

A CONDUÇÃO COERCITIVA DO ACUSADO/INVESTIGADO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Ronaldo Passos Braga¹

O direito não se funda sobre a força, mas pode empregar a força porque é direito. Revela que o fundamento do direito é ético e precede a coerção (força). Luis Recaséns Siches

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a legalidade da condução coercitiva do acusado/investigado no âmbito judicial e extrajudicial da persecução penal.

PALAVRAS CHAVE. Condução coercitiva. Persecução penal. Teoria dos poderes implícitos (inherent powers theory/theory implied and inherent powers).

ÁREAS DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito. Direito Penal. Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, nas pequenas comunidades antigas, era a força física que definia o direito de cada qual dentro do corpo social. Deste modo, o direito era imposto pela força física, sobrepondo-se a vontade do fisicamente mais forte.

Somente mais tarde é que o poder passa a legitimar-se pelo acordo de vontades dentro de uma comunidade, que firma-se pelo contrato social onde seus componentes abrem mão de uma parcela de direitos em prol do Estado. Transmuda-se do estado de natureza para a sociedade política civil (Estado convencional de Rousseau), onde o Estado detentor do poder soberano ficará imbuído da proteção dos direitos naturais e civis de cada indivíduo, construindo uma teoria de governo legítimo como apresentado por Grócio, Hobbes e Locke.

Desta concepção surge a legitimação do Estado como detentor do monopólio da aplicação da lei e, em última medida, da utilização da força, eclodindo no fenômeno denominado “monopólio da violência legítima”, que não é própria à linguagem jurídica, pertencendo à metalinguagem da teoria do direito ou à sociologia jurídica (TROPPEL: 1995.). Assim, seguindo a linha weberiana o Estado constitui-se como a única fonte do direito à violência (WEBER: 1993) ou no conceito kelseniano, a coerção é característica indissociável do direito.

“(...)há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um

conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.” (KELSEN: 1998).

Por consequência, a legitimação do uso da força pelo Direito somente seria justificável nas hipóteses previamente enumeradas pela legislação e desde que estritamente necessária para a preservação da lei e resguardo da ordem pública, caracterizando como legítima a coerção. Note-se que a legalidade do uso da força é absolutamente distinta do uso da violência, que em hipótese alguma se justifica em um estado de direito.

Ressalve-se aqui, que dentro da estrutura democrática, por vezes, o Direito surge como instrumento apto a dissimular o fenômeno da violência, sob o véu de legítima coerção, demonstrando as distorções do sistema jurídico. Erige-se a ideia de força ilegítima, que atrela-se ao conceito de violência arbitrária, muitas vezes justificada nos denominados estados de exceção, re-

tomado por Schmitt (AGAMBEN:2004) consagrando o conceito de poder soberano como ao mesmo tempo paradoxalmente acima e fora da lei, e o conceito de decisão como meio de ação política eficaz e imediata, que eventualmente descarta os ditames legais (AGAMBEN: 2004).

Tarefa por demais tormentosa é a identificação no caso concreto, pelo magistrado, da hipótese que irá legitimar o uso da força, amparada nas diretrizes legais e de justiça, sob pena de ficar configurado a coerção ilegítima, resultado da violência arbitrária odiosa ao almejado estado de direito.

2 CONDUÇÃO COERCITIVA DETERMINADA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Ponto de embate específico deste ensaio é a possibilidade jurídica de o Delegado de Polícia determinar a condução coercitiva do investigado à Delegacia a fim de que preste esclarecimentos acerca do caso objeto de apuração sob pena de configuração do crime de abuso de autoridade ante a coerção ilegítima praticada.

Primus, cabe trazer à baila recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos da ordem de Habeas Corpus de número 107644, originária do Estado de São Paulo. No referido *decisum* cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Lewandowski, embasado no artigo 144, § 4º da Constituição Federal conjugado com artigo 6º do Código de Processo Penal, foi considerada lícita a conduta da autoridade policial determinando a condução coercitiva de investigado até a Delegacia de Polícia. Vejamos.

HC 107644 / SP - SÃO PAULO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 06/09/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma
DJe-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.

IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária.

V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal.

VI – O uso de algemas foi devidamente justificado pelas circunstâncias que envolveram o caso, diante da possibilidade de o paciente atentar contra a própria integridade física ou de terceiros.

VII – Não restou constatada a confissão mediante tortura, nem a violação do art. 5º, LXII e LXIII, da Carta Magna, nem tampouco as formalidades previstas no art. 6º, V, do Código de Processo Penal.

VIII – Inexistência de cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pelo paciente e do pedido de diligências, aliás requeridas a destempo, haja vista a inércia da defesa e a consequente preclusão dos pleitos.

IX – A jurisprudência desta Corte, ademais, firmou-se no sentido de que não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que repute impertinente, desnecessária ou protelatória, sendo certo que a defesa do paciente não se desincumbiu de indicar, oportunamente, quais os elementos de provas pretendia produzir para levar à absolvição do paciente.

X – É desprovido de fundamento jurídico o argumento de que houve inversão na ordem de apresentação das alegações finais, haja vista que, diante da juntada de outros documentos pela defesa nas alegações, a magistrada processante determinou nova vista dos autos ao Ministério Público e ao assistente de acusação, não havendo, nesse ato, qualquer

irregularidade processual. Pelo contrário, o que se deu na espécie foi a estrita observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório. XI – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade in concreto do crime, bem como pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Ademais, o paciente evadiu-se do distrito da culpa após a condenação. XII – Ordem denegada.

Conforme fundamentação apresentada no julgado, incumbindo à Polícia Civil a função de polícia investigativa, lícito ao Delegado de Polícia determinar a referida condução coercitiva, não cabendo prosperar a ordem de *habeas corpus* impetrada, inexistindo constrangimento ilegal a contaminar a fase inquisitiva. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Consta ainda, na decisão do Pretório Excelso, a desnecessidade da invocação da doutrina dos poderes implícitos, ante a expressa previsão na Constituição Federal bem como o Código de Processo Penal da função de polícia investigativa à Polícia Civil e, em decorrência, o dever de apurar a autoria e materialidade de possíveis crimes, tornando-se legítima a condução coercitiva do investigado, desde que resguardadas as garantias legais e constitucionais. Registre-se o voto do Ministro Dias Toffoli, que concedeu a ordem consignando que se poderia aplicar, à situação dos autos, a teoria dos poderes implícitos.

A teoria dos poderes implícitos (*inherent powers theory/theory implied and inherent powers*) originária da Suprema Corte norte-americana, precisamente no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland e Myers v. Estados Unidos* (1819), está hoje plenamente incorporada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo recorrente sua utilização na fundamentação de julgados mormente como princípio hermenêutico.

“Regra elementar da hermenêutica constitucional de “aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido (Cf. Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emília Moraes de Araújo, Paulo Fernando Corrêa. A investigação criminal direta pelo ministério público. Boletim IBCCRIM n° 66, maio/1998, caderno de Jurisprudência Comentada, p. 251-252).

Deste modo, na linha do voto do Min. Dias Toffoli justificar-se-ia o direito de determinar condução coercitiva do acusado pelo Delegado de Polícia, como antecedente lógico condicionante de sua obrigação de investigar. “A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir à polícia a apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas à delegacia para esclarecimentos” (RHC 107515 MC / SP - SÃO PAULO).

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas:

(1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.” (CANOTILHO:1998)

Diversamente, o Min. Relator Ricardo Lewandowski, dispensa o amparo na teoria dos poderes implícitos para justificar a legitimidade da autoridade policial em determinar a condução coercitiva do investigado, identificando a inexistência de espaço para colmatar lacunas haja vista a previsão explícita no artigo 144, §4º da Constituição Federal.

Lado outro, uma interpretação garantista do sistema processual penal pátrio, considerando a limitação estabelecida no artigo 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, restringe a competência

para decretação de prisão exclusivamente à autoridade judiciária. Desta feita, entendendo a autoridade policial pela necessidade da condução coercitiva do investigado ou de qualquer outra pessoa à sua presença deverá solicitar ao magistrado (NUCCI:2012).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado que a condução coercitiva representa, mesmo que por pequeno espaço de tempo, limitação à liberdade do indivíduo e de seu direito de ir e vir, irrefutável a natureza jurídica de prisão da ordem de condução coercitiva. Assim, combinado com o supracitado inciso LXI do artigo 5º que erige na Constituição Federal a excepcionalidade da prisão, indispensável que a mesma seja precedida de ordem judicial.

“Atualmente, somente o juiz pode determinar a condução coercitiva, visto ser esta uma modalidade de prisão processual, embora de curta duração” (NUCCI:2012).

Evidencia-se que tal imposição constitucional que vincula qualquer tipo de prisão à expedição de ordem de autoridade judiciária não admite qualquer interpretação extensiva ou analógica em sentido contrário, não abarcando possibilidade de alargamento a significar mitigação do juízo de garantias ao direito de liberdade colimado na ordem constitucional e condicionante da persecução penal extrajudicial e judicial.

“Todo cerceamento à liberdade individual deve encontrar um suporte legal para ampará-lo. A Constituição Federal enumera vários dispositivos tuteladores da liberdade do cidadão e a estabelece como regra, enquanto a prisão se firma como exceção. “O processo penal brasileiro é um exemplo talvez típico dessa evolução normativa. É o bastante conferir as inúmeras disposições constitucionais em tema de processo penal, inscritas no título dos direitos e garantias fundamentais, que funcionam como verdadeiros diques de proteção aos acusados” (MACHADO:2009).

Acrescenta-se, que até mesmo diante da consagração pela Constituição Federal do princípio *nemo tenetur se detegere*, que assegura o direito ao silêncio como forma de manifestação da ampla defesa, torna-se absolutamente desprovida de embasamento legal a determinação de condução coercitiva do investigado à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos.

O ‘direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio nemo tenetur se detegere, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado’ e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menor por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não auto-incriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma (LOPES,2007)

Nesse diapasão, conclui-se seguindo o viés da teoria dos poderes implícitos, que se a Constituição Federal resguarda o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si, consequência lógica é que resguarde os meios para consolidá-la, não havendo guarida para condução coercitiva para esclarecimentos dentro de uma perspectiva garantista que somente autoriza o uso da força quando expressamente autorizada por Lei. Assim, a força, nesse sentido, não é, e nem poderia, ser a finalidade do direito. A força é apenas um meio de garantir sua efetividade e deve ser incondicionalmente autorizada, legitimada e exercida com proporcionalidade e racionalidade (SICHES:1978), sob pena de manifesto arbítrio.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN. Giorgio. O Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra: Almedina,1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito*. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. RT. São Paulo. 2012. 11ª Ed.

PINHEIRO, P.S., "Estado e Terror" in Aduino Novaes, org.Ética. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. México: editora Porrúa, 1978.

TROPPER, Michel. "Le monopole de la contrainte légitime"(Legitimité et légalité dans l'État moderne". *Lignes*, [Violence et Politique (Colloque de Cerisy, 1994)] 25, mai 1995:34-47

WEBER,Max. "Politics as vocation"["Politik als Beruf", in Max Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, Munique, 1921, publicada em 1919 por Dunker & Humboldt, Munique] in H.H. Gerth and C. Wright Mills, *From Max Weber: essays in sociology*. Nova York, Oxford University Press, 1968, cit. p. 77-79.

NOTA DE FIM

1 Mestre em Direito. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.