças históricas sofridas dentro do sistema penal e pela qual passou o Código de Processo Penal de 41, a fim de situar o instituto dentro do momento histórico no qual está inserido. Em seguida, faz-se ainda um diálogo entre o interrogatório e os princípios constitucionais que o cercam e, por fim, termina-se com uma análise sobre a metodologia do interrogatório e sua obrigatoriedade.

1.2. História e mudanças no interrogatório

1.2.1. Os sistemas processuais penais

Para entendermos melhor o nosso código atual e a maneira como os institutos operam a partir dele, é essencial retrocedermos a sua origem, dando uma breve pincelada no surgimento dos sistemas processuais. Primeiro, é importante frisar que não existem sistemas processuais que sejam livres da influência de outros sistemas processuais, todos se influenciam e se completam.

O Sistema Inquisitorial surge no seio da Igreja Católica e tem seu marco fundador com o IV Concílio de Latrão²³. A Igreja, procurando não perder sua influência para a nova

²³ Medidas anteriores ao citado concílio e que já demonstram similitude com o Sistema Inquisitorial seriam, por exemplo, a Bula Papal adotada em 1199, em que se comparava o crime de heresia ao de lesa à majestade, historicamente o crime mais grave de todos. Porém o sistema ganhou força quando o movimento migratório para os burgos foi intensificado. A Igreja acompanhou o movimento e desde o início procurou não perder sua influência para a nova mentalidade que se formava. (COUTINHO, 2009)

mentalidade que se formava²⁴, faz nascer um novo sistema processual, impondo a confissão obrigatória uma vez ao ano.²⁵

Agora o réu é visto como um pecador, alguém que detinha uma verdade que precisava ser descoberta, tornando-se o objeto de investigação. Com esses postulados, fica fácil entender o motivo que levou a ter na tortura um dos principais objetos para se obter a confissão, vista como a rainha de todas as provas. Se o réu conseguisse resistir, poderia ser absolvido, porém se confessasse, seria a vitória para o lado da Inquisição. Aqui observa-se que o processo já tem um resultado pré-ordenado que se procura alcançar, o julgador já tem as premissas e consegue manejar o resultado para o objetivo que melhor lhe aprouver. Para elucidar as práticas utilizadas, temos uma passagem de Lopes Jr.:

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.²⁶

Com esse forte domínio sobre o resultado desse jogo processual, esse novo sistema acabou interessando principalmente as ditaduras, e transformando o Sistema Penal em uma luta de classes, em que quem tinha o poder conseguia sobrepujar as classes dominadas. Assim, só era atingido pelo sistema penal quem não detinha influência para se defender.

O Sistema Acusatório aparece na Inglaterra depois da invasão de Guilherme, O Conquistador, desenvolvendo-se no reinado de Henrique II²⁷. Mostrava-se bastante justo,

²⁴ Nesse processo, a Igreja Católica começou a perder o domínio que possuía, alguns sintomas disso foram a criação das universidades e as Cruzadas, que se mostraram um movimento contra um pensamento novo que se espalhava. Para reaver o controle diante dessa perda de fieis, o papa Inocêncio III promove uma cúpula da Igreja e faz nascer um novo sistema processual. Nessa cúpula, que se tornou conhecida como IV Concílio de Latrão, decide-se entre outras coisas pela confissão obrigatória uma vez ao ano. (COUTINHO, 2009)

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em 10 de junho de 2016

²⁶ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 70

²⁷ Henrique II consegue unificar a Grã Bretanha transformando os suseranos do lugar em seus vassallos. Para conseguir o domínio do lugar e firmar seu reinado, ele institui uma lei que proíbe a criação de exércitos particulares e em troca, protegeria a todos do lugar. No âmbito jurídico, ele concentra em Westminster as decisões. O sistema jurídico funcionava da seguinte maneira: todos que sofressem qualquer injustiça poderiam reclamar diretamente para o rei, por meio de petições, essas seriam recebidas pelo Lord Chanceler, que emitiria uma ordem (writ), para que o reclamado comparecesse para dar satisfação ao reclamante ou

onde acusação e defesa estavam em igualdade de condição para tentar demonstrar ao juiz, por meio de um jogo dialético, quem detinha a melhor verdade, com um direito processual comum e universal e um direito material que dependia de cada localidade do reino.

Com o surgimento de um modelo racional-legal, a verdade passaria a ser construída em um processo que prezasse por um rito pré-estabelecido e pela racionalização durante todo o processo, como forma de ser garantir uma proteção ao autoritarismo.²⁸

No Brasil, temos um sistema cuja previsão constitucional o caracteriza como acusatório, dando a titularidade da ação penal ao Ministério Público e o dever de garantir os direitos do acusado ao juiz. Entretanto, o que se percebe na prática é uma ineficiência tão grande desse sistema que as previsões constitucionais não conseguem se concretizar, resultando num conservadorismo tanto na fase inquisitória quanto processual²⁹, levando alguns autores, como Lopes Jr., a denominá-lo (neo) inquisitório³⁰.

A predominância normativa inquisitorial no Código de Processo Penal, bem como a utilização dos elementos do inquérito policial na fase processual maculam o nosso sistema, vez que se percebe uma impossibilidade de admitir uma verdade que não tenha passado por uma estrutura dialética, com garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cabe observar ainda que o que faz de um sistema ser inquisitivo ou acusatório é basicamente a gestão das provas, enquanto que no inquisitivo essa gestão é feita pelo juiz, no acusatório ela é feita pelas partes. Apesar de contrário ao princípio do devido processo legal, nosso sistema permite que o juiz conduza e maneje a produção de algumas dessas provas. Tal prática teria como mote o auxílio à formação da convicção do juiz, entretanto acaba por facilitar sua tomada de decisão anteriormente ao fim do processo. Com isso o juiz utilizaria o processo e o manuseio das provas para embasar uma decisão já tomada previamente por ele e utilizaria essa sua prerrogativa para conseguir motivá-la.

respondesse ao rei. Tal forma de jurisdição acabou congestionando o sistema, mesmo com a desconcentração feita com a criação de outros 3 tribunais. Assim, com um novo writ, chamado novel disseisin, instituiu-se um Grand Jury, composto por 23 cidadãos para se decidir se seria admitida ou não a acusação. Se fosse admitida, o acusado seria julgado por um Petty Jury composto por 12 membros. Agora o direito material era dito por um júri, enquanto o direito processual viria do próprio rei. O julgamento se transformava em um grande debate em que o acusado procurava se defender a partir da retórica e a acusação se utilizava das mesmas armas, já que aqui não existiam as “provas” que viram a aparecer mais tarde, quando já não se tinha mais conhecimento sobre os fatos.

28 JR. KHALED, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?, 2010

29 Idem

30 LOPES JR., Aury, Direito Processual Penal, 2014, p. 71

1.2.2. Contexto Ideológico do Código de Processo Penal

Foi Jean-Jacques-Regis que teve a ideia de mesclar os dois sistemas, primeiro com uma fase de investigação na forma do modelo inquisitorial, passando para a fase processual no estilo do júri inglês. Assim, se conseguia disfarçar um processo predominantemente inquisitorial, onde o juiz que participava da fase inquisitorial seria o mesmo que julgaria o processo, com uma ideia já pré-estabelecida do julgamento, e com alguns elementos do processo acusatório, denominando-o assim de democrático.

Nosso Código de Processo Penal ainda em vigor remonta de 1941, quando foi elaborado com base o sistema inquisitorial do fascismo italiano. Assim, denomina-se misto, porém com bases sólidas do sistema inquisitorial. A imparcialidade que se percebe é evidente ao se constatar que o mesmo órgão que produz e investiga é aquele que vai julgar.

Na época em questão, a Itália vivia sobre um regime fascista, o que explica a influência autoritária sofrida pelo nosso próprio sistema penal.³¹ Percebemos, dessa forma, uma forte inclinação por um punitivismo exacerbado. O réu, além de ser tratado como se culpado fosse desde o início do processo, ainda sofria com normas que continham irrealis restrições de liberdade e um dificultoso processo que o deixava refém do sistema penal em que havia caído.

Esse processo tinha regras como a do art. 596 e art. 312, que determinavam que uma sentença penal absolutória não era suficiente para se devolver a liberdade do réu ou que a preventiva já deveria ser decretada a depender somente da quantificação da pena do tipo em questão.³²

Nota-se que a proteção à liberdade individual perdia duramente para a segurança pública, aqui as proteções individuais de forma geral eram limitadas em prol da ordem pública. A busca da verdade real e a vontade de punir não encontravam muitos limites na origem do nosso direito processual penal.

O juiz gozava de amplos poderes, assim como os próprios agentes de polícia, mostrando que o Estado conseguia, de forma legal, intervir e agir como quisesse na vida das pessoas. Fica evidente que a tentativa de se frear a alta criminalidade e agilizar os

³¹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, 15. ed., 2011, p. 5

³²OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, 15. ed., 2011, p. 5

procedimentos não poderiam ter consequências mais maléficas para a própria sociedade, regida por um sistema que não a respeitava.

Molda-se o interrogatório do réu, como era de se esperar, de acordo com os princípios e ideias que norteavam a época. Sua oitiva servia unicamente como forma de se chegar a tão almejada verdade real. Nas palavras de Pacelli:

O interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado implicitamente), seja pelo não-comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP).³³

Tal descaso com o nosso direito à liberdade era tamanho que ainda podia ser notado em diversos outros artigos e leis da época. Descaso esse que deixou imensas cicatrizes no nosso sistema penal como um todo, marcas que precisam ser analisadas para se conter os excessos típicos do legislador da época.

1.2.3 Mudanças ocorridas pós Constituição de 1988

Correndo para um lado diametralmente oposto ao do nosso Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988 elevou e garantiu princípios que protegem o indivíduo. Ela marca o processo de redemocratização do país, firmando posição típica de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 88 trouxe novamente para o palco nacional ideias sociais iniciadas há muito tempo, dentro do perfil das grandes revoluções do final do século XVIII, voltam os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade contra o modelo de ditadura que vinha sendo seguido.³⁴

Apresenta, logo em seu início, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, que irão perpassar todo o seu texto e influenciar todo o ordenamento brasileiro, servindo de norte para o legislador e parâmetros para o judiciário.

³³ Idem

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., 2012 p. 271

Voltando nosso olhar para o CPP, o texto constitucional preocupou-se em garantir a proteção do indivíduo frente ao Estado. Em seu artigo 5º, LVII³⁵, a Constituição de 1988 firma a presunção de inocência, acabando com a atrasada ideia de Manzini, penalista italiano, sobre a presunção de culpabilidade. Tal presunção pregava que não poderia existir uma ação penal contra quem é inocente, pois, de acordo com ele, ninguém acusaria alguém livre de culpa, assim o réu já seria presumivelmente culpado.³⁶

O devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), por sua vez, aparece como uma forma de igualar os dois lados da ação penal, tentando sempre acabar com a vantagem de um Estado que ao mesmo tempo em que investiga também acusa.³⁷

A obrigatoriedade da motivação do convencimento do juiz (CF/88, art. 93, IX), por sua vez, cumpriu um importante papel no que se refere tanto ao sistema recursal, havendo maior facilidade na impugnação das decisões, quanto do controle externo sobre as mesmas.

Vedou-se a utilização de provas obtidas ilicitamente (CF/88, art. 5º, LVI), de modo que agora o indivíduo recebe mais uma proteção contra a utilização indiscriminada do Estado na obtenção da verdade real, reafirmando o respeito às regras postas ao longo do processo.

Ademais, com a nova Constituição, o Ministério Público passou a ser órgão independente que deveria pautar suas ações não com vistas a acusar e condenar o réu a todo custo, mas com o dever de resguardar a ordem jurídica, prezando pelo que fosse justo e não com motivações políticas, mas agindo por meio da imparcialidade.

Assim, introduziram-se no sistema processual penal várias normas que entraram em conflito com o Código de Processo Penal de 1941. Vários artigos desse ideologicamente atrasado Código perderam a eficácia e vários outros tiveram que ser interpretados à luz da nova Constituição que se impunha.³⁸

1.3 Interrogatório

³⁵ Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

³⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 10. ed., 2008, p. 6

³⁷ *Idem*

³⁸ PELLEGRINI, Ada. *A reforma do Código de Processo Penal brasileiro – pontos de contato com o direito estrangeiro (Reforma Infraconstitucional, Processo Penal)*, Brasil, 2009

1.3.1 Conceito

O interrogatório é o ato processual que possibilita ao acusado se reportar diretamente ao juiz. Ou, durante o inquérito, ao investigado ser ouvido pela autoridade policial.

Trata-se de ato personalíssimo, visto não poder o acusado, quando do seu interrogatório, ser substituído por procurador, ou qualquer outra pessoa. Impõe-se também a presença física do juiz, por ser esse o momento processual em que o juiz tem a oportunidade de estar em contato com o acusado, ouvindo sua versão dos fatos.

1.3.2. O interrogatório e o art. 5º, LV, CF

Existe certa contradição no tocante à natureza jurídica do interrogatório. Nosso Código de Processo Penal traz o interrogatório do réu no capítulo concernente às provas, considerando-o, dessa forma, um verdadeiro “meio de prova”. Entretanto, a mais recente doutrina faz uma análise inversa e acaba por conceituá-lo como mais um meio para o réu se defender das acusações propostas.

Anteriormente, o interrogatório do réu era, de fato, visto como se prova fosse, onde o réu seria um mero objeto de onde poderia se extrair a verdade que viria a elucidar o processo. Hoje, tal procedimento judicial merece toda uma nova interpretação. Mudou-se não só a forma prática de sua realização, com a Lei n. 11.719/08, mas também a teoria que embasava sua existência, como uma forma de interpretá-lo à luz do art. 5º, LV da Constituição Brasileira.

A ampla defesa vem especificada no referido artigo, sendo subdividida em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica seria aquela exercida por advogado, como fruto da necessidade de se garantir um contraditório funcional, que seja hábil a promover a igualdade entre as partes e prezar pela imparcialidade do juiz.³⁹

Já a autodefesa tem como sua maior característica a disponibilidade pela parte, ou seja, o acusado pode dela fruir como for de seu melhor interesse. Assim, caberia apenas a ele dispensá-la ou não, sob pena de cerceamento de direito de defesa.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 2009

Fernando Capez ainda faz uma segunda subdivisão, que aparece ao se diferenciar o direito de audiência do direito de presença. No direito de audiência o acusado poderia influenciar na formação do convencimento do juiz por meio do seu interrogatório; já no direito de presença, ele teria o direito de estar presente a todo momento e posicionar-se perante qualquer prova produzida. O autor ainda declara:

Ora, sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório⁴⁰

Assim, o réu sai da posição inerte de objeto para se tornar um sujeito de direitos. Tal perspectiva passa a enquadrar o interrogatório não só como um meio de prova, mas também uma forma de se realizar a ampla defesa do acusado. A ótica dos princípios constitucionais e do modelo acusatório se mostram mais presentes do que nunca. Nas palavras de Pacelli: “Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.”⁴¹

Numa tentativa de conciliar os dois pontos, é certo que ao ser ouvido em audiência o réu poderá fornecer elementos que sirvam como prova ao juízo, entretanto essa nunca deve ser a finalidade da tomada de depoimento do acusado. Aqui, com algumas diferenças de Pacelli, que não vê maiores problemas no valor probatório do interrogatório, apesar de destacar que sua principal função seria o meio de defesa do acusado, Lopes Jr. faz uma pequena diferenciação.

Para o autor, o interrogatório serviria como meio de exercício da autodefesa e do contraditório, visto à luz da presunção de inocência. Assim, seria meio pelo qual o acusado teria chance de se defender e mostrar a sua versão dos fatos frente às acusações sofridas, no entanto, ele vai além. O interrogatório típico da fase inquisitorial, feito em esfera policial, teria apenas uma função endoprocessual, servindo pra justificar o início ou não do processo, dessa forma não teria qualquer valor como ato de prova.⁴²

⁴⁰Idem, p. 351

⁴¹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 15. ed., 2011, p. 383

⁴² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 2014

O autor encerra o assunto ao afirmar que nos demais momentos do processo é inútil a discussão sobre se o interrogatório seria um “meio de defesa” ou “meio de prova”, pois apesar dele acentuar a função do interrogatório como um meio de defesa, não exclui o fato dele acabar funcionando como meio de prova, já que ajuda a formar a convicção do juiz.

Em um julgado de 2008 o STF reconheceu o caráter do interrogatório como meio de defesa, afirmando:

Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa ⁴³

Essa mudança de conceituação acaba trazendo infinitas consequências para todo o procedimento do interrogatório, mais especificamente, sobre a condução coercitiva, que iremos tratar mais adiante.

1.3.3. Interrogatório sob a ótica do art. 5, LXIII

O que foi dito até agora, na classificação de Lopes Jr., seria o que ele chamou de “defesa pessoal positiva”, ou seja, o interrogatório como forma do acusado realizar defesa. Agora passaremos para a análise da “defesa pessoal negativa”, onde o acusado tem o direito ao silêncio sem que qualquer punição possa ser-lhe aplicada pelo uso de tal prerrogativa. Observa-se que esse artigo funciona como mais uma arma para resguardar a liberdade do acusado, corroborando com a tese de que o interrogatório seria um meio de defesa do acusado.

A antiga redação do Art. 186 afirmava que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Apesar de claramente não recepcionado pela Constituição de 1988⁴⁴, foi

⁴³ STF, HC 94016 SP, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 16/09/2008

⁴⁴ “Interrogatório - acusado – silêncio.

A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si,

somente com a Lei 10.792/2003 que esse artigo foi modificado. A partir de então, ficaria clara a intenção do constituinte em fazer prevalecer tal prerrogativa do réu, reafirmando que estaria defeso ao juiz motivar a sentença com base em tal silêncio.

Esse direito que se confere ao acusado remonta de uma necessidade de protegê-lo de resquícios da época que imperava a inquisição, onde a confissão era vista como “a rainha de todas as provas” e buscava-se consegui-la a todo custo. Dessa forma, utilizava-se de meios, como o de tortura, para que o acusado pudesse “descobrir-se” durante o interrogatório e se despisse de toda heresia para que a verdade pudesse prevalecer.

Tal visão mostra-se incompatível com o nosso ordenamento atual, onde o julgador deve permanecer neutro, sem provocar qualquer influência, induzimento ou pressão sobre o interrogando. Como o interrogatório configura meio de defesa, ele não pode ser usado para compelir o réu a se auto-incriminar. Assim, da mesma forma que o réu pode utilizar o interrogatório de forma positiva, para compor a sua defesa, também pode utilizá-lo de forma negativa, não sendo obrigado a participar ou colaborar com as investigações. Lopes Jr. nos especifica, citando Ferrajoli, algumas consequências práticas da defesa negativa do réu:

- a) “A proibição da tortura espiritual, como a obrigação de dizer a verdade;
- b) O direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de falar com a verdade nas suas respostas;
- c) A proibição, pelo respeito devido a pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência, não só de arrancar a confissão, com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas com drogas ou práticas hipnóticas;
- d) A conseqüente negação do papel decisivo das confissões;
- e) O direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abuso ou quaisquer violações das garantias processuais”.⁴⁵

1.3.4 Alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008

das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido.” (RE 199570, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 20-03-1998, sem grifos no original)

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 2013

Como forma de adequar o Código de Processo Penal às mudanças trazidas pela Constituição de 1988, aproximando-o cada vez mais de um modelo acusatório, vários projetos de lei começaram a ser elaborados.

Importante que se diga que tais mudanças não conseguiram tirar seu conteúdo autoritário e inquisitorial, exemplo disso é a gestão de provas feita pelo juiz, marcante característica do modelo inquisitorial e que permanece no nosso código mesmo após as modificações realizadas. Coutinho explica:

A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um sistema acusatório, com o Direito Processual Brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita de *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Ora, hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela gestão da prova e a quem ela cabe (...) ⁴⁶

Contudo, a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 aparece como um dos resultados desse esforço em adequar nosso código aos novos ideais trazidos. Ela modificou muitos dos procedimentos do interrogatório, dentre essas mudanças, podemos destacar a audiência una, conforme os artigos 400 e 531 do CPP. Nela se concentrariam todos os atos instrutórios, com o interrogatório do réu sendo o último ato da audiência, resguardadas seu direito a entrevista reservada com seu defensor antes do interrogatório.

Antigamente, no processo ordinário e sumário, o interrogatório era o ato inaugural da instrução, acontecendo em audiência isolada, com posteriores audiências para a oitiva das testemunhas. Após a mudança, todas as provas do processo são produzidas em um único ato.

Percebe-se com essa mudança um reforço na ideia de se ter no interrogatório do acusado um meio de defesa. Sendo o último ato da instrução, o réu teria o benefício de se pronunciar somente após ter ciência de toda a tese da acusação e de como cada uma das testemunhas se pronunciou perante o fato discutido. Além disso, ainda persiste o direito de se consultar de forma particular com seu advogado, podendo discutir o melhor caminho a

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p.3. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em 10 de junho de 2016

se seguir na sua defesa dentro do processo. Nucci detalha os pontos positivos e negativos dessa mudança:

Existem vantagens e desvantagens nessa ordem (ouvir o acusado antes ou depois da coleta dos depoimentos). Fornecer ao juiz a sua versão dos fatos, antes de colhidos os depoimentos das testemunhas, permite ao julgador, ao promover a inquirição, conduzir melhor as indagações, sob o ponto de vista da acusação, espelhado na denúncia ou queixa, bem como sob o prisma da autodefesa, ofertado pelo próprio réu. Porém, quando é ouvido ao fim da colheita da prova, o acusado tem melhores condições de, ciente do alegado pelas testemunhas de acusação, em especial, promover a sua autodefesa. Pode, inclusive, optar pelo silêncio, sentindo que a prova da acusação é frágil.⁴⁷

Também o STF no HC 127.900, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em concordância com a alteração legislativa, afirmou a alteração do CPP como forma de conseguir dar maior efetividade ao contraditório e a ampla defesa, defendendo sua aplicação inclusive no processo penal militar:

De outra parte, reconheço a plausibilidade jurídica dos argumentos relativos à nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). Isso porque, o Superior Tribunal Militar ao assentar a inaplicabilidade do art. 400 do Código de Processo Penal (redação da Lei nº 11.719/08) ao procedimento especial da Justiça Militar, decidiu contrariamente ao entendimento jurisprudencial da Corte fixado no sentido de que: “a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69” (121.907/AM, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 24/10/14).⁴⁸

Dessa forma, sela-se a aplicação mais favorável ao réu, reconhecendo seu direito ao contraditório e ampla defesa, além de reafirmar o entendimento do interrogatório como meio de defesa do acusado.

1.3.5. Métodos de interrogatório

O interrogatório ainda deve ser visto como um procedimento que não apresente qualquer pressão ao acusado ou o submeta a métodos pouco convencionais ou de

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza., *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5 ed., 2010, p. 775

⁴⁸ STF -HC nº 127.900/SP, ReI. Min. DIAS TOFFOLI, em 28 de abril de 2015

confiabilidade questionáveis. Assim, não são aceitos a tortura, detectores de mentira, soros da verdade, entre outros.

É no interrogatório também que se manifestam normas constitucionais como o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o direito à presença de um advogado ou de saber em que qualidade presta as declarações (testemunha, informante, suspeito), como expressões do art. 5º, LV. Além dessas, Lopes Jr. delimita outras como:

- a) “ Deve ser realizado de forma imediata, ou, ao menos, num prazo razoável após a prisão;
- b) Presença do defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo;
- c) Comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos é resultado da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos;
- d) Proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação;
- e) Respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações;
- f) Tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor;
- g) Permite-lhe que indique elementos de prova que comprovem a sua versão e diligenciar para a sua apuração;
- h) Negação de valor decisivo a confissão.”⁴⁹

1.3.6 A obrigatoriedade do interrogatório

Pacelli defende que o interrogatório deva fazer parte de um juízo de conveniência e oportunidade do acusado. Assim, caberia a ele e a seu advogado decidirem conjuntamente a melhor estratégia defensiva, vendo se o interrogatório seria a ferramenta adequada para se usar no processo.

Como visto acima, o interrogatório deve imperar como um meio de defesa do réu, um procedimento com vista a funcionar como mais uma possibilidade de ele expressar sua

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 2013

ampla defesa e contraditório. Sendo seu direito, não pode ser encarado como um ônus processual.

Além disso, vale lembrar que se a própria constituição reserva ao acusado o direito de permanecer em silêncio, não assistiria qualquer razão em possibilitar tal prerrogativa e em seguida obrigá-lo a comparecer em juízo para só então exercê-la.

Uma vez que se concorda que o interrogatório é um meio de defesa e não uma obrigação processual e que ainda possui o réu o direito garantido constitucionalmente de permanecer em silêncio, não há como partir dessas premissas e chegar a um resultado que termine em obrigá-lo a comparecer ao interrogatório.

Entretanto, sendo um direito do acusado, a obrigação de efetuar-lo sai do âmbito do réu e passa para o âmbito do Estado. Sua ausência imporia sanção, sendo causa de nulidade relativa e sujeita à preclusão, conforme o Supremo Tribunal Federal⁵⁰. Para Pacelli, no entanto, o caso seria de nulidade absoluta, conforme expõe:

(...) impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo, se realizado sem que se desse ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da autodefesa.⁵¹

Pacelli diferencia ainda o direito à oportunidade do interrogatório e o direito a realização obrigatória desse. Assim, se uma vez intimado o réu não comparecesse, perderia a oportunidade de outro interrogatório, visto já ter passado o momento processual adequado para o exercício do seu direito de defesa. Entretanto, para o autor, a ausência de intimação para o interrogatório seria causa de nulidade absoluta⁵²

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8.1⁵³ já havia feito referência ao direito do réu de ser ouvido, do mesmo modo que o a Declaração Universal dos Direitos

⁵⁰ STF -HC nº 82.933-3/SP, ReI. Min. Ellen Gracie, em 27.3.2003

⁵¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacellide, *Curso de Processo Penal*, 10. ed., p. 383

⁵² Idem

⁵³ Artigo 8.1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Humanos de 1948, em seu artigo X⁵⁴. Mostrando que esse direito extrapola os limites nacionais, sendo, em verdade, mais restrito no Brasil onde o direito se expressa somente no direito ao interrogatório. No sistema português, por exemplo, o réu tem direito de ser ouvido por qualquer juiz que venha a julgar a causa, sendo esse juiz de primeira instância ou em sede de tribunal.

Nucci também declara o direito do acusado ao interrogatório, conforme o exposto: “Se desejar manifestar-se ao juiz, vale-se da autodefesa, razão pela qual deve requerer ao magistrado tal oportunidade. Tal se dá por petição, antes da audiência, ou mesmo na abertura desta”.⁵⁵

Para ele, é de suma importância que o juiz conceda ao réu a oportunidade de ser ouvido, dando-lhe a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos acerca das acusações propostas pelo Ministério Público. Corrobora com a jurisprudência do STF ao entender que se o réu aparecer no processo após o momento devido de se realizar o interrogatório, pode o tribunal determinar que o juiz de primeiro grau ouça o réu (caso esse seja o momento processual em que o caso se encontre), entretanto se o interrogatório não acontecer, seria caso apenas de nulidade relativa, mediante provocação das partes e demonstração de prejuízo.

Nucci defende a tese de que, conforme expresso no artigo 41 do CPP⁵⁶, qualquer ação penal só pode ser promovida contra pessoa devidamente identificada. Argumenta que mesmo que sua qualificação não esteja completa e seja de total conhecimento, o sujeito contra quem se processa a ação penal deve ser inequivocamente determinado, podendo o juiz retificar as informações do acusado a qualquer tempo.⁵⁷

Desse modo o direito ao silêncio do réu não abarcar o interrogatório de qualificação. Tal interrogatório, na ótica do autor, seria de caráter obrigatório, tendo o réu o dever de comparecer e ser identificado pelo juiz. No entanto, quando em posse de tal identificação, não haveria razão que justificasse a obrigatoriedade do comparecimento do réu perante o

⁵⁴ Artigo X: “Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5 ed., 2010

⁵⁶ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 13 ed., 2014

juiz para dar um depoimento que já é protegido de antemão pelo direito ao silêncio. Sobre isso, escreve:

É possível que o acusado esteja foragido e seja preso, ou se torne ausente e, tomando conhecimento do processo, compareça espontaneamente, bem como que seja encontrado e intimado a tanto. Por isso, é imprescindível que o magistrado ofereça ao réu a oportunidade de ser ouvido, qualificando-o e colhendo dados pessoais (interrogatório de qualificação), bem como lhe oferecendo a oportunidade de apresentar a sua versão sobre a acusação (interrogatório de mérito). Ainda que possua o direito ao silêncio, este não abrange, de regra, o momento da sua qualificação, razão pela qual é sempre indispensável proporcionar ao acusado o instante do interrogatório.⁵⁸

Lopes Jr., em posicionamento diverso ao de Nucci, discorda veementemente da posição desse. Para ele, o direito ao silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo seria absoluto, não podendo se quer falar em obrigatoriedade em submeter-se a reconhecimento e assim ir a audiência de qualificação. Seria, para o autor, um reducionismo do direito que resultaria numa prática inconstitucional, com forte viés inquisitorial e autoritário.⁵⁹

O autor também sustenta o direito do acusado de não comparecer ao procedimento do interrogatório, afirmando:

Ora, mais do que nunca, é preciso compreender que *o estar presente no processo* é um direito do acusado; nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo *nemotenetur se detegere*), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer.⁶⁰

Tourinho Filho coloca o interrogatório como uma oportunidade do juiz, além de tomar conhecimento do acusado e apreender se ele é a pessoa correta contra quem corre a ação, ainda seria um momento de se cientificar das circunstâncias do crime pela ótica do réu, elementos essenciais para a construção da sentença.

⁵⁸ Idem

⁵⁹ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 154

⁶⁰ Idem, p. 555

Mas o autor atenta para a incongruência de se preservar o direito ao silêncio e fazer do interrogatório um momento obrigatório para o acusado. Afirma ainda que em preservação ao direito de não produzir provas contra si mesmo, não estaria nem obrigado ao reconhecimento ou acareação, sua presença seria necessária apenas quando surgisse uma dúvida quanto à sua identidade e o juiz entendesse extremamente necessário seu comparecimento.

Em posicionamento contrário ao do STF⁶¹ defende o autor também a nulidade absoluta do processo quando em falta do interrogatório:

(...) Cuidando das nulidade sanáveis, o art. 572⁶² do CPP faz referência, dentre outras, àquela prevista no art. 564, III, e⁶³, segunda parte. Ora, a segunda parte da letra e do inc. III do art. 564 do CPP é constituída pela expressão “e os prazos concedidos à acusação e à defesa”. Assim, estando o interrogatório na primeira parte, a nulidade não admite sanatória.⁶⁴

Apesar de ser o interrogatório necessário e causa de nulidade absoluta a sua não realização, dado o cerceamento de defesa decorrente da ausência de oportunidade ao réu para que se manifeste sobre a acusação formulada em seu desfavor, o autor ressalta que, uma vez intimado, se o réu preferir não comparecer, não há causa de nulidade, apenas utilização de sua faculdade de escolha.

Dessa forma, observa-se que grande parte da doutrina defende o interrogatório como obrigatório apenas como uma forma de defesa do réu no processo, ou seja, seria obrigatório como mais uma forma de expressão do contraditório e da ampla defesa do acusado. Entretanto, sendo direito, restaria a conveniência e oportunidade do réu entre escolher utilizar-se dessa ferramenta de defesa, ou abrir mão de sua utilização.

⁶¹STF, HC 68490, Rel Min. Celso de Mello, julgado em: 16/04/1991

⁶² Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

⁶³ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

(...)

⁶⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 2009, p. 283

2. A Legalidade da condução coercitiva

2.1. Introdução

Conforme o capítulo anterior, pudemos notar a natureza jurídica do interrogatório e sua finalidade, tentando apreender o fim último da condução coercitiva. Observou-se a real utilidade e razão de ser desse momento processual, que acaba por reduzir a condução coercitiva a uma prática ultrapassada para os dias de hoje, tendo em vista que o interrogatório não funciona mais como meio de prova

Entretanto, tal prática tem sido justificada em nome do efficientismo, a partir da concepção de que é aceitável o atropelamento de direitos individuais para propiciar a preservação da ordem social. É com isso em mente que iniciamos o presente capítulo. Ele pretende retratar a forma como a condução coercitiva é utilizada e desmistificar argumentos efficientistas tomados em seu favor. Para tanto, primeiramente, passamos por uma análise da dicotomia garantismo e efficientismo introduzindo o tema da necessidade e possibilidade de restrição nos direitos individuais. E, em seguida, analisaremos a condução coercitiva em si e sua forma de utilização.

2.2 Garantismo X efficientismo

O papel do Estado de prestar com eficiência seu dever penal advém da própria obrigação estatal de proteção dos direitos individuais, uma vez que de nada adianta essa proteção se ela não se realiza de uma maneira efetiva, ampla e concreta.

De acordo com Trois Neto: “a insuficiência dos meios para que a proteção penal de bens jurídicos possa se realizar ameaçaria os direitos fundamentais tanto quanto a violação direta de posições jurídicas das vítimas pelo próprio Estado”.⁶⁵ Uma das vertentes desse efficientismo penal seria a busca pela verdade real, que acaba por justificar várias das violações aos direitos fundamentais do indivíduo.

Por muito tempo o processo se configurou como uma competição em que quem conseguisse obter a melhor prova, vencia-o. A qualificação probatória abrangia critérios

⁶⁵TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, 2011.

aleatórios, onde o juiz não estava preocupado em tomar conhecimento da verdade dos fatos, mas apenas apurar qual parte havia se saído melhor durante o processo. A parte vencedora angariava sua vitória com base numa verdade formal, o que acarretava muitas vezes num resultado injusto.⁶⁶

Depois do Iluminismo, o processo lógico e racional passou a ser mais valorizado no processo, a verdade formal abriu espaço para a verdade real. Agora a prova passou a não mais ter um valor definido por lei, mas ser mais um instrumento que ajudasse na convicção do juiz, ou seja, caso ele não se convencesse do seu fundamento, ela de nada valia. Conforme expressa Humberto Theodoro Junior:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.⁶⁷

Como o que está em jogo no processo penal é o direito à liberdade, um dos bens mais caros ao Estado Democrático de Direito, nada mais natural que esperar que a condução do processo seja feita de forma a estabelecer com a mais rigorosa adequação cada objeto probatório do processo.

Como forma de honrar a justiça no processo, o princípio da busca pela verdade real prevê de antemão que nenhum objeto probatório será excluído do processo, ou seja, não haverá qualquer limitação ao direito de produzir provas, sem que seja por norma estabelecida previamente no ordenamento. Dessa forma, todas as provas que vierem a ser úteis ao processo penal devem ser admitidas *prima facie* pelo juiz, o que gera a necessidade de um recrudescimento no seu dever de cautela ao indeferir qualquer prova.

Um dos argumentos que mais motivaram o uso e a deturpação da condução coercitiva como medida cautelar é uma busca pela máxima eficiência no sistema penal. Entretanto, o princípio da busca da verdade real não é absoluto e entra em choque recorrentemente com diversos direitos fundamentais dos indivíduos. Nesses casos estamos

⁶⁶THEODORO JUNIOR, Humberto, Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna), disponível em: http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016

⁶⁷Idem

diante de uma colisão direta entre o efficientismo penal e o garantismo, e o resultado dessa equação deve sempre primar pela proporcionalidade, onde não estejamos diante de excessos ou insuficiência.⁶⁸

Por isso, é importante analisar a condução coercitiva pela ótica do garantismo idealizado por Ferrajoli. Tal sistema buscaria o equilíbrio ideal entre a limitação estatal frente à liberdade individual, sem que isso provocasse uma ineficiência que acabe gerando a impunidade de delitos.

Assim, em um sistema de cunho garantista, a legitimidade da função punitiva do Estado advém da necessidade de se propiciar uma vida em liberdade e com dignidade.⁶⁹ Assim, faz-se necessária uma atuação positiva do Estado, de modo a garantir uma proteção dos bem jurídicos contra intervenção de terceiros, e uma atuação negativa, como fruto do direito de defesa. Analisando especificamente última esfera, estamos diante de direitos fundamentais que se expressam numa não-atuação estatal, ou seja, num direito de defesa do indivíduo contra medidas que invadam sua esfera juridicamente protegida, na presente análise o direito de ir e vir.

Trois Neto divide essa esfera em três etapas. Na primeira dela estaríamos diante da função incriminadora do Estado e do direito fundamental a uma proibição *prima facie* de incriminação⁷⁰, ou seja, de tipificar crimes. Aqui observa-se em grande medida o direito à liberdade de expressão e a proibição ao Estado de incriminar certas atividades que se enquadrem protegidas por esse direito. O direito não é absoluto, entretanto, para ser restringido o Estado deve buscar uma validação normativa, caso contrário ele se tornará uma proibição definitiva.

A segunda etapa diz respeito ao modo como se desenvolve a persecução penal. Aqui o Estado estaria proibido de se utilizar de alguns meios investigatórios, sendo freado principalmente pelo direito à intimidade. Ou seja, não seria qualquer atividade estatal que estaria autorizada como forma de se alcançar a verdade real no processo.

Como direito, não se concebe interpretação restritiva, podendo abarcar também o direito a liberdade de locomoção. Corrobora-se aqui com o entendimento de Paulo Rangel ao deslegitimar a prisão temporária como possibilidade válida no nosso ordenamento e

⁶⁸TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, 2011, p. 60

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Idem, p. 46

estende-se tal entendimento a utilização da condução coercitiva como medida cautelar⁷¹, pois em ausência de uma fundamentação válida, referido direito não poderia receber outro tratamento que não o de ser absoluto e intocável pelo Estado. Restringir a liberdade do indivíduo em abstrato sem qualquer respaldo normativo no sistema penal brasileiro seria apenas um flagrante desrespeito a um direito subjetivo em nome do maior interesse da investigação policial. A condução coercitiva do acusado como um caminho mais fácil para se obter um depoimento livre de influências externas é meio de investigação que esbarra em direitos fundamentais individuais.

A última etapa seria aquela que protegeria os indivíduos na fase de execução do processo, impedindo que o Estado tomasse atitudes que atentassem contra a integridade física e moral do preso. Tendo em mira tais premissas, no presente trabalho nos deteremos um pouco mais na proibição de excessos a que o Estado está submetido. Conforme Trois Neto:

A aplicação dos direitos de defesa, tais como os direitos fundamentais individuais do imputado no processo penal, desenvolve-se em três passos. Primeiramente analisa-se o âmbito de proteção do direito; depois, passa-se ao exame da intervenção, e por fim, apura-se a justificação constitucional da intervenção. Se a intervenção não puder ser constitucionalmente justificado, então se está em presença de uma vulneração do direito fundamental⁷²

Para que uma intervenção num direito fundamental seja justificada, sua possibilidade tem que estar corretamente justificada em lei e ela tem que passar no teste da proporcionalidade. Assim, primeiramente, se avalia se o fim a que a medida restritiva busca alcançar é legítimo⁷³, ou seja, se vai contribuir positivamente para o objetivo almejado.

Em segundo lugar, deve-se escolher a opção menos gravosa para o direito fundamental, assim, se existe uma alternativa que cause um dano menor ao direito em questão, ela deve ser sempre priorizada como forma de diminuir o prejuízo ao direito atacado. A medida escolhida deve ser utilizada se em comparação com todas as outras possíveis gerar menos dano.

⁷¹Vide tópico 2.3.4. Condução coercitiva como medida cautelar autônoma

⁷²TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, 2011, p. 60

⁷³Idem

Por último, tem-se que ter em mente que quanto maior a restrição ao direito fundamental, tanto maior tem que ser o ganho que se venha a obter com ela. Assim, deve-se primeiramente qualificar o prejuízo gerado ao direito em: leve, médio ou grave, em segundo lugar se verifica o ganho com essa restrição de direitos e se qualifica da mesma forma que no caso anterior e em seguida deve-se ponderar se o prejuízo sofrido justifica a medida.⁷⁴

O direito penal por ser o ramo do direito que mais trata de restrições aos direitos fundamentais, deve ser também o que busca uma maior preocupação com a justificação constitucional das suas decisões. Assim, não se admite que restrições à direitos constitucionalmente protegidos sejam tomados como atividades corriqueiras dentro da polícia na fase de inquérito, ou mesmo durante o curso do processo. Tais são as premissas das quais se parte no presente trabalho, para analisar a validade da condução coercitiva sob o sistema acusatório propugnado pela Constituição de 1988 e balizado pelos direitos e garantias fundamentais por ela assegurados aos investigados.

2.3 A condução coercitiva

2.3.1 Posição doutrinária e do Supremo Tribunal Federal

Conforme o art. 260 do Código de Processo Penal, em caso de não comparecimento injustificado do acusado ao interrogatório, esse poderá ser conduzido coercitivamente, vejamos:

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 a sua presença

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

A condução coercitiva seria medida imposta em caso de negação de comparecimento do réu ao seu interrogatório, sendo necessário, conforme texto de lei, que o réu se negue previamente ao comparecimento mediante intimação.

⁷⁴TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, 2011, p. 63

A doutrina em peso entende pela não recepção do artigo retro-mencionado pela Constituição de 1988, visto compartilhar da ideia de desobrigação do comparecimento do acusado ao interrogatório por ser esse meio de defesa.

Pacelli, conjuntamente com Nucci e Tourinho, defende a revogação da primeira parte do enunciado, tornando possível a condução coercitiva apenas para fins de qualificação. Tourinho, de forma mais específica, descreve que apenas em casos de dúvida do magistrado quanto a qualificação do acusado poderia esse fazer uso da condução coercitiva. Em suas palavras:

(...) De observar, até, que o Juiz poderá mandar conduzi-lo a sua presença, conforme preceitua o art 260 do CPP. E 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 mes mo 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 mes mo, 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, ai 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 mes mo tomaram espécie de texto morto a regra do art. 260.⁷⁵

Já Lopes Jr. acredita que a condução coercitiva seria inadmissível no estágio democrático que hoje nos encontramos, sendo inconstitucional por violar a presunção de inocência e o direito ao silêncio. Não sendo mais o acusado um mero objeto processual, faria parte do crivo do acusado sua presença física ou não durante o processo, assim, qualquer forma de condução coercitiva estaria barrada pela Constituição de 88.

Paulo Rangel aparece de forma destoante do resto da doutrina, confirmando o poder do magistrado em lançar mão da ferramenta da condução coercitiva nos casos em que o acusado se recusar a comparecer ao interrogatório. O autor defende que em nome do

⁷⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, Vol. III, 2011, p. 300

“devido processo legal”, autorizações concedidas pelo legislador seriam possíveis, vez que viabilizam a descoberta da verdade real do processo, em suas palavras:

Assim, embora se conheça o princípio de que não haverá pena sem processo (nullapoenasineiudicio), 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.⁷⁶

A utilização da condução coercitiva na fase de inquérito policial é medida das mais controversas na doutrina e jurisprudência. Uma corrente acredita ser possível sua decretação pelo próprio delegado de polícia. Assim, pela ótica de Álex Levi Bersan de Rezende, que defende ser a condução coercitiva instrumento de uso disponível pela autoridade policial, essa seria ferramenta eficaz para trazer à presença do delegado 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.

De acordo com o item 50 da Instrução Normativa nº 11/2001DG/DPF, da Polícia Federal, e do Manual de Planejamento Operacional de 2013 da diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado (DICOR/DPF), o art. 218 do CPP já autorizaria a condução coercitiva das testemunhas, conforme se observa:

O não atendimento deliberado e injustificado do mandado de intimação poderá ensejar a condução coercitiva do intimado, sem prejuízo de sua responsabilização pelo crime de desobediência. É o que prevê o artigo 218 do Código de Processo Penal (CPP), além do item 50 da Instrução Normativa nº 11/2001-DG/DPF, de 27/06/2001, nesses termos: “50. Se, pessoalmente intimada, a testemunha não comparecer, sem motivo justificado, a autoridade poderá expedir mandado de condução coercitiva a sua presença.”⁷⁷

⁷⁶RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª Edição. 2011, p. 27

⁷⁷ REZENDE, Álex Levi Bersan de. *Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal*, 2013

Apesar de não fornecer um maior conteúdo teórico para legitimar a condução coercitiva autorizada pelo delegado de polícia, o entendimento acima mencionado já demonstra uma inclinação da instituição de se utilizar dessa ferramenta sem a prévia provocação do juiz.

O Supremo Tribunal Federal (STF)⁷⁸, por sua vez, elenca o art. 144, §4º, CF⁷⁹ e o art. 6º, CPP⁸⁰ como autorizadores da utilização do instrumento da condução coercitiva pelo delegado. Tal entendimento se deu no HC 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 apoiando-se na teoria dos poderes implícitos legitimou a atuação policial.

A teoria dos poderes implícitos surgiu com as célebres decisões dos casos *McCulloch vs. Maryland* e *Myers v. Estados Unidos*, preceituando que a Constituição outorga implicitamente os poderes necessários para o cumprimento dos deveres por ela estabelecidos. Assim, ao incumbir à polícia civil de apurar as infrações penais e ainda colocar como seu dever o de ouvir o ofendido, a Constituição estaria dando-lhe também as ferramentas para que conseguisse alcançar esses objetivos, qual seja, a própria condução coercitiva.

⁷⁸ STF, HC 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 06/09/2011

⁷⁹ 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:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - 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.

⁸⁰ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

(...)

Conforme o Supremo, a condução coercitiva seria então medida de caráter legítimo, sobre a qual foi dada autonomia para que o delegado dela se valesse sem decisão judicial. Conforme o Ministro Lewandowski, relator do HC 107.644:

Nessas circunstâncias, tenho que é plenamente possível a condução dos envolvidos à presença da autoridade policial para prestarem maiores informações, sem que haja a necessidade de mandado judicial ou que estejam em situação de flagrante delito.

Em tal julgado, o Ministro afirmou ainda não haver qualquer irregularidade, visto a própria Constituição assegurar às polícias civis a função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Indo além, ressalta ainda ser desnecessário se recorrer a teoria dos poderes implícitos, por acreditar que é clara e expressa a outorga de poderes realizada pela Constituição.

No mesmo julgado, o Ministro Dias Toffoli, se posicionando a favor da opinião de Lewandowski afirmando:

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 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).

Em tal processo o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido, tendo, apesar de concordar com a ilegalidade da condução coercitiva sem o devido mandado, aceitado que a mesma estava suplantada pela posterior decretação da prisão temporária e em seguida, da preventiva.

Em contraposição a esse posicionamento do STF, outra parcela da doutrina, como o próprio Nucci⁸¹, acredita ser a condução coercitiva para qualificação do investigado uma

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão e Liberdade*, 2012

espécie de prisão e por essa razão indispensável autorização judicial para que fosse emitida, como veremos no próximo tópico.

2.3.2. Condução coercitiva como forma de prisão

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.⁸²

Tal definição pertence a Nucci, sendo que para ele seis são as possibilidades de prisão cautelar: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

Assim, como há a possibilidade do conduzido coercitivamente ser colocado em cela ou algemado, já configura uma forma de prisão, sendo possível somente mediante autorização do juiz⁸³. Essa visão da condução coercitiva como uma forma de prisão encontra respaldo principalmente na doutrina americana, que considera qualquer restrição ao direito de liberdade como uma afronta à Quarta Emenda, ponto que será melhor explorado no próximo capítulo.

No que se refere à prisão cautelar, observa-se que ela seria uma forma excepcional de prisão, já que sempre deve prevalecer a presunção de inocência, expressa pelo art. 5º, LVII, CF⁸⁴. Conforme Nucci, toda a estrutura em que está construída a Constituição, bem

⁸² Idem, p. 31

⁸³ Essa classificação descrita por Nucci no tocante à condução coercitiva faz referência apenas à condução coercitiva para fins de interrogatório de qualificação, visto ter em mente que o autor também rejeita a condução coercitiva para a tomada do depoimento em nome do princípio do contraditório, ampla defesa e direito de permanecer em silêncio. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 13 ed., 2014

⁸⁴ Art. 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

como os direitos e garantias do indivíduo expressos no Art. 5º apontam para um controle de legalidade absoluto da prisão, principalmente da prisão cautelar.⁸⁵

Esse controle advém principalmente da garantia da presunção de inocência do réu durante todo o decorrer do processo. Lopes Jr. afirma que tal presunção acaba por impor dois deveres de tratamento: um na dimensão interna, onde o juiz deve determinar que a carga da prova seja inteiramente do acusador e que na dúvida a decisão finde sempre na inocência do réu, limitando o direito de efetuar as prisões cautelares, visto se tratar de pessoas que ainda não obtiveram qualquer condenação; outro na dimensão externa, protegendo o réu de uma publicidade abusiva que acabe por estigmatizar o indivíduo precocemente.⁸⁶

Tanto no que se refere a primeira dimensão, quanto no tocante a segunda, fica claro o dever de limitar a utilização da condução coercitiva. Qualquer pessoa que seja tratada como inocente pelo sistema jurídico brasileiro não pode receber o aval das nossas instituições para ser levada “sob vara” motivada pelo efficientismo no processo penal.

Assim, não caberia falar em prisão senão em caso de flagrante delito ou por ordem expressa e fundamentada da autoridade judiciária, ressalvados os casos abarcados pela esfera militar, conforme o art. 5º, LXI, CF, sendo que a ordem jurídica atual contempla a possibilidade de decretação judicial de duas modalidades de prisão de natureza cautelar: a prisão preventiva e a prisão temporária.⁸⁷

No ponto, cabe lembrar que dentro das prisões cautelares não há unanimidade em relação a sua constitucionalidade, em especial a sua utilização no curso da investigação policial. Por isso, para entender o uso atual da condução coercitiva em detrimento da prisão

⁸⁵NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade*, 2012, p. 16

⁸⁶LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 572

⁸⁷Sendo que no ato da prisão, o preso ainda possui o direito de ser informado dos seus direitos, sendo-lhe assegurado assistência da família e de advogado, artigo 5º, LXIII, CF. Como mais uma forma de proteger o direito à liberdade individual, temos o art. 5º, LXV, CF, que prevê que a prisão ilegal será relaxada de imediato. Ou seja, caso alguma das garantias preventivas e que preceituam a forma de realização da prisão for quebrada, essa prisão se torna ilegal e o indivíduo ganha novamente a liberdade, demonstrando o respeito à forma e a preocupação do constituinte com a matéria. Pune-se ainda o executor da prisão ilegal, tipificando tal ato como abuso de autoridade, presente sempre que não houver a devida observação das formalidades previstas em lei. Não há no nosso ordenamento a possibilidade de que a autoridade realize a prisão sem cumprir exatamente o que se põe normatizado, ou seja, imprescindível o flagrante delito ou a ordem escrita e fundamentada. (NUCCI, 2010). E mesmo sendo a prisão legal, ainda deve o juiz dar prevalências a liberdade provisória, conforme o Art. 5º, LXVI, CF. Ou seja, a prisão só deve ser aceita como medida última em desfavor do réu

temporária, é bom ter em mente o caminho traçado tanto pela prática policial, quanto pelo legislador, quanto a tais prisões.

É então relevante notar que, com o advento da Constituição de 1988, extinguiu-se a prática da prisão para averiguação, por meio da qual a autoridade policial realizava a prisão sem uma ordem judicial. Dessa forma, por meio da Lei n. 7.960/89, autorizou-se a prisão temporária, de forma a substituir a última e eliminar qualquer prisão realizada sem uma ordem de mandado, salvo em flagrante delito.⁸⁸

A prisão temporária viria munida de dois limites centrais, quais sejam, a necessidade e a adequação. Caberia ao juiz analisar se a medida seria necessária para preservar a investigação probatória e adequada ao fim que a autoridade policial estaria pleiteando, buscando sempre a opção menos gravosa.

Referida prisão aparece logo após a promulgação da Constituição de 88, resultado de uma forte pressão policial que se via enfraquecida principalmente após o fim da prisão para averiguação. Antes da atual Constituição a cultura policial contava com diversas intervenções na liberdade individual sem que fosse necessária qualquer manifestação do judiciário, o suspeito estava à disposição da polícia para ser utilizado como verdadeiro meio de prova. Em resposta a esse clamor policial, surge em 1989 a prisão temporária, que nas palavras de Lopes Jr. seria uma forma de satisfazer os interesses da polícia:

Então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da “imprescindibilidade para as investigações do inquérito”, o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. Inclusive, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá necessariamente solicitar autorização para o juiz, a prisão temporária lhes dá plena autonomia, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba”.⁸⁹

Necessário ressaltar que a prisão temporária já nasce inconstitucional, fruto um vício formal na sua elaboração. Ao ser criada com a Medida Provisória n. 111 de 24 de

⁸⁸ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 640

⁸⁹ Idem, p. 641

novembro de 1989, o Poder Executivo teria legislado no âmbito de competência da União⁹⁰, criando um tipo penal, papel que caberia privativamente com Congresso Nacional.

Além de ter sido criada por órgão incompetente, há quem diga, como Paulo Rangel, que a própria prisão temporária, como descendente da prisão por averiguação, tem em si uma inconstitucionalidade intrínseca, por não se comportar no Estado Democrático de Direito uma prisão para se investigar. Seria medida que restringiria a liberdade de um suspeito sem qualquer elemento incriminatório, pois que na falta desses, prende-se para tentar encontrá-los.⁹¹

Se houvesse elementos suficientes, o caminho correto a ser percorrido seria o da denúncia e em necessidade a decretação da prisão preventiva. Prender um suspeito para então se investigar se ele cometeu ou não um crime é medida não mais comportada pela sociedade desde o fim da ditadura militar.

A despeito disso, observa-se a utilização da condução coercitiva nos casos em que não há os elementos necessários para se realizar a prisão temporária, numa flagrante tentativa de se burlar a norma e conseguir o mesmo objetivo, mas por um caminho menos trabalhoso ainda. Ou seja, apesar da própria prisão temporária ser de constitucionalidade duvidosa, utiliza-se a condução coercitiva em seu lugar, visto que para essa não se exige nem mandado judicial, nem fundamentação concreta, bastando prévia recusa de comparecimento espontâneo à delegacia ou argumentação genérica pela necessidade de preservação da “prova”.

2.3.3. Condução coercitiva como medida cautelar autônoma

As medidas cautelares no processo penal se justificariam pela preservação do direito de se instituir uma pena ao réu, ou seja, seriam medidas que tutelariam o processo em si. Diferentemente do que ocorre no processo civil, em que se exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, o processo penal institui o *fumus commissi delicti*, prova do crime e indícios de autoria, como uma das variantes necessárias para se instituir tal medida, sendo

⁹⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...)

⁹¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 2011, p. 731

que o segundo requisito seria o perecimento da possibilidade de se punir, bem como prejuízos para o bom andamento do processo.⁹²

Com a Lei n. 12.403/2011 reafirmaram-se diversos entendimentos na forma como enxergamos a prisão. Reforçando seu caráter excepcional, como medida que deve ser tomada mediante previsão legal e decisão motivada, saindo dos extremos entre prisão preventiva e liberdade provisória.⁹³

Inserem-se por meio dela as chamadas “medidas cautelares”, alternativas à prisão propriamente dita. Como forma de dar ao caso concreto sanções mais específicas, o legislador achou por bem abrir o leque de possibilidades. Assim, a prisão preventiva passa a ser a última das cautelares, utilizada apenas quando nenhuma das outras for viável. De acordo com Nucci:

A medida cautelar, tal como estampada no Código de Processo Penal, é um instrumento restritivo de liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto. Estão previstas no Art. 319⁹⁴, CPP⁹⁵

⁹² LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 574

⁹³ BADARO, Gustavo Henrique Righi. *As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas*. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

⁹⁴ Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

(...)

Como requisitos para sua aplicação, temos a “necessidade” e a “adequação”, conforme o art. 282, incisos I e II⁹⁶, não mencionando especificamente a proporcionalidade em sentido estrito⁹⁷. Ou seja, por conterem práticas que atentam contra a liberdade individual e ainda para que a presunção de inocência não se perca ao longo do processo, é necessário que a medida cumpra rigorosamente os dois critérios legalmente definidos.

Primeiramente, impõe-se que uma situação fática crie justificativas que demandem a “necessidade” da medida. Sendo que essa deve ser utilizada para garantir a aplicação da lei penal e mediante conveniência de investigação ou instrução criminal, critérios emprestados da prisão preventiva, além de ser capaz de evitar a prática de infrações penais, nos casos previstos em lei.⁹⁸

Conforme o critério da “adequação”, o legislador faz direta referência ao princípio da proporcionalidade, exigindo que para que se aplique a medida seja antes avaliada as circunstâncias do fato, a personalidade do indivíduo a que a medida se destina, numa perfeita individualização da cautelar.

Observa-se que o segundo critério exigiria uma avaliação em concreto do crime cometido, sendo equivocada a decretação da medida de acordo apenas com o tipo do crime. Assim, ao particularizar a ação delituosa o juiz desprenderia características que poderiam ensejar a decretação da própria prisão preventiva e não da medida cautelar, tudo a depender das circunstâncias que permeiam o crime em questão. Sobre esse assunto, afirma Badaró:

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

⁹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*, 2012, p. 32

⁹⁶“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

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

(...)

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

(...)

⁹⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas*. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

⁹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*, 2012, p. 33

Nesse contexto, o critério da necessidade, previsto no inciso I do caput do art. 282, deve ser entendido no mesmo sentido doutrinário que se dá à adequação, enquanto máxima da proporcionalidade: a medida cautelar será uma restrição adequada ao direito de liberdade do acusado, quando apta a assegurar a instrução, a aplicação da lei penal e, excepcionalmente, evitar a reiteração criminal. Se tais fins não estão presentes, isto é, prescinde-se de uma cautela instrumental, cautela final ou de prevenção de crimes, a medida será inadequada ou, segundo a lei, não será necessária. Ou seja, qualquer intervenção no direito fundamental não será idônea, por ausência de relação de meio-a-fim.⁹⁹

No tocante à forma de decretação da medida cautelar, em sendo ela distinta da prisão, o juiz pode decretá-la de ofício ou mediante requerimento das partes, no curso do processo, ou da autoridade policial e Ministério Público, na fase de inquérito.

Entretanto, em nome do contraditório e da ampla defesa, antes de decretar tal medida, o juiz deve intimar a parte contrária a se manifestar sobre o pedido, salvo nos casos de urgência ou de ineficácia da medida, conforme Art. 282, § 3º. Vale lembrar que como as medidas cautelares restringem de alguma forma o direito à liberdade, só podem ser aplicadas se a pena final em abstrato for uma privativa de liberdade.

A utilização das cautelares desvirtuou-se, principalmente no tocante à condução coercitiva. Hoje, emprega-se a condução coercitiva como uma medida cautelar autônoma, em nome do Poder Geral de Cautela, e como forma de se preservar o depoimento do investigado, ou seja, não como decorrência de um não comparecimento injustificado, mas para facilitar o trabalho da polícia. Nas palavras de Álex Levi Bersan de Rezende:

Ora, a mera intimação dos investigados para comparecimento na seara policial pode se mostrar medida inócua diante da possibilidade do não atendimento ou do posterior ocultamento. Tal medida é válida quando há elementos que indiquem a participação e colaboração de investigados com a organização criminosa desarticulada, principalmente daqueles que não exerçam função de liderança.¹⁰⁰

Assim, utiliza-se da condução coercitiva objetivando preservar o interrogatório como se este meio de prova fosse, e não meio de defesa, ao contrário da posição defendida

⁹⁹BADARO, Gustavo Henrique Righi. *As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

¹⁰⁰REZENDE, Álex Levi Bersan de. *Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal*, 2013

e mais aceita, conforme demonstrado no capítulo anterior. Exemplo disso é o próprio Manual de Planejamento Operacional da Polícia Federal:

Em relação à prisão temporária, respeitados os preceitos descritos no artigo 1º da Lei 7.960/1989, sua utilização facilita a coleta de provas na medida em que pode impedir a destruição de provas materiais, a coação a testemunhas ou a reunião de investigados para fins de formular versões inverídicas e álibis falsos em seus interrogatórios. Permite, ainda, que a autoridade policial realize de forma célere e eficaz as inquirições, reinquirições e eventuais acareações dos investigados de acordo com os indícios obtidos durante a investigação e até mesmo em virtude do resultado da análise preliminar das buscas e apreensões. Além disso, no momento em que são cumpridas as prisões, os envolvidos na atividade criminosa são privados da liberdade ao mesmo tempo, impedindo a continuidade das práticas delitivas. Neste momento, são atingidos objetivos da investigação como a desarticulação da organização criminosa e a eficiente coleta dos indícios. (DPF, 2013, p. 52).¹⁰¹

Tal medida passou a ser justificada importando-se o Poder Geral de Cautela, previsão do Art. 297 do CPC¹⁰², para o direito penal. Antes da Lei n. 12.403/11 o nosso sistema penal carecia de medidas que fugissem da prisão cautelar ou liberdade provisória, o que acabava estimulando a criatividade do juiz em despender medidas diversas para adequar a resposta do judiciário ao caso concreto, sobre o tema Badaró afirma:

Antes, quando vigorava o reducionismo bipolar, argumentava-se, ante a inaceitável omissão legislativa, com a possibilidade de o juiz penal, aplicando por analogia (CPP, art. 3.º) o poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil, decretar medidas cautelares processuais atípicas, isto é, não previstas em lei. E, complementando-se tal raciocínio, fundamentava-se a necessidade de se socorrer de medidas não previstas em lei, in bonam partem, isto é, para beneficiar o acusado, pois, caso contrário, teria o juiz que decretar a sua prisão preventiva ou mantê-lo preso em flagrante delito.

Agora, passou a existir um rol de medidas intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade provisória. Estaria, assim, de uma vez por todas, sepultada a discussão sobre a possibilidade de utilização do poder geral de cautela no processo penal? Uma resposta simplista seria: sim, pois agora passou a existir o que antes faltava!¹⁰³

¹⁰¹ REZENDE, Alex Levi Bersan de. *Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal*, 2013

¹⁰² Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

Entretanto, a utilização dessa ferramenta do direito processual civil no processo penal é completamente descabida. Enquanto que no direito civil o juiz é munido da possibilidade de lançar mão do instrumento que achar necessário para efetivar a tutela cautelar, no direito penal não existe espaço para medidas cautelares onde não se encontre previsão legal. Nele, fonte limitadora do poder punitivo do estado, toda ação é vinculada ao texto de lei.¹⁰⁴

Observa-se aqui forte presença dos princípios da legalidade. Sendo as medidas cautelares fortes limitadores do direito de liberdade do réu, merecem estrita observância tanto ao princípio da legalidade, quanto ao da tipicidade, não sendo possível uma norma penal aberta que possibilite quaisquer ações frente a um poder geral de cautela. Em outras palavras, temos a lição de Badaró:

A adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. Aliás, Cuellar Serrano, após observar que a superação do princípio da legalidade pode levar a “uma função pervertida” do princípio da proporcionalidade, destaca que “a inobservância do princípio da legalidade evita toda discussão posterior sobre o princípio da proporcionalidade”.

Em suma, sob nenhum aspecto, a proporcionalidade pode ser utilizada para justificar a supressão das garantias individuais em prol de uma supremacia do interesse público na eficácia da repressão e, muito menos, ser invocada sem o respeito ao pressuposto formal do princípio da legalidade, a exigir lei escrita, estrita e prévia, que preveja qualquer restrição a direito fundamental.¹⁰⁵

Assim, todo argumento utilizado antes da Lei n. 12.403/11 se baseia numa grande falácia de se beneficiar o réu. Em casos em que se buscavam medidas atípicas como forma de evitar uma prisão gravosa e excessiva, dever-se-ia, em verdade, utilizar-se da liberdade provisória. Qualquer medida que restringisse o direito de liberdade, sem previsão legal, seria injustificável, visto que na falta de pressupostos possibilitadores da prisão, a liberdade é a regra.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 2014, p. 575

¹⁰⁵ BADARO, Gustavo Henrique Righi. *As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

Mesmo pensamento deve ser usado após a publicação da lei, já que a mesma apenas ampliou o rol das medidas, não deixando espaço algum para a manifestação do arbítrio do juiz. No tocante a condução coercitiva, mesmo que ela fosse medida aceita pela doutrina, não se poderia defender sua utilização como cautelar.

Primeiramente, sua aplicação já foi particularizada no Art. 260, onde se prevê claramente a necessidade de prévia intimação para então se decretar a condução coercitiva. Em segundo lugar, percebe-se que o direito à liberdade é uma prerrogativa do indivíduo das mais protegidas e preservadas tanto pela Constituição, quanto pelo CPP, logo, seria ilógico imaginar a utilização de um Poder Geral de Cautela que conferisse ao juiz prerrogativa para, ultrapassando o rol taxativo das cautelares, decretar medida diversa que ferisse a liberdade do indivíduo.

Ou seja, estaríamos diante da utilização de uma medida que atenta contra a liberdade individual, sem que essa tenha sua forma de utilização como cautelar prevista no código, ou pior, utilizada de forma diversa do que o próprio código preceitua no seu Art. 260. Em outras palavras, haveria interpretação extensiva e análogo em uma norma que restringe direitos, o que não se permite.

Em respeito à importância do direito individual em jogo e em vista da clara ilegalidade do instituto, não se pode concluir por opinião diversa da impossibilidade da utilização da condução coercitiva como medida cautelar autônoma.

3. Um paralelo com a jurisprudência dos EUA

3.1. Introdução

Ao analisar a condução coercitiva, examinamos também a classificação de Nucci acerca das modalidades de prisão no direito brasileiro. Para o autor, a prisão se caracterizaria como uma restrição do direito de ir e vir, privando o indivíduo de sua liberdade e recolhendo o mesmo ao cárcere. Assim, cabe acrescentar: como na condução coercitiva já há restrição à liberdade ambulatorial, até mesmo com a possibilidade de o indivíduo ser algemado ou mesmo inserido em uma cela, já poderia ser classificada como tal.

No direito americano, apesar de não se ter um instituto correspondente ao da condução coercitiva, pode-se tirar grande lição da forma como eles tratam a restrição do direito de liberdade de qualquer cidadão por um agente do Estado e, em especial, por um agente policial. Por meio da análise dos seus tipos de detenção, como o “stop” e o “arrest”, fica mais palpável identificar semelhanças com a condução coercitiva no Brasil e incongruências dentro do nosso próprio sistema.

O presente capítulo pretende, por meio de uma análise do sistema americano no tocante ao seu tratamento à Quarta Ementa, trazer a reflexão sobre o nosso próprio tratamento no tocante ao nosso direito de liberdade de ir e vir, vez que esse recebe uma preocupação muito menor das autoridades do Estado.

3.2. A custódia no sistema americano

No direito americano, toda e qualquer decisão que restrinja a liberdade de locomoção do indivíduo, seja na forma de impedir o cometimento de um crime, ou simplesmente para fins de investigação, como no caso do interrogatório, está regida pela Quarta Emenda.

A Quarta Emenda tem o objetivo último de proteger o direito à privacidade e a liberdade contra decisões arbitrárias das autoridades. Sempre que um indivíduo possuir uma expectativa de privacidade, ele adquire também o direito de se ver livre de qualquer

invasão desarrazoada por parte do Estado.¹⁰⁶ Assim, qualquer invasão que não esteja em perfeita conformidade com ela seria considerada ilegal e excluída do processo. Em manifestação prévia, a Suprema Corte afirmou:

No right is held more sacred, or is more carefully guarded, by the common law, than the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others, unless by clear and unquestionable authority of law.¹⁰⁷

Da mesma forma, se um indivíduo for mantido sob custódia ilegal para obtenção de informação pela polícia, todo o material colhido teria de ser desentranhado dos autos e sua utilização seria proibida em qualquer instância. Porém, quantificar o prejuízo sofrido por esse indivíduo seria uma tarefa das mais difíceis, adentrando uma valoração subjetiva do dano à dignidade.¹⁰⁸ A humilhação quando em situação de custódia vai além de ter apenas sua liberdade de locomoção restrita, envolve procedimentos depreciativos como o de ser fotografado, ter sua digital colhida, além da estigmatização sofrida por quem é posto nessa situação.

3.2.1. Restrições ao direito de liberdade

Há casos em que se permite a restrição ao direito de liberdade de ir e vir do indivíduo. No entanto, essa restrição pode se dar em maior ou menor grau de intensidade, o que confere substrato à subdivisão em duas modalidades que seriam o “stop” e o “arrest”¹⁰⁹. Ambos são caracterizados como mitigações do direito de liberdade, mas diferenciados prioritariamente pela intensidade com que se restringe referido direito.¹¹⁰

O “arrest” seria uma limitação do direito de liberdade do indivíduo mais invasiva, configuradora de uma prisão em sentido estrito, e exigiria a presença de “causa provável”.

¹⁰⁶Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

¹⁰⁷ “Nenhum direito é mais sagrado, ou mais cuidadosamente guardado, pelo common law, do que o direito de cada indivíduo ter a posse e o controle de sua própria pessoa, livre de qualquer restrição e interferência dos outros, a não ser por calará e inquestionável autoridade de lei”, Terry v. State of Ohio, U.S. Ohio 1968, p. 12, tradução nossa

¹⁰⁸Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

¹⁰⁹ Priorizou-se a utilização, nesse tópico, do termo em inglês por não haver tradução justa na língua portuguesa que contemplasse os dois termos.

¹¹⁰Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

Por outro lado, em situações em que não há uma causa provável para se realizar o dito “arrest”, mas está presente uma suspeita razoável de atividade criminosa, pode-se permitir a ocorrência de uma intervenção na liberdade de ir e vir mais restrita, esse seria o caso do “stop”.¹¹¹ Assim, enquanto o “stop” demanda apenas uma suspeita razoável, o “arrest” requer “causa provável”¹¹².

A “causa provável” seria, então, a confiança que, em posse de determinados fatores e circunstâncias pode-se inferir que um indivíduo praticou um crime. No julgamento de *Brinegar v. United States* firmou-se a seguinte definição: “Existe causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial, ou dos quais ele possui informação verossímil e confiável, são suficientes por si só para garantir um homem de razoável cautela a crer que um crime está sendo cometido”¹¹³. Tal definição foi posteriormente defendida na jurisprudência americana, sempre ressaltando a necessidade de elementos que imponha certo grau de certeza na constatação de um possível crime.¹¹⁴

Dessa forma, durante o trabalho policial, é preciso que o agente tenha sempre em mente que a restrição da liberdade do indivíduo deve estar pautada por uma dessas duas situações. Se no decorrer da sua atividade de policiamento ele se deparar com uma situação que enseja uma suspeita razoável, mas não constitui “causa provável”, este estará

¹¹¹Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

¹¹²Do inglês: probable cause

¹¹³*Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949), apud WANDERLEY, Gisela Aguiar. A *constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista preventiva na sociedade de risco*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2014

¹¹⁴“Em 1949, no julgamento do caso *Brinegar v. United States*, a Suprema Corte reafirmou essa definição de causa provável, nos seguintes termos: “Existe causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial, ou dos quais ele possui informação verossímil e confiável, são suficientes por si só para garantir um homem de razoável cautela a crer que um crime está sendo cometido” (*Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949), tradução livre). Essa fundamentação foi manifestada, posteriormente, também nos seguintes precedentes: *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964); *Rios v. United States*, 346 U.S. 253 (1960); *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 1959 (“Não é necessária prova para afirmar a culpa do indivíduo investigado. Por outro lado, a boa-fé no comportamento do policial que efetua a prisão não é o suficiente. A causa provável existe se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial garantem a um homem prudente a constatação de que um delito foi ou está sendo cometido” (*Beck v. Ohio*, 379 U.S. 97) – tradução livre). O entendimento relativo à boa-fé do policial foi posteriormente revisado pela Corte em alguns casos, como *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984) e *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984), em que se salientou que, se o policial tinha um motivo razoável para crer que havia um mandado para busca, ainda que este não exista, a busca é válida.” WANDERLEY, Gisela Aguiar. A *constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista preventiva na sociedade de risco*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2014, pp. 78-79

judicialmente amparado para realizar o “stop”, que seria essa restrição de liberdade mais limitada, entretanto não poderia praticar um “arrest”.¹¹⁵

Reforça-se o fato de que qualquer restrição à liberdade de ir e vir estar amparada pela Quarta Emenda, mas essa proteção pode vir em diferentes formas, já que o encontro entre policiais e civis não é sempre o mesmo e nem sempre coloca em risco o direito à liberdade.

Ao se analisar os casos concretos, as cortes judiciais têm sempre que enfrentar essas duas questões. Primeiramente, responder se a atividade estatal que levou a descoberta de alguma prova constituiu uma restrição à liberdade de ir e vir sob a proteção da Quarta Emenda, caso não haja qualquer restrição de liberdade, não há que se falar na Quarta Emenda. Em segundo lugar, tendo ocorrido restrição à liberdade de ir e vir, deve-se classificar a ação policial entre passível de “stop” ou “arrest”, dependendo se houve apenas suspeita de crime ou causa provável.

Em *Terry v. Ohio*, analisaram-se as condições de validade da prática do chamado “stop and frisk” e reafirmou-se que qualquer restrição à liberdade de ir e vir por um policial já enseja a proteção da Quarta Emenda. O policial poderia realizar um “stop”, ou seja, deter brevemente um cidadão, se tiver suspeita razoável de prática de atividade criminosa, podendo também realizar revista (“frisk”) caso suspeitasse de posse de arma. Se por meio do “stop” angariasse uma causa provável, aí então o policial estaria legitimado a realizar um “arrest”.¹¹⁶

3.3. Detenção do suspeito

A competência para se deter um suspeito pela autoridade policial é tema já tratado no presente trabalho no tocante à legislação brasileira, nesse capítulo veremos que no direito estadunidense a questão se apresenta com algumas particularidades

No encontro polícia-civil, o suspeito pode acabar sendo questionado e fornecendo material que não está protegido pela Quarta Emenda, mas que esbarra no direito estatal de custódia sobre o suspeito. Assim, características como: “a suspect's likeness, voice, hair, or

¹¹⁵Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

¹¹⁶ *Terry v. State of Ohio*, U.S. Ohio 1968, p. 13

fingerprints have been characterized as exposed to the public and, therefore, generally not entitled to fourth amendment protection”¹¹⁷.

Ou seja, o direito americano se aproxima da teoria de Nucci que prescreve que o interrogatório de qualificação não estaria protegido pelo direito ao silêncio, mas enquanto Nucci embasa sua teoria numa postura positivista citando o próprio Art. 41 do CPP¹¹⁸, no direito americano entende-se que características que estão expostas ao público não estariam abarcadas pela Quarta Emenda. O que não significa que o Estado pode conduzir coercitivamente um indivíduo à delegacia sem a prévia configuração de causa provável necessária para restringir sua liberdade, já que esse provavelmente não conseguiria obter essas informações não protegidas pela Quarta Emenda a menos que restringisse de alguma forma a liberdade de movimento.

3.3.1 A legitimidade para a detenção do suspeito

No julgamento de *Terry v. Ohio* teve-se que enfrentar de forma mais profunda a questão sobre como que se configuraria esse direito de detenção ¹¹⁹ do suspeito. A decisão do caso ocorreu em 1968, suscitando questionamentos principalmente no tocante ao direito protegido pela Quarta Emenda¹²⁰. O emblemático caso visava discutir os limites entre uma confrontação direta entre cidadãos e policiais, quando esses últimos estivessem em atividade investigativa.

De acordo com o caso, Terry foi condenado por porte de arma de fogo. A acusação apresentou como evidência dois revólveres e algumas balas apreendidas pelo policial Martin McFadden que estavam em poder de Terry e do co-réu Richard Chilton.¹²¹

¹¹⁷ “a semelhança física de um suspeito, voz, cabelo ou impressões digitais foram caracterizados como expostos ao público e, portanto, geralmente não tem direito a proteção da Quarta Emenda”, Richard A. Williamson, *The DimensionsofSeizure: The Conceptsof"Stop" and. "Arrest"*, 1982, p. 779

¹¹⁸ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

¹¹⁹ Do inglês: seizure

¹²⁰ Fourth Amendment: the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

¹²¹ *Terry v. State of Ohio*, U.S. Ohio 1968.

Numa tentativa de excluir referidas evidências, a defesa peticionou alegando que as mesmas se encontravam em desconformidade com a Quarta Emenda, o que ensejou a colheita de depoimentos para decidir sobre a questão. Durante a análise dos depoimentos, o policial McFadden afirmou que, no dia 31 de outubro de 1963, encontrava-se em serviço de patrulha na cidade de Cleveland quando por volta das 14h30min começou a observar a movimentação de Chilton e Terry.¹²²

McFadden alegou¹²³ que por trabalhar há 39 anos como policial e há 35 anos como detetive, além de ter sido designado a prevenir o crime naquela região por 30 anos, desenvolveu o hábito de observar as pessoas e a identificar ações suspeitas, não sabendo exatamente o que teria chamado a sua atenção nos dois réus naquele dia em questão.¹²⁴

Ele passou a observar os dois a distância¹²⁵. Um dos réus teria olhado no interior da janela de uma das lojas várias vezes num breve espaço de tempo, seguido pelo outro, repetindo esse ritual alternadamente até serem interpelados por um terceiro indivíduo que iniciou uma conversa com os dois suspeitos.¹²⁶

O policial, temendo que algum deles estivesse portanto uma arma, aproveitou o momento em que os três conversavam para fazer uma abordagem. Aproximou-se, identificou-se como policial e perguntou o nome dos suspeitos. De acordo com seu depoimento, foi nesse momento que suas suspeitas se confirmaram, ao indagar pelos seus nomes, o policial recebeu em respostas apenas alguns murmúrios. McFadden, então, agarrou Terry e revistou suas roupas, onde encontrou uma arma no bolso do seu casaco.¹²⁷

Em seguida, McFadden ordenou que os três indivíduos entrassem no interior de uma das lojas da localidade e conseguiu retirar o casaco de Terry que continha o revólver. Ordenou que os três colocassem a mão na parede e pôs-se a revistá-los, conseguindo descobrir outro revólver, dessa vez na posse de Chilton. McFadden afirmou ainda só ter revistados os três após ter visto que os mesmos portavam armas.¹²⁸

¹²² Terry v. State of Ohio, U.S. Ohio 1968.

¹²³ McFadden: “stand and watch people or walk and watch people at many intervals of the day. (...) Now, in this case when I looked over they didn't look right to me at the time.”

¹²⁴ Terry v. State of Ohio, U.S. Ohio 1968.

¹²⁵ McFadden: “I get more purpose to watch them when I seen their movements”

¹²⁶ Terry v. State of Ohio, U.S. Ohio 1968.

¹²⁷ Idem

¹²⁸ Idem

Após a apreensão dos dois revólveres, o policial encaminhou os três a delegacia, onde indiciou Chilton e Terry por porte ilegal de arma. A acusação, em resposta ao pedido de supressão das armas como evidência do crime, defendeu que as mesmas haviam sido encontradas após uma detenção legítima dos suspeitos. O Tribunal rejeitou tal teoria alegando que não havia causa provável¹²⁹ para fazer a detenção dos suspeitos antes de McFadden ter de fato encontrado os revólveres, entretanto, entendeu que haviam indícios para que o policial, munido com a experiência de sua profissão, tivesse suspeitado dos três indivíduos e iniciado um interrogatório.¹³⁰

A corte defendeu que o policial tinha direito de revistar os suspeitos pois estaria diante de uma razoável suspeita de que os mesmos estariam armados, rejeitando a petição do réu. Terry e Chilton foram considerados culpados, não tendo suas apelações prosperado

Nesse caso Terry defendeu que sempre que o direito de ir e vir livremente for restrito por um policial, o indivíduo encontra-se detido, seja esse direito exercido por meio de força física ou imposição de autoridade.¹³¹

No caso, a Corte se manifestou no sentido de que não havia qualquer dúvida sobre se o suspeito estava detido no momento em que o policial iniciou o contato corporal com ele, sendo óbvio que sim. Entretanto, afirmou que uma restrição breve à liberdade do suspeito, caracterizadora de uma “stop” e não de uma “arrest”, não necessitaria de “causa provável”, mas sim de mera suspeita razoável da prática de delito. Uma relevante questão colocada foi então: a de quando está configurada uma “stop”, aí entendida como uma situação de detenção do indivíduo, em que a sua liberdade ambulatorial está brevemente restrita, seja por coação física, seja por ordem emanada da autoridade policial.

O Juiz White, um dos juízes que participaram do julgamento, ressaltou que não havia nada na Constituição que impedisse um policial de fazer perguntas a qualquer um nas ruas e, como o Juiz Harlan, considerou que nesse caso o cidadão tem pleno direito de ignorar a pergunta e ir embora.¹³²

¹²⁹ Do inglês “probable cause”

¹³⁰ Tribunal: “had reasonable cause to believe that the defendants were conducting themselves suspiciously, and some interrogation should be made of their action.”

¹³¹ “Whenever a police officer accosts an individual and restrains his freedom to walk away, he has 'seized' that person" and that a seizure "takes place whenever a law enforcement officer 'by means of physical force or show of authority,' has in some way restrained the liberty of a citizen”. Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 780

¹³² Idem

Por outro lado, a Suprema Corte, anos mais tarde, manifestou-se no caso *Oregon v. Mathiason* no sentido de que qualquer interrogatório realizado com o suspeito de um crime já apresenta um caráter de coerção, estando o suspeito sobre custódia. Afirmam a Corte:

Any interview of one suspected of a crime by a police officer will have coercive aspects to it, simply by virtue of the fact that the police officer is part of a law enforcement system which may ultimately cause the suspect to be charged with a crime¹³³

Nesse caso, o fato do suspeito poder incriminar-se em um interrogatório policial já seria motivo suficiente para que se configurasse uma situação de custódia. Fica claro que o interrogatório do suspeito ao ser feito em um ambiente hostil, por agentes do Estado com uma clara imposição de autoridade já restringiria a liberdade plena do indivíduo.

Para o Professor Wayne LaFave, em qualquer situação onde um policial se dirige a um indivíduo em busca de respostas há restrição de liberdade, pelo simples fato do policial ser uma autoridade estatal. Assim, todo encontro entre polícia-civil colocaria o cidadão em uma situação de custódia, independentemente da verificação da postura ou das perguntas feitas pelo policial.¹³⁴

Entretanto a visão do professor não foi reproduzida pela Suprema Corte. O juiz Stewart em *United States v. Mendenhall* defendeu a tese de que uma situação de custódia estaria definida sempre pela impressão subjetiva do cidadão, ou seja, se o homem médio entendesse que seu direito de ir e vir foi restringido, então a Quarta Emenda se aplicaria. Observa-se que nesse caso o juiz deixa claro que já não importa a intenção subjetiva do policial, mas tão somente do cidadão. Ele lista ainda algumas situações que poderiam levar um indivíduo a pensar que seria caso de uma situação de custódia:

(1) the threatening presence of several officers, (2) the display of weapons, (3) some physical touching of the person of the citizen, and (4) the use of language or tone of voice indicating that compliance with the officer's request might be compelled.¹³⁵

¹³³ “Qualquer entrevista de um suspeito de crime realizada por um policial terá um aspecto coercitivo, simplesmente pelo fato do policial fazer parte de um sistema judicial que poderia acusá-lo de um crime” *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492, 495 (1977), tradução nossa

¹³⁴ Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 781

¹³⁵“(1) a presença ameaçadora de vários policiais, (2) a exibição de armas, (3) o contato físico com o cidadão, e (4) o uso de linguagem ou tom de voz indicando que se está obrigado a atender o policial” *United States v. Mendenhall* 446 U.S.544 (1980), tradução nossa

Ao analisar em conjunto os elementos subjetivos do encontro, como a percepção do indivíduo e se ele se sentiu livre ou não para ignorar a questão e evadir do local, e os elementos objetivos, como demonstrações de autoridade por parte do policial, a pergunta a ser respondida seria se o indivíduo teve sua liberdade de movimento limitada por uma real vontade de cooperar ou apenas porque se sentiu coagido.

O juiz White, entretanto, rejeitou qualquer utilização de um método subjetivo, seja por parte do policial ou do cidadão. Ele criou um método para identificar se um cidadão médio se sentiria ou não coagido num encontro com um policial. Para ele, a intenção do policial seria irrelevante, o que importa é a impressão que ele passou ao cidadão, do mesmo jeito que não importa a personalidade do cidadão, sendo que alguns poderiam se sentir coagidos pela autoridade policial e alguns não. O que realmente importaria seria a atitude do policial, numa demonstração da sua intenção de restringir a liberdade do indivíduo, ou de apenas conseguir informações numa conversa sem qualquer tipo de coação.¹³⁶

Uma grande vantagem de se utilizar um método objetivo baseado em ações das autoridades estatais seria desenvolver padrões de conduta que guiariam as operações policiais.¹³⁷ Dessa forma, é possível trazer maior segurança para os policiais em atuação e maior segurança jurídica nas decisões.

3.3.2. O método objetivo na identificação de uma detenção

O método objetivo teria como alvo encontrar ações que caracterizariam a limitação da liberdade do cidadão. Observa-se primeiramente o entendimento de que qualquer ação de cunho físico do policial para com o cidadão que impeça esse de se movimentar já caracterizaria uma detenção.

Assim, qualquer ação do policial que restringisse a livre movimentação do indivíduo, mesmo que por pouco período, já seria suficiente para trazer a proteção da Quarta Emenda. Qualquer contato físico com o intuito de deter um cidadão só poderia ocorrer mediante “causa provável” ou, no caso de “stop”, mediante suspeita razoável de atividade criminosa.

¹³⁶ Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 789

¹³⁷ *Idem*

Além da intervenção física, uma demonstração de autoridade também poderia ser suficiente para dar a entender que o cidadão já não está mais no uso integral do seu direito à liberdade, conforme Williamson:

This component of the test is much more difficult to quantify, but obviously is designed to reflect the notion that freedom of movement may be restricted by conduct other than physical restraint. A show of authority would include any conduct by the police, whether verbal or otherwise, that would indicate to a reasonable person that he or she was not free to ignore the officer and walk away.¹³⁸

O uso de armas, ordens de comando, o local onde o encontro se deu são todos fatores que podem indicar a restrição da liberdade da pessoa. Sendo importante lembrar que essa percepção da ocorrência ou não restrição da liberdade deve sempre vir acompanhada tanto dos fatores de utilização de meios físicos por parte do policial, quanto de sua demonstração de autoridade combinados com a percepção do cidadão médio.

3.4. Necessidade de aviso

Nas cortes americanas é unânime a decisão de que não há necessidade de se estabelecer um aviso sempre que um policial abordar um cidadão. Pois mesmo que se imponha tal aviso alertando o cidadão do seu direito de liberdade, nada impede que, mesmo assim, o indivíduo se sinta coagido a ficar e responder as questões dos policiais.

Entretanto, alguns casos judiciais levantaram, questões importantes no tocante ao assunto. Em *Schneckloth v. Bustamonte* partiram do princípio de que em um encontro entre um policial e um cidadão existem duas possibilidades: ou trata-se de uma detenção, e para esse caso utiliza-se o método do homem médio, ou a pessoa parou por livre e espontânea vontade para cooperar com o policial, nesse caso a pessoa teria aberto mão do seu direito de liberdade.

¹³⁸ “Esse componente do teste é muito mais difícil de qualificar, mas obviamente está projetado para refletir a noção de que a liberdade de movimento não está sujeita apenas a uma restrição física. Uma demonstração de autoridade poderia incluir qualquer conduta do policial, verbal ou que de qualquer outra forma indique a uma pessoa razoável que ele ou ela não estão livres para ignorar o policial e ir embora” Richard A. Williamson, *The DimensionsofSeizure: The Conceptsof "Stop" and. "Arrest"*, 1982, p. 792, tradução nossa

Scheneckloth, entretanto, defendeu que apesar da pessoa ter a liberdade de controlar todos os seus movimentos e com isso o direito de em um encontro com o policial apenas ignorar qualquer questionamento e continuar andando, nada confirma que ela sabia desse seu direito de apenas desconsiderar uma pergunta de uma autoridade do Estado¹³⁹. Ou seja, para que ela pudesse fazer uma escolha consciente sobre recusar seu direito reconhecido pela Quarta Emenda, ela deveria ter total conhecimento do mesmo.

Assim, o aviso se aplicaria se considerássemos a teoria do professor LaFave. Para ele, sempre que um indivíduo for abordado por um policial ele não se sentirá livre para ignorar os questionamentos e seguir seu caminho. Logo, se toda vez que um cidadão é interpelado pela autoridade policial ele não se sente livre, o aviso do seu direito protegido pela Quarta Emenda seria mais eficiente para garanti-lo. Entretanto o aviso não resolve o problema de em quais situações ou quando uma conversa entre um policial e um cidadão dá início a uma detenção.¹⁴⁰

A partir desse ponto, o professor LaFave continua a análise afirmando que o foco deve ser alterado do civil para o policial. Dessa forma, não focaríamos nas impressões do cidadão, já que esse sempre se sentiria de alguma forma coagido, mas ao analisar a conduta do próprio policial poderíamos distinguir se ele ultrapassou ou não o limite de uma conversa casual para uma onde a sua autoridade se impõe, transformando uma mera conversa, numa detenção.¹⁴¹ Conforme o professor:

critical inquiry would be whether the policeman, although perhaps making inquiries which a private citizen would not be expected to make, has otherwise conducted himself in a manner consistent with what would be viewed as a nonoffensive contact if it occurred between two ordinary citizens¹⁴²

Observa-se que quando não há qualquer intervenção física por parte do policial, a tendência de se interpretar o encontro policial-civil como uma detenção seriam em casos em que ocorre uma investigação sobre um crime particularizado. Nesses casos a ação

¹³⁹ Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 799

¹⁴⁰ Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982

¹⁴¹ Idem

¹⁴² “Uma inquirição mais crítica aconteceria se o policial, apesar de inquirir um cidadão, o que qualquer outra pessoa não faria, realiza sua conduta de maneira que a mesma seja vista como uma conduta inofensiva se fosse feita por um civil”, Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concept of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 799, tradução nossa

policial se torna mais incisiva e sua intervenção no direito de liberdade, mais perceptível, evidenciando a ameaça ao direito à liberdade.

3.5. O grau de restrição ao direito à liberdade

Tanto o tempo quanto o local da detenção do suspeito são de extrema importância para qualificar o grau de mitigação do direito de liberdade de movimento do suspeito. De acordo com Williamson são três as esferas afetadas:

First, as the length of the forced detention increases, the associated inconvenience and public stigma also necessarily increase. Second, and more important, as the length of the forced detention increases, or as its spatial scope changes, the government will have a greater opportunity to exploit a police-dominated environment to obtain information. Third, at least in some circumstances a change in location will give the police an opportunity to obtain information in plain view or to obtain incriminating evidence, such as eyewitness identification testimony, in other ways.¹⁴³

Assim, de acordo com ele, com o aumento da restrição do direito de liberdade aumenta-se também a estigmatização do indivíduo, o ganho com informação e a chance de conseguir material para incriminar o suspeito¹⁴⁴. Observa-se que a intensificação da restrição e o controle sobre a liberdade do movimento traduzem-se essencialmente na permissão concedida ao Estado para encaminhar suspeitos a delegacia.

O controle sobre o direito de ir e vir do cidadão traduzido no poder de forçar o encaminhamento do indivíduo para um local distinto de onde ele se encontra seria uma forte limitação sobre o direito protegido pela Quarta Emenda. Além disso, ainda levaria à uma inevitável invasão de privacidade, já que ao levar o suspeito a delegacia há a apreensão dos objetos pessoais que ele possa vir a portar.

¹⁴³ “Em primeiro lugar, com a elevação do grau das detenções, a inconveniência e o estigma público também aumentam necessariamente. Segundo, e mais importante, com a elevação do grau das detenções, ou com mudanças espaciais, o governo terá uma chance maior de explorar um ambiente dominado pela polícia para obter informações. Em terceiro lugar, pelo menos em algumas circunstâncias, uma mudança de localização vai dar à polícia uma oportunidade para obter informações visuais ou para obter provas incriminatórias, como testemunho de identificação testemunha ocular, entre outras”, idem, p. 808, tradução nossa

¹⁴⁴ Idem

Tal prerrogativa estatal de encaminhar suspeitos a delegacia se tornou um grande ponto de discussão nas cortes americanas em decorrência dessa excessiva limitação ao direito individual, conforme Williamson:

The argument can be made that when the government is permitted to effectuate a change in the spatial circumstances of a detention, the infringement on individual liberty necessarily increases. (...) One could argue that once the government asserts the authority to control a person's movement by a positive order to move, the deprivation of liberty is at its zenith. Certainly, a qualitative difference exists between the assertion of government power to detain an individual at the location that a person voluntarily accepted and the assertion of government power to force the individual to move to another location.¹⁴⁵

Frente a isso, fica evidente a necessidade de uma motivação mais relevante para se justificar uma condução do suspeito à sede policial, quanto maior o grau de limitação de um direito, tanto maior deve ser a sua justificação para tal. O suspeito teria sempre a garantia de evitar qualquer limitação a sua liberdade de ir e vir sempre que não encontrasse uma justificativa a altura que revertesse seu direito na própria prerrogativa estatal de custódia.

3.6. Controle sobre a atividade policial

O controle sobre sua própria pessoa é um dos direitos individuais mais importantes e mais bem protegidos pelo sistema do *common law* e o judiciário americano utiliza um forte controle externo da atividade policial com o objetivo de que tal direito expresso na Quarta Emenda não se perca num vazio constitucional.

A Corte americana, no julgamento de *Terry v. Ohio*, afirmou que a atividade policial deve ser delimitada pelas barreiras impostas pela Quarta Emenda, cuja essência estaria traduzida nessa necessidade de uma justificação específica para qualquer restrição ao direito de ir e vir assegurado ao indivíduo. Assim, não seria possível a polícia gozar de um conjunto de práticas restritivas desse direito que fossem além de uma cooperação

¹⁴⁵ “O argumento pode ser feito de determinada forma: quando o governo está autorizado a efetuar uma mudança nas circunstâncias espaciais de uma detenção, a intervenção na liberdade individual necessariamente aumenta. (...) Pode-se argumentar que, uma vez que o governo afirma a autoridade para controlar o movimento de uma pessoa por uma ordem positiva, a privação de liberdade está no seu zênite. Certamente, existe uma diferença qualitativa entre a afirmação do Estado para deter um indivíduo no local que uma pessoa voluntariamente aceita e a ordem do Estado para forçar o indivíduo a mudar para outro local”, Richard A. Williamson, *The Dimensions of Seizure: The Concepts of "Stop" and "Arrest"*, 1982, p. 809, tradução nossa

espontânea dos cidadãos, ou que viessem justificadas por uma razoável suspeita ou causa provável.¹⁴⁶

Uma das práticas mais eficientes utilizadas para desencorajar atividades policiais que contrariem a legislação seria a exclusão de evidências obtidas em desacordo com o direito protegido.¹⁴⁷ Em *Terry v. Ohio* a corte se manifestou afirmando:

Ever since its inception, the rule excluding evidence seized in violation of the Fourth Amendment has been recognized as a principal mode of discouraging lawless police conduct, and experience has taught that it is the only effective deterrent to police misconduct in the criminal context, and that without it the constitutional guarantee against unreasonable searches and seizures would be a mere 'form of words.'¹⁴⁸

Tal proibição acaba servindo também como forma de reafirmar a integridade do judiciário, barrando a entrada em processos judiciais de provas obtidas sem o amparo legal e mostrando que o judiciário desaprova certas medidas policiais. Dessa maneira, a polícia fica impossibilitada de fazer uso de um material fruto de uma invasão num direito constitucional e acaba tendo que, num esforço criativo, desenvolver métodos eficientes que garantam que o produto da investigação seja recepcionado no processo.

A Corte, no decorrer do julgamento de *Terry*, aproveitou a abertura do assunto para atestar a necessidade de, sempre que possível, a polícia receber a aprovação judicial por meio de um mandado para qualquer busca e apreensão, sendo que o mesmo só poderia ser dispensado se a urgência da situação exigisse. Esse também foi o entendimento no caso *Johnson v. United States*¹⁴⁹, onde se afirmou:

As a general rule, the question when the right of privacy must reasonably yield to the right of search must be decided by a judicial officer, not by a policeman or government enforcement agent. (...) There were no exceptional circumstances in

¹⁴⁶ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)

¹⁴⁷ *Idem*

¹⁴⁸ “Desde a sua criação, a regra excluindo provas apreendidas em violação da Quarta Emenda tem sido reconhecida como um dos modos principais de desencorajar a conduta da polícia realizada sem o respaldo de lei, e a experiência tem ensinado que é o único meio de dissuasão eficaz para a má conduta policial no contexto criminal, e que sem isso a garantia constitucional contra buscas e apreensões seria um mero “amontoado de palavras.” *Idem*, tradução nossa

¹⁴⁹ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948)

this case sufficient to justify the failure of the officer to obtain a search warrant¹⁵⁰

Tal exigência funcionaria como um meio de vincular a decisão de restrição do direito de liberdade a um órgão neutro, impedindo que a entidade policial tomasse decisões desarrazoadas por estar muito envolvida na tentativa de resolução do crime. Permitir que as buscas e apreensões policiais fossem sempre feitas sem a solicitação de um mandado ao poder judiciário poderia acabar anulando a eficácia da Quarta Emenda, vez que essa estaria sujeita a uma entidade que tem como objetivo maior, não o zelo pela proteção do indivíduo e justiça, mas a resolução de crimes.¹⁵¹

A ponderação e a razoabilidade seriam as palavras chaves para se analisar o caso e ver se a ação policial estaria de acordo com a inteligência da Quarta Emenda. Contrabalançando sempre o direito individual, o interesse do Estado na resolução do crime e a conduta da polícia. Em outras palavras, uma detenção sob o suporte de um mandado sempre deve ser priorizada, o que não quer dizer que seria ilegal aquela feita sem o respaldo do judiciário, caso em que seria necessária a demonstração de situação de urgência a tornar inviável a obtenção de mandado prévio.:

An arrest warrant is preferred but not required to make a lawful arrest under the Fourth Amendment. A warrantless arrest may be justified where probable cause and urgent need are present prior to the arrest. Probable cause is present when the police officer has a reasonable belief in the guilt of the suspect based on the facts and information prior to the arrest. For instance, a warrantless arrest may be legitimate in situations where a police officer has a probable belief that a suspect has either committed a crime or is a threat to the public security. Also, a police officer might arrest a suspect to prevent the suspect's escape or to preserve evidence. A warrantless arrest may be invalidated if the police officer fails to demonstrate exigent circumstances.¹⁵²

¹⁵⁰ “Como regra geral, a questão sobre quando o direito à privacidade tem que, razoavelmente, ceder ao direito de busca deve ser decidido por um oficial de justiça, não por um agente da polícia ou do governo. (...) Não havia circunstâncias excepcionais neste caso suficientes para justificar a não obtenção do mandado pelo funcionário”, *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948), tradução nossa

¹⁵¹ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948)

¹⁵² “Um mandado de prisão é preferível, mas não determinante para se fazer uma apreensão legal sob a Quarta Emenda. A prisão sem mandado judicial pode ser justificada quando a causa provável e a urgência estão presentes antes da prisão. A causa provável está presente quando o policial tem uma crença razoável na culpa do suspeito com base nos fatos e informações antes da prisão. Por exemplo, uma prisão sem mandado judicial pode ser legítima em situações em que um policial tem uma crença provável que um suspeito tenha cometido um crime ou é uma ameaça para a segurança pública. Além disso, um policial pode prender um suspeito para impedir a fuga do suspeito ou para preservar as provas. A prisão sem mandado judicial pode ser invalidado se o policial não consegue demonstrar as circunstâncias que a exigiram.”, Cornell University Law School.

Importante também se ater ao fato de que como detenções sem mandado são reguladas pelas garantias do devido processo legal, um suspeito que esteja sob custódia sem um mandado tem direito de que a mesma seja apreciada pelo poder judiciário dentro do prazo de 48 horas. Sendo que mesmo a obtenção do mandado pela autoridade policial deve vir sempre mediante a demonstração de uma causa provável que a justifique, a qual será apreciada pelo magistrado para conceder ou não a ordem.¹⁵³

Reforça-se o entendimento de que, diante de tudo quanto foi exposto, não há que se falar em restrição menos gravosa ao direito de ir e vir no sistema brasileiro quando em referência a condução coercitiva. Contrariamente, tomando o direito americano como norte, teríamos um agravante nessa limitação do direito, já que estaríamos diante de um controle sobre a liberdade de movimento ao forçosamente encaminhar o indivíduo ao ambiente hostil da delegacia.

O poder de forçar o indivíduo a se dirigir a um ambiente distinto do qual ele se encontra não pode ser outorgado a autoridade policial para ser utilizado ao seu bel-prazer, sem mandado judicial ou qualquer fundamentação relevante. Tomando-se o exemplo das Cortes americanas onde qualquer abordagem policial nas ruas já é problematizada e jurisdicionalizada, diferente não poderia ser em um ato ainda mais gravoso ao direito a liberdade.

FOURTH AMENDMENT: AN OVERVIEW. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment. Acesso em: 10 de julho de 2016

¹⁵³ Cornell University Law School. FOURTH AMENDMENT: AN OVERVIEW. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment. Acesso em: 10 de julho de 2016

4. Conclusão

A presente monografia procurou demonstrar a inconstitucionalidade da utilização da condução coercitiva como mecanismo potestativo de restrição da liberdade de investigados por parte da polícia judiciária na atual ordem jurídica brasileira. Trata-se de prática incompatível com um Estado Democrático de Direito que preze tanto pelo indivíduo quanto pela lógica do sistema jurídico pátrio.

Primeiramente, pode-se observar que a condução coercitiva já não se ajusta mais ao seu propósito último que seria proporcionar a tomada do interrogatório do réu que não tenha atendido à intimação. Uma vez que o interrogatório passa a ser visto prioritariamente como meio de defesa do réu, não há mais que se falar em obrigação processual, mas apenas em exercício de direito quando esse for útil à defesa.

Além de ser o interrogatório direito do réu, seria irracional e desmedida uma condução coercitiva que restringe direitos individuais, como o de liberdade e de intimidade, sem utilidade prática, que em seguida esbarre no direito ao silêncio. A medida atentaria contra direitos e garantias do réu com um objetivo que já vem frustrado de início, já que não se consegue qualquer resultado se o réu resolver se utilizar do seu direito de permanecer calado.

Em relação à utilização da condução coercitiva como medida cautelar para se preservar o interrogatório do réu, também não há validação normativa para tanto, visto inexistir no processo penal o chamado Poder Geral de Cautela. Tal utilização vem amparada precipuamente por um forte apego ao eficientismo na esfera penal, como forma de dar um retorno a sociedade no combate ao crime.

Entretanto, o judiciário brasileiro deve se por livre de pressões externas e vinculado aos próprios princípios que visa proteger. Não há que se permitir qualquer prática que retome ideias autoritárias e fuja do conquistado Estado Democrático de Direito, trazendo de volta ao sistema penal a extinta “prisão para averiguação”, de forma canhestra por meio do art. 260 do CPP.

Precisa-se ter em mente que os direitos individuais são o bem maior que se deve proteger, nessa condição não podem ser alvo de violação por terceiros, momento em que o

Estado assume o dever de proteção por meio de ações positivas, mas um Estado que protege os direitos individuais da sua população, não pode ser um Estado que viola esses mesmos direitos individuais de forma arbitrária e supostamente em nome da coletividade.

Não se deve ainda diminuir a condução coercitiva como medida desvinculada do instituto da prisão. Não cabe conclusão diversa que não a de Nucci ao colocar a condução coercitiva como uma das modalidades desse instituto e para corroborar com tal tese podemos nos referir aos precedentes do sistema jurídico americano.

Nesse passo, contrapomo-nos a tese de que não haveria um real cerceamento de liberdade de locomoção do indivíduo, justificando a condução coercitiva como uma mera ferramenta para tomada de depoimento. Ora, não pode ser outra a conclusão que não uma flagrante restrição à liberdade individual.

Nos EUA, o cuidado com a liberdade de movimento é tão latente que qualquer interpelação de um policial a um indivíduo já é problematizada na esfera jurídica. O refinamento e cuidado com a proteção desse direito mostram-se tão afastados do nosso tratamento ao mesmo direito, que enquanto eles estão vinculados a uma justificação forte o suficiente para fazer jus a tal restrição mesmo em caráter breve e passageiro no caso da “stop”, nós restringimos o direito por meio da condução coercitiva mesmo sabendo que a medida será inócua, pois esbarra no direito ao silêncio.

As decisões jurisprudenciais americanas vêm nos lembrar que toda e qualquer restrição de nossos direitos protegidos pela Carta Magna deve ter respaldo legal e, mais que isso, deve vir devidamente e concretamente justificada, além de embasada de acordo com nossos princípios e em conformidade com o todo do nosso sistema jurídico. O Estado está vinculado às mesmas regras das quais se utiliza para preservar o funcionamento da sociedade, devendo agir de acordo com estas e não por meio de um pragmatismo cego que atropela direitos individuais ao longo do caminho.

5. Referências Bibliográficas

BADARO, Gustavo Henrique Righi. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas.** Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016

BRANDT, Ricardo; MACEDO, Fausto; AFFONSO, Júlia; COUTINHO, Mateus. **Veja a ordem de Moro para conduzir Lula sem algemas.** Disponível em: politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-ordem-de-moro-para-conduzir-lula-sem-algemas. Acesso em: 10 de junho de 2016

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional.** 6ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2003

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 16ª Edição. Editora: São Paulo, Saraiva, 2009

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **Fourth Amendment: an over view.** Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment. Acesso em: 10 de julho de 2016

COUTINHO, Jacinto Nelson. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em 10 de junho de 2016

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Edição. Editora: Juspodium, 2012

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal.** 12ª Edição. Editora: São Paulo, Saraiva, 2009

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal, Vol. III.** 32ª Edição. Editora: Saraiva, 2010

GRILLO, Cristina. **A condução coercitiva de Lula foi legal?** Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/03/conducao-coercitiva-de-lula-foi-legal-sim.html>. Acesso em: 10 de junho de 2016

JOHNSON V. UNITED STATES, 333 U.S. 10, 1948. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/10/case.html>. Acessado em: 11 de junho de 2016

JR. KHALED, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?**, 2010

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. Editora: Saraiva, 2013.

MICHIGAN V. CHESTERNUT, 486 U.S. 567, 1988. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/486/567.html>. Acesso em: 9 de junho de 2016
OREGON V. MATHIASON, 429 U.S. 492, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/492/case.html>. Acesso em: 10 de junho de 2016

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo, Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª Edição. Editora: Forense, Gen, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Edição. Editora: Forense, Gen, 2014

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Edição. Editora: Lumen Juris, 2011

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª Edição. Editora: Lumen Juris, 2008

PELLEGRINI, Ada. **A reforma do Código de Processo Penal brasileiro – pontos de contato com o direito estrangeiro (Reforma Infraconstitucional, Processo Penal)**, Brasil, 2009

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Edição. Editora: Lúmen Juris, 2011

REZENDE, Alex Levi Bersan de. **Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal**. 2013

SOUZA, André de. **Ministro do STF critica autorização para condução coercitiva de Lula: Segundo Marco Aurélio Mello, medida deve ser o último recurso para ouvir alguém**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-stf-critica-autorizacao-para-conducao-coercitiva-de-lula-18808285>. Acesso em: 10 de junho de 2016

TERRY V. OHIO, 392 U.S. 1, 1968. Disponível em: <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Terryv.Ohio.pdf>. Acessado em: 10 de junho de 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Disponível em: http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **A constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista preventiva na sociedade de risco**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2014

WILLIAMSON, Richard A. **The Dimensions of Seizure: The Concept of "Stop" and "Arrest"**. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1528&context=facpubs>. Acesso em: 10 de junho de 2016