

CONDUÇÃO COERCITIVA: CONTROVÉRSIAS À LUZ DO GARANTISMO PENAL

Álex Levi Bersan de Rezende



RESUMO

O presente trabalho analisa a visão distorcida de parte da doutrina e da jurisprudência a respeito das teses garantistas de Luigi Ferrajoli. Examina e propõe alternativas táticas e exegéticas que demonstrem a essencialidade de procedimentos investigativos mais invasivos, que eventualmente colidam com os direitos individuais dos investigados, para a realização de uma persecução criminal plena e eficaz. Discute a utilização da condução coercitiva, sem que sua aplicabilidade represente uma afronta aos adágios que devem guiar uma Polícia que respeite os direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição da República Brasileira, bem como a principiologia do garantismo penal, em suas facetas negativa e positiva.

PALAVAS-CHAVE: Garantismo. Procedimentos investigativos. Persecução criminal eficaz. Direitos e garantias fundamentais. Condução coercitiva.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo propõe realizar uma apreciação crítica sobre a interpretação dos postulados garantistas de Luigi Ferrajouli no Brasil, notadamente da aparente antinomia entre o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição da proteção deficiente, e a partir desta discussão avaliar o procedimento da condução coercitiva como ferramenta da instrução inquisitorial.

Será verificada a legalidade e a constitucionalidade das múltiplas aplicações do instituto da condução coercitiva a partir das teses alicerçadas no garantismo, bem como analisadas alternativas metodológicas para que



tais processos possam ser utilizados na instrução de inquéritos e passem ilesos pelo crivo da impugnação, notadamente, em Tribunais Superiores.

Registra-se que este trabalho tem como premissa a circunstância da investigação policial não se confundir com uma investigação acusatória, pois a autoridade policial, gestora do inquérito, não é e não será parte em eventual ação penal. Seu compromisso é com a verdade dos fatos, não com a responsabilização penal, manifestada, na sua escala de atribuição, pelo indiciamento, que só deverá ocorrer se após a análise dos fatos que permeiam a infração penal restar apurado que existem, ao menos, indícios da materialidade e da autoria.

Neste sentido, é preciso desconstruir a crença de que o delegado de Polícia trabalha em prol do Ministério Público, enquanto parte da ação penal, e pela condenação do investigado. Ora, a investigação pública, como seu nome sugere, pauta-se pelo interesse público de realização da Justiça, e deve elucidar os fatos constantes da notícia crime, apurando todas as circunstâncias relativas à ocorrência do delito, inclusive as favoráveis ao imputado.

É carente de sentido uma investigação permeada de ilicitudes, pois, ao final, mesmo comprovada a materialidade e demonstrada a autoria, pode não atingir, neste caso, sua finalidade: a responsabilização criminal do autor da infração. O inquérito policial não é um fim em si mesmo, e essa noção de conjunto, de que os eventuais desrespeitos à Constituição podem inutilizar toda a prova produzida durante meses, talvez anos, é fundamental para um inquérito policial eficaz.

Não só é inaceitável, num Estado democrático, o desrespeito às garantias básicas do investigado, como também, igualmente, um garantismo exacerbado que sirva de escudo para o cometimento de delitos ou que gere a certeza da impunidade.

Com este trabalho, espera-se alcançar respostas ou, ao menos, fornecer parte das mesmas, à luz dos critérios do garantismo positi-

vo e negativo, contrabalanceando-os, de modo a contribuir para um procedimento penal que, a um só tempo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias à concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao imputado todos os mecanismos essenciais à defesa de sua liberdade.

2. O GARANTISMO NO BRASIL

A Carta Magna promulgada em 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica, redemocratizando a nação, apresentando ao país inúmeros direitos e garantias, após anos de ditadura militar. A partir daí, a República Federativa do Brasil firma-se como um Estado democrático de direito.

As bases da República, nesse novo panorama, como preceitua o artigo 1º da Constituição, são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. De todos, o que nos interessa diretamente é a dignidade da pessoa humana, norte interpretativo e orientador de todas as ações da Justiça e da Administração Pública.

Sucede que, como consequência natural dos governos totalitários em que os direitos humanos são desprezados na prática, com a nova ordem constitucional e o estabelecimento do Estado democrático de direito, surgiu no Brasil um movimento que prestigia a proteção acentuada dos direitos individuais daqueles a quem o Estado atribui a prática de algum crime.

O garantismo idealizado por Ferrajouli é um sistema ideal ou protótipo teórico, pois não foi baseado em nenhum ordenamento jurídico preexistente, e toma por base o princípio da proibição de excessos, defendendo a limitação da atuação estatal frente à liberdade individual.

Ocorre que, em um momento posterior, após ter se despertado para a necessidade de imposição de limitações ao poder estatal, também surgiu a percepção de que essa limitação não pode chegar a níveis tais que levem o Estado à inércia, uma vez que sua própria razão de ser é o exercício do poder que lhe é inerente, que deve ser utilizado, para, dentre outros aspectos, dar proteção à sua população.

Nesse contexto, surgiu a ideia de dever de proteção e de proibição de proteção deficiente (insuficiente), ou seja, se o Estado tem o dever de proteção em determinada área, e ignora essa obrigação, ocorre a proteção insuficiente, que também deve ser vedada em decorrência do princípio da proporcionalidade.

Desse modo, tem-se a impressão inicial de que os princípios da proibição de excessos e da proibição da proteção deficiente (insuficiente) se chocam, visto que correspondem a polos diferentes do garantismo, posto que se fala em garantismo negativo quando se trata de imposição de restrições à atuação estatal, e de garantismo positivo quando se trata de exigências prestacionais do Estado (de proporcionar segurança ao povo, por exemplo).

Esse choque, contudo, inexistente; mormente se o garantismo for adequadamente aplicado, considerando a amplitude de princípios e de garantias incorporados formalmente a ordem jurídica brasileira com o advento da Constituição de 1988.

Desde a redemocratização, verifica-se a propagação das ideias garantistas, quase que exclusivamente com o viés negativo da doutrina de Ferrajoli. Utiliza-se como justificativa o combate aos excessos perpetrados pelo Estado contra os cidadãos, para exaltar os exageros defensivos.

Adotada apenas esta faceta do garantismo, o choque entre direitos da coletividade e direitos dos indivíduos é inevitável, notadamente, quando se percebe que a adoção da doutrina garantista está sendo distorcida no Brasil, levando a uma proteção estatal insuficien-

te no tocante à repressão da criminalidade, principalmente daquela com certo nível de organização.

Ora, a Constituição de um país não deve ser vista de um modo unilateral, preocupada exclusivamente com a defesa do indivíduo, mas também com a defesa dos direitos fundamentais de toda uma sociedade.

O excesso de garantismo é tão pernicioso quanto a sua exclusão. Ao exacerbar as garantias do suspeito/indiciado/réu/condenado, acaba-se por aniquilar as garantias dos cidadãos, da sociedade que sofreu com a prática do crime e espera, legitimamente, viver em segurança.

Pior quando se constata que, no Brasil, tanto doutrina quanto jurisprudência distanciaram-se da expressão primeira do garantismo concebido por Ferrajoli, que é fornecer aos indivíduos socialmente vulneráveis instrumentos de controle dos arbítrios do Estado. No contexto brasileiro, a busca da defesa, muitas vezes exacerbada e distorcida do garantismo penal, ao lado da exaltação desmedida do princípio da proibição do excesso, sob a alegação de melhor proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, acabam por enfraquecer os direitos fundamentais da própria sociedade, agora no âmbito da proteção dos direitos do cidadão - não o investigado/condenado - por parte do Estado, ignorando o outro fundamento do garantismo: qual seja, a proibição da proteção deficiente.

Como reflexo, percebe-se que em nosso país a imposição de limites ao poder estatal gerado pelo “garantismo à brasileira” está chegando a um patamar desarrazoado, que acaba levando o Estado a uma abstenção elevada do seu poder. Consequentemente, essa abstenção demasiada do poder estatal tem um efeito colateral perigoso: o enfraquecimento do poder do Estado na garantia da segurança pública.

Tendo como norte a face negativa do pensamento de Ferrajoli, constata-se que a utilização do garantismo sem as devidas adequações à realidade da sociedade brasileira, ou seja, sem a implementação de

uma ampla política social que garanta, por exemplo, o mesmo direito de defesa a todos, acarretou, na prática, o enfraquecimento do poder do Estado, não em favor de classe social menos favorecida, que seria o esperado em virtude das dificuldades inerentes em se defender dos abusos estatais, mas, sim, da classe política e da classe social abastada, como regra, possuem acesso irrestrito às ferramentas jurídicas inerentes à ampla defesa, construindo uma das grandes incoerências do Brasil.

Além dos direitos individuais, a Constituição elenca diversos direitos coletivos fundamentais, na medida em que consagra um sistema de proteção não apenas do indivíduo face ao Estado, mas da sociedade contra atos dos seus próprios integrantes.

Sob o signo de um novo paradigma constitucional, consagrado sob os auspícios da proporcionalidade, em que a principiologia liberal deve se coadunar com os preceitos de matiz social, o aclamado Estado democrático de direito, assim como teria legitimidade para conter o poder incriminador, autorizando-o, apenas, à tutela de objetos legítimos, teria também legitimidade para impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela.

Trata-se de uma questão que envolve um novo olhar sobre o direito. Rompem-se paradigmas. Afinal, ao legado do liberalismo (proteção do indivíduo contra o Estado), agora se agregam as demandas de um constitucionalismo que passa a se importar com a sociedade. Dessa forma, se no liberalismo a preocupação é o indivíduo, e no Estado social é o grupo, no Estado democrático de direito é o conjunto dos cidadãos envolvidos na transformação social, que implica até mesmo, no limite, considerar inconstitucional e ilegal determinadas omissões do legislador, bem como as inações dos demais prepostos estatais.

Ora, pode-se afirmar que a ideologia liberal relegou a proteção positiva dos direitos fundamentais através do direito penal. Parcela considerável dos penalistas brasileiros deixou de lado a relevante circunstância de que o Estado pode ser protetor dos direitos fundamentais. Esqueceram-se

que o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado social e preservador do interesse social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

O Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais atuando de modo deficiente/insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos consagrados na Constituição.

A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Esclarecendo o tema, embasando-se na principiologia constitucional, notadamente a proporcionalidade, ensina o professor Lenio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre os fins e os meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esse duplo viés do Princípio da Proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (STRECK, 1995, p. 180).

Neste cenário, emerge o princípio da proibição da proteção deficiente na seara penal, pois, se de um lado, existem reivindicações prementes de que a restrição das liberdades seja cada vez mais orientada por estruturas humanitárias, há também a cobrança de que não seja considerado, sob o argumento de proibição de excessos, “excesso” toda atitude que visa debelar a criminalidade, correndo o risco do garantismo negativo, simplesmente, anular o *ius puniendi* estatal.

Na consagração desta máxima, preciso o raciocínio de Gecivaldo Vasconcelos Ferreira:

Daí a importância do aspecto positivo do garantismo, pois ele também irá pesar na definição de 'excesso', que circunscreve o âmbito de incidência do garantismo negativo; ou seja, se vislumbrarmos os manejos de mecanismos penais e processuais penais unicamente pelo ângulo do excesso, corre-se o risco de se considerar excessiva qualquer restrição ao status libertatis do indivíduo, porém quando se nota a presença de normas constitucionais impondo um dever de proteção a ser materializado pela incriminação de condutas e consequente persecução penal no sentido de responsabilizar quem violar determinados bens jurídicos, observa-se que o 'excesso' está presente apenas quando o Estado transgredir as disposições constitucionais, consideradas em dois planos: negativo (imposições de 'não fazer') e positivo (imposições de 'fazer'). Dito de outro modo: se é restringida a liberdade com obediência aos preceitos constitucionais, não há excesso; sendo por tal razão imprescindível para definir o alcance do garantismo negativo a delimitação dos deveres de proteção do Estado e as formas legítimas de exercício destes. (FERREIRA, 2009).

Assim, urge fomentar debates para que não se avance o fenômeno da desfiguração do garantismo no Brasil, pois, não obstante a grande parte dos juristas ser bem intencionada quando defende os ideais de Ferrajoli, suas teses revolucionárias, contudo, em grande parte das vezes, servem para fomentar inovações que no cotidiano são depuradas no sentido de ter aplicação exclusivamente liberal.

Ora, blindar pessoas ou grupos sociais da atuação repressiva do Estado não é um dos objetivos do garantismo, assim como não o é eliminar a força de atuação do direito penal, pois, se isso ocorrer, restará patente a inviabilidade de o Estado cumprir uma de suas principais funções: dar segurança aos particulares. Dessa inviabilidade poderia advir uma situação de retorno à vingança privada, posto que, se o Estado não consegue dar proteção nem repelir as injustas agressões, crescerá na sociedade civil a sensação de que cada um tem de autotutelar seus direitos, inclusive no âmbito repressivo.

2.1. Garantismo positivo como expressão da eficiência e oposição ao eficientismo penal

Para o processo penal há, primordialmente, dois direitos fundamentais do indivíduo, o direito à liberdade e o direito à segurança. Corolário lógico desta premissa é garantir ao sujeito que o Estado trabalhe positivamente visando constituir órgãos e desenvolver instrumentos que, concomitantemente, lhes garantam segurança e lhe proporcionem liberdade.

É o que acentua Antônio Scarance Fernandes quando ressalta que, para haver justiça no procedimento criminal instituído, o mesmo deve harmonizar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade do indivíduo. Vejamos seu magistério:

(...) o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De maneira resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno. (FERNANDES, 2008, p. 10).

Da análise da lição transcrita, verifica-se que parte da doutrina não distingue o garantismo em negativo e positivo, dependendo de sua dimensão - quando impõe restrições à atuação estatal, ou quando exige prestações do Estado -; ao contrário, enxerga os ensinamentos de Ferrajoli como uma manifestação unívoca, notadamente, como expressão das garantias e dos direitos individuais do investigado/acusado.

Verifica-se que esta parcela de juristas nomeia a proibição de proteção deficiente de eficiência, numa clara relação com o princípio disposto no artigo 37, caput¹, da Constituição Federal em vigor.

¹ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)"(Constituição Federal, 1988)

Ratificando este entendimento, escreve André Augusto Mendes Machado, *in verbis*:

(...) os doutrinadores do processo penal começaram a trabalhar com as noções de eficiência e garantismo, com o intuito de alcançar um processo equilibrado, que, a um só tempo, satisfizesse os anseios sociais por segurança (reprimindo a conduta comprovadamente criminosa) e o direito individual à liberdade (garantindo ao acusado meios para se defender e afastar imputações injustas). A conciliação de eficiência e garantismo, no processo penal, é fundamental para que se evite tanto o uso cego do poder (eficácia exacerbada do sistema) como a queda em inócuo ritualismo sem qualquer punição justa (uso exacerbado do garantismo). (MACHADO, 2010, p. 170).

Interpretam o garantismo como expressão do devido processo legal, sob a ótica subjetiva e objetiva, como garantia das partes, essencialmente do acusado, e como garantia do justo processo, guardando uma estreita relação com a preservação da liberdade. Com estes contornos, trata-se de dimensão análoga à exposição do garantismo negativo disposto neste artigo.

Cabe registrar, também, que o garantismo positivo não se confunde com o efficientismo penal, política criminal identificada por prestigiar teses antagônicas às defendidas pela doutrina de Ferrajoli. Abaixo, João Ricardo Dornelles nos apresenta uma didática definição do efficientismo penal, ao mesmo tempo em que distancia qualquer pretensão em aproximar seus axiomas da face positiva do garantismo, vejamos:

O Eficientismo penal é uma nova forma do direito penal de emergência que se expressa através de políticas criminais repressivas e criminalizam os conflitos sociais com fundamento nos discursos da 'lei e ordem'. É uma forma de fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, uma anormalidade do direito penal que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contrainsurgente. (...) O Eficientismo, através de sua 'política de resultados', trata de diminuir as garantias jurídicas, fazendo retornar a formas de controle pré-modernas. (DORNELLES, 2003, p. 46 e 49).

Ora, o garantismo positivo, assim como a face negativa da doutrina de Ferrajoli, também advoga a tese do direito penal como ultima ratio, pois acredita que o Estado só deve provocar seu sistema de justiça criminal nos casos de violações de direitos mais graves do ponto de vista constitucional (e não penal), tutelando apenas interesses considerados

essenciais, tais como a economia, a saúde, o meio ambiente e a vida, distanciando-se, dessa forma, de programas como o "tolerância zero"², uma das bandeiras do eficientismo penal.

Todavia, considerado que o bem constitucionalmente tutelado, segundo os adágios que informam os princípios da fragmentariedade, intervenção mínima, lesividade, proporcionalidade e insignificância, foi, de fato, lesionado, é necessário garantir que os gestores da persecução penal, respeitando os direitos e garantias individuais, tenham ferramentas e instrumentos aptos à elucidação dos fatos, reconhecendo a importância dos direitos e garantias coletivos.

3. MÉTODOS INVESTIGATIVOS NA GÊNESE DE PROVAS LÍCITAS

A persecução penal é a designação da atividade estatal de investigação e processo, na seara criminal, visando apurar a ocorrência de infração penal e sua autoria.

Tem início, regra geral, pela instauração do inquérito policial, sob a presidência de delegado de Polícia, com o fito de colher provas suficientes a demonstrar a materialidade e a autoria do delito, inocentando ou acusando o investigado, para, na sequência, respectivamente, ocorrer o arquivamento da investigação ou dar origem ao processo criminal, iniciado em virtude do recebimento de denúncia ou queixa. Colhidas as provas, chega-se a decisão de mérito, absolvendo-se ou condenando-se o réu.

Dessa forma, tem-se como pontos essenciais, tanto à investigação quanto à instrução processual, as provas da existência do delito e de quem foi o seu autor. O objeto da prova é o fato, e sua finalidade é

² "O argumento central da Tolerância Zero é proveniente da Teoria das Janelas Quebradas - '(...) se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas assumirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar janelas'. Trata-se da mesma ideia básica presente no senso comum sobre o consumo de drogas: crimes pequenos ou drogas leves, de sujeitos individuais predispostos, levam ao cometimento de crimes graves e ao uso de drogas pesadas." (ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. *Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança pública urbana*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

garantir o convencimento do juiz. Por este motivo, primeiro a Polícia, de forma imparcial, e depois as partes valem-se dos meios de prova para perseguir seu intento, demonstrando, acusação e defesa, fatos relacionados à culpa e à inocência do acusado.

Dentre os vários princípios norteadores do processo penal brasileiro, encontra-se o constitucional referente à vedação da obtenção de provas ilícitas. Enxerga-se, então, uma atividade probatória limitada pela fronteira da licitude.

Discorrendo sobre o assunto, preciso é o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

A partir da reforma trazida pela Lei nº 11.690 passou-se a prever, explicitamente, no Código de Processo Penal, serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, além de se fixar o entendimento de que também não merecem aceitação as provas derivadas das ilícitas, como regra. (...) Parece-nos que, agora, todas as normas devam ser interpretadas em consonância com o texto constitucional, valendo-se, também, o operador do Direito da analogia e da aplicação dos princípios gerais do direito (cf. art. 3.º do CPP). (NUCCI, 2013, p. 45).

A discussão da legalidade e da constitucionalidade da prova ganha maior relevo quando não é pacífico se a maneira como a mesma foi produzida e integrada à investigação ou a ação penal é lícita e constitucional, pois estão sujeitas a interpretações inconclusivas no momento de sua geração, notadamente em virtude da ausência de legislação sobre o tema ou da existência de norma fluída, o que causa tumulto, desconfiança e descrédito no sistema de persecução penal.

Registra-se que neste trabalho é utilizado o entendimento dilatado da palavra ilícito, referindo-se a prova ilegal e a ilegítima. Desse modo, apresentam-se duas óticas, abrangendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é vedada por lei) ou ilegal; e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no procedimento criminal é proibida por lei) ou ilegítima.

Certo é que, com o crescimento dos trabalhos investigativos na seara de crimes financeiros, tributários e de desvio de recursos públicos,

entre tantos outros de atribuição das Polícias judiciárias, houve o proporcional aumento na persecução criminal de entes privados e agentes públicos de notoriedade no cenário nacional.

Acompanhando este viés da responsabilização penal, tem-se observado o exponencial acréscimo da contestação das formas e dos meios empregados por investigadores para formar uma convicção quanto à materialidade e à autoria dos delitos, notadamente, daqueles conhecidos como crimes de colarinho branco³.

Teses e doutrinas que se alicerçam sobre a faceta negativa do garantismo penal de Luigi Ferrajoli ganharam força entre doutrinadores nacionais e passaram a ser encaradas por muitos juristas como a única vertente do garantismo, influenciando a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, que passou a impugnar uma série de provas e a anular inúmeras investigações, concebidas a partir de procedimentos de investigação empregados para acompanhar a evolução da perpetração do delito.

Claro que a segurança pública não deve ser realizada independentemente de todos e desconsiderando tudo que evoluímos e que hoje avaliza a preservação dos direitos e garantias individuais, mas perseguida através de políticas e métodos investigativos consentâneos com o Estado democrático de direito. Sobre esta importante temática, se manifesta Luiz Roberto Ungaretti de Godoy:

A criminalidade e a grande violência ocupam atualmente o centro da preocupação da sociedade. Antes, o crime era uma preocupação limitada aos agentes do Estado. Hoje, a segurança pública tornou-se um dos principais pontos de debate,

³ "O termo 'crime do colarinho branco' (White-Collar Crime), surgiu em 1939 durante um discurso dado por Edwin Sutherland a American Sociological Association. (...) crimes esses que podem ser mais facilmente perpetrados por funcionários ou empresários engravatados, que usam colarinho branco. (...) Embora haja algum debate a respeito de o que qualifica um crime do colarinho branco, o termo abrange geralmente os crimes sem violência cometidos em situações comerciais para ganho financeiro. Muitos destes crimes são de difícil percepção, pois são preparados por criminosos sofisticados, que usam de todos os artifícios possíveis para tentarem esconder suas atividades com uma série de transações complexas. Hodiernamente existe a impressão de impunidade do infrator frente ao sistema penal, que parece selecionar as pessoas e não as ações. (...)" (VELLOSO, Renato Ribeiro. Colarinho Branco. Disponível em: [http://ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=17&data\[id_materia\]=171](http://ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=17&data[id_materia]=171). Acesso em: 29/01/2014).

inclusive no meio social. (...) Os especialistas da área de segurança pública, clamavam por novas medidas penais e investigatórias, de modo a tentar equilibrar as 'armas', em relação às ações praticadas por esses grupos criminosos. Contudo, jamais deveremos deixar de observar os princípios do Estado Democrático de Direito, uma vez que a política de repressão deve respeitar as regras do Estado de Direito. (GODOY, 2011, p. 62-64).

Perante o aumento da criminalidade organizada e da escassez de meios de aquisição de prova, imperiosa a adoção de técnicas tão avançadas quanto os instrumentos empregados pelas organizações criminosas - e até para atingir a eficiência aspirada de um Estado atuante -, buscando um enfrentamento paritário. Entretanto, estes novos e possíveis meios de obtenção de prova necessitam se ajustar à estrita observância das regras e procedimentos legais, de acordo com o devido processo legal.

Nesse sentido, precisa a lição de Luiz Rascovski:

Em face da constatação de que os métodos convencionais de investigação são insatisfatórios para combater o crime organizado⁴, torna-se absolutamente necessária a busca e a estruturação de novas técnicas investigatórias, adequadas à realidade e aptas a surtirem efeitos no nível da persecução criminal marcada pela busca do alto grau de eficiência e pela manutenção das garantias e dos direitos fundamentais daquelas pessoas submetidas ao processo penal. (RASCOVSKI, 2011).

Quando a busca pela prova se coaduna com a principiologia constitucional, ainda que minimize a incidência de alguns direitos individuais, respeitando a proporcionalidade em sua tríplice dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade strictu sensu), não há que se falar na inconstitucionalidade e na ilegalidade dos métodos empregados para se alcançar a verdade almejada na persecução criminal. Como consequência desta observância, tende a ocorrer a ambicionada diminuição das

⁴ Continua o doutrinador em exemplificativa nota de rodapé: "Além da complexidade e da variedade dos atos que compõem a criminalidade organizada, seus autores também se dedicam a impedir a obtenção da prova. Essa 'cultura da supressão da prova', relata Elvio Fassoni (1993, p. 229-230, apud RASCOVSKI, 2011), pode ser notada nas atitudes dos criminosos contemporâneos: a arma disparada para matar alguém é destruída, para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os suspeitos procuram alibis convincentes e agem por meio de terceiros; os telefonemas dos sequestradores não duram muito tempo para não permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimidadas ou oprimidas; no interior do grupo criminoso as informações são rigorosamente restritas, para evitar os danos decorrentes de impossível dissociado no futuro."

impugnações de trabalhos investigativos, e nem mesmo as teses jurídicas forjadas, rotineira e exclusivamente, na face negativa do garantismo penal, terão chances de prosperar entre os tribunais do País.

4. CONDUÇÃO COERCITIVA

No atual cenário em que os trabalhos policiais são produzidos, sujeitos a decisões e posicionamentos jurisprudenciais nem sempre preocupados com a eficiência da investigação, que é desprestigiada por entendimentos afinados, principalmente, com a face negativa do garantismo penal, mais restritivos quanto ao emprego de medidas constrictivas de direito, faz-se necessária à autoridade policial a utilização de todos os instrumentos legalmente previstos, a fim de alcançar seus objetivos na persecução criminal, sem que ocorra o desrespeito às garantias e direitos individuais do investigado.

O presente artigo reconhece as dinâmicas que envolvem o trabalho investigativo e considera a complexidade de inúmeras variáveis que afetam o labor policial e fazem do princípio da oportunidade um adágio de inúmeras interpretações, por isso deseja oferecer ferramentas para se alcançar a verdade real, bem como opções investigativas, táticas e operacionais, sem a aspiração de proporcionar uma resposta definitiva e assertiva em todas as situações que a ordem do trabalho policial pode demonstrar, mas que eventualmente auxilie na conclusão de uma investigação mais eficaz.

Neste contexto, é apresentada a condução coercitiva como instrumento disponível à autoridade policial para utilização no curso do inquérito policial, consistindo em um meio conferido ao delegado de Polícia para fazer comparecer à sua presença aquele que injustificadamente desatendeu a intimação, e cujo depoimento é essencial para o curso da persecução penal. A condução coercitiva também é apresentada como maneira célere de colher declarações no interesse do inquérito durante a deflagração de operações policiais, tentando evitar a arquitetura de ver-

sões fantasiosas e a criação de álibis fictícios entre os suspeitos/indiciados e seus defensores, que tanta opacidade trazem à investigação.

Figura a condução coercitiva entre as formas de restrição à liberdade de locomoção previstas no arcabouço jurídico pátrio. Entretanto, realizando a análise das disposições legais relativas ao instituto, constata-se que, se de um lado sua regulamentação durante a ação penal mostra-se minimamente exaustiva, por outro acaba por confundir o intérprete quando da sua aplicação no âmbito do inquérito policial, fato que tem acarretado consideráveis controvérsias acerca da sua admissibilidade no trâmite do referido procedimento.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 107644/SP, em julgamento relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski, teceu considerações sobre a aplicabilidade da condução coercitiva no curso do inquérito policial, e assim enfrentou o tema:

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. (...) (STF, HC 107644/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06.09.2011, publicado em 18.10.2011).⁵

⁵ A 1ª Turma denegou, por maioria, habeas corpus impetrado em favor de paciente que fora conduzido à presença de autoridade policial, para ser inquirido sobre fato criminoso, sem ordem judicial escrita ou situação de flagrância, e mantido custodiado em dependência policial até a decretação de sua prisão temporária por autoridade competente. A impetração argumentava que houvera constrangimento ilegal na fase inquisitiva, bem como nulidades no curso da ação penal. Em consequência, requeria o trancamento desta. Verificou-se, da leitura dos autos, que a esposa de vítima de latrocínio marcara encontro com o paciente, o qual estaria na posse de cheque que desaparecera do escritório da vítima no dia do crime. A viúva, então, solicitara a presença de policial para acompanhar a conversa e, dessa

De acordo com este posicionamento, estaria o delegado de Polícia autorizado a realizar e/ou determinar a condução coercitiva. Entretanto, apesar de paradigmática, a jurisprudência ora transcrita não analisou o tema de forma aprofundada, manifestando-se favoravelmente à sua implementação pela autoridade policial de maneira genérica, sem especificar, com os pormenores esperados, os fundamentos e as disposições legais que embasam esta medida, quando empregadas no curso do inquérito.

Analisando atentamente o Código de Processo Penal, em especial os artigos 201, 218, 260, 278, 411, 461 e 535 verifica-se que a condução coercitiva foi regulamentada expressa e genericamente em relação ao ofendido, as testemunhas, aos acusados, e aos peritos, além de outras três circunstâncias de aplicação específica, duas que autorizariam a sua utilização em processos afetos ao tribunal do júri, e uma outra para os processos que sigam o rito sumário, de acordo com o arranjo topográfico do *codex*⁶.

forma, eventualmente, chegar-se à autoria do crime investigado. Ante as divergências entre as versões apresentadas por aquela e pelo paciente, durante o diálogo, todos foram conduzidos à delegacia para prestar esclarecimentos. Neste momento, fora confessado o delito. (...) Disponível em <<http://blogdodelegado.wordpress.com/2011/09/22/informativo-stf-n-639-conducao-coercitiva-de-pessoa-a-delegacia/>>. Acesso em 4 de fevereiro de 2014.

- 6 LIVRO I - DO PROCESSO EM GERAL (...) TÍTULO VII - DA PROVA (...) CAPÍTULO V - DO OFENDIDO Art. 201. *Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (...) CAPÍTULO VI - DAS TESTEMUNHAS Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública. (...) TÍTULO VIII - DO JUIZ, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO ACUSADO, DO DEFENSOR, DOS ASSISTENTES E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA (...) CAPÍTULO III - DO ACUSADO E SEU DEFENSOR Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável. (...) CAPÍTULO VI - DOS PERITOS E INTÉRPRETES Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução. (...) LIVRO II - DOS PROCESSOS EM ESPÉCIE TÍTULO I - DO PROCESSO COMUM (...) CAPÍTULO II - DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI Seção I - Da Acusação e da Instrução Preliminar Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. (...) § 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. (...) Seção X - Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri Art. 461. O julgamento não será adiado se a testemunha*

Quanto à previsão da condução coercitiva disposta nas três últimas normas, quais sejam: artigos 411, 461 e 535 do Estatuto Processual Penal, por óbvio, não há considerações a serem realizadas, visto que se tratam de hipóteses claras de utilização após a instauração da ação penal, ou seja, de manejo apenas pelo juiz.

Da análise das normas dispostas nos artigos 201 e 278, resta patente que não há dúvidas que poderá a autoridade, tanto a policial como a judicial, inexistindo justa causa, e tendo como premissa o prévio chamamento formal, determinar a condução, respectivamente, do ofendido e do perito, à sua presença para colher informações no curso do inquérito ou da ação penal.

Registro que o legislador utilizou o termo “autoridade” no Código de Processo Penal de maneira que, quando pretendeu individualizar a autoridade em policial ou judiciária, utilizou-se não do gênero "autoridade", mas sim de designações específicas como "autoridade policial" ou "autoridade judiciária", excetuando esta regra nas circunstâncias em que a palavra "autoridade" encontra-se redigida num contexto que, por óbvio, exclui sua condição genérica, individualizando-a em policial ou judiciária em virtude da atribuição que descreve, exclusiva de uma ou outra carreira, como nas normas dos artigos 14⁷ e 260⁸ do Estatuto Processual Penal.

Quanto à norma do artigo 218, não há dúvidas que se trata de hipótese de utilização da condução coercitiva apenas pelo juiz, pois a redação é clara neste sentido, havendo referência expressa do único sujeito da atribuição que enuncia.

deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização. § 1o Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução. (...) CAPÍTULO V - DO PROCESSO SUMÁRIO Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

⁷ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (Código de Processo Penal)

⁸ 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. (Código de Processo Penal)

Entretanto, o item 50 da Instrução Normativa nº 11/2001-DG/DPF de 27/06/2001, da Polícia Federal, uma das normas internas que regulam as atividades de seus servidores, bem como a doutrina da Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado - DICOR/DPF - através do Manual de Planejamento Operacional de 2013, entende que o artigo 218 do Código de Processo Penal permite à autoridade policial valer-se da condução coercitiva de testemunhas recalcitrantes, que foram devidamente intimadas para prestar esclarecimentos no curso do inquérito. Vejamos:

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.” (DPF, 2013, p. 39).

Com a devida vênia, ainda que a busca pela eficiência seja almejada na tramitação de uma investigação policial, e o exegeta tenha como norte interpretativo a principiologia que informa o garantismo positivo, carece de fundamento legal o posicionamento institucional da Polícia Federal, merecendo ser revisto para evitar que investigações pautadas nesta orientação sejam fragilizadas e facilmente impugnadas pelo Judiciário.

Quanto ao artigo 260, apesar de se valer do termo "autoridade", como explicitado alhures, da leitura da atribuição que discorre não restam suspeitas de que o destinatário da prerrogativa é o juiz, visto que formalmente o acusado, o sujeito que poderá ser conduzido coercitivamente, só existe após instaurada a ação penal.

De maneira implícita, a condução coercitiva no curso do inquérito também foi autorizada segundo a inteligência do artigo 156, I do Estatuto Processual Penal, a seguir reproduzido:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Da análise da norma, e considerando que a oitiva da testemunha que desconsiderou o chamado policial seja indispensável ao esclarecimento dos acontecimentos sob investigação, Aldo Ribeiro Britto assevera que poderá o magistrado, em caráter excepcional, determinar a sua condução coercitiva para oitiva na seara policial.

Todavia, não obstante o dispositivo suso transcrito dispor apenas sobre a possibilidade de o juiz determinar de ofício tal medida, nada obsta que a mesma seja deferida pela autoridade judicial em virtude de representação da autoridade policial ou de requerimento do Parquet, também observada a inteligência da norma prevista no artigo 282, §2º do Código de Processo Penal⁹, entendendo este procedimento como uma cautelar.

Importante ressaltar que, ao contrário do que apregoa Aldo Ribeiro Britto, para o presente estudo, esta hipótese de utilização da condução coercitiva, baseada na interpretação sistêmica das normas previstas nos artigos 156, I e 282, §2º, ambos do CPP, independerá de prévio chamado formal da autoridade policial, podendo ser utilizada para testemunhas, investigados/indiciados, vítimas ou peritos, visto que as normas em referência não discriminam ou reduzem os sujeitos passivos de sua incidência. Caberá ao magistrado expor as circunstâncias que demonstram a necessidade, a adequação e a proporcionalidade desta medida.

Além das hipóteses de utilização da condução coercitiva analisadas até o momento, cabe discorrer, ainda, sobre o emprego deste instituto durante a deflagração de operações policiais, estratégia bastante utilizada pela Polícia Federal nos últimos anos.

⁹ 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. (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Código de Processo Penal)*

Em inúmeras hipóteses, a condução coercitiva tem sido usada quando não houver cabimento a prisão preventiva - regulamentada a partir do artigo 311 do Estatuto Processual Penal -, e for desnecessária a prisão temporária - disposta na Lei nº 7.960/1989 -, sendo, contudo, imprescindíveis à investigação as inquirições ou reinquirições dos investigados, suspeitos ou indiciados, no dia da deflagração da operação policial, notadamente, para evitar depoimentos combinados, com a criação de versões fantasiosas e de álibis fictícios, além de permitir as acareações pertinentes nas hipóteses de declarações contraditórias.

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.

Neste caso, necessariamente, a condução coercitiva desejada pela autoridade policial dependerá de prévia manifestação judicial, visto que não há previsão legal expressa de seu cabimento.

Como disposto, esta medida não está prevista no rol das cautelares diversas, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal¹⁰, com redação trazida pela Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, circunstância

¹⁰ 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 inimputável ou semi-imputável 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. § 1º (Revogado). § 2º (Revogado). § 3º (Revogado). § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Código de Processo Penal)

que motiva seus detratores a defender sua ilegalidade, por se tratar de medida que, de certa forma, restringe o direito ambulatorial do investigado. Argumentam que, se fosse desejo do legislador ordinário prever a condução coercitiva, como hipótese de restrição ambulatorial, teria, de maneira expressa, previsto a possibilidade de seu emprego na norma em referência, notadamente por existir alteração recente no compêndio processual penal acerca das cautelares diversas da prisão.

Todavia, este argumento não se sustenta, pois apesar das controvérsias sobre o cabimento da condução coercitiva, com este desiderato e no curso do inquérito policial, quando aceita, esta medida tem como fundamento o poder geral de cautela conferido ao Poder Judiciário, com fulcro no art. 798¹¹ do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal em virtude da norma do art. 3º do Código de Processo Penal¹², traduzindo-se em uma cautelar substitutiva às prisões processuais, com plena eficácia, cuja utilização não contraria nenhuma norma ou preceito de matiz constitucional.

Cabe ressaltar que o investigado não é obrigado a produzir prova contra si, mas somente a prestar informações sobre sua qualificação à autoridade policial, conforme apregoa o art. 186 do Código de Processo Penal¹³.

Por se tratar de medida cuja utilização ainda está cercada por polêmicas, notadamente por sua incidência depender de uma interpretação sistêmica da legislação pátria, e o exegeta ter de entender o garantismo em seu conceito pleno, nos locais em que o entendimento judicial não admite como figura jurídica cabível o mandado de condução coercitiva, nem como instrumento disponível à investigação no momento da deflagração de operação policial, ressaltando os requisitos legais, bem

11 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. (Código de Processo Civil)

12 Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (Código de Processo Penal)

13 Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Código de Processo Penal)

como os critérios de necessidade, oportunidade e conveniência, é possível observar delegados de Polícia representarem pela prisão temporária por tempo determinado, menor que o prazo legal de cinco dias, como alternativa juridicamente viável as inquirições ou reinquirições dos investigados no dia da deflagração da operação policial.

Sobre a utilização da prisão temporária no dia da deflagração da operação policial, veja a orientação contida no Manual de Planejamento Operacional da Polícia Federal, *in verbis*:

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).

Na inadequação ou indeferimento da condução coercitiva para oitiva no dia da deflagração da operação policial e da prisão temporária por tempo determinado - menor que o prazo legal -, fica como sugestão a intimação dos investigados no dia da deflagração da operação, mas para comparecimento no dia seguinte, em prazo que não seja inferior a 24 horas, por força da disposição prevista no art. 192 do Código de Processo Civil¹⁴, aplicável ao Processo Penal, com base no que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal. Durante o planejamento operacional, é perfeitamente cabível a previsão de uma equipe de intimação pessoal para atuar no dia da deflagração, para intimar investigados nesta mesma data, a fim de evitar vazamentos em casos de oitiva em período anterior ou de possibilitar maiores prazos que facilitem a criação de versões e de álibis fictícios.

¹⁴Art. 192. Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 (vinte e quatro) horas. (Código de Processo Civil)

Neste caso, para o investigado, em virtude da controvérsia que permeia a possibilidade ou impossibilidade do deferimento da condução coercitiva como medida utilizada para oitiva no dia da deflagração, na busca por método que, ainda que não seja o ideal, mas o possível, com o mínimo de possibilidade de ter sua legalidade questionada, adotando como opção a intimação do investigado no dia da deflagração da operação para comparecimento no dia posterior, cabe representar ao Judiciário pelo deferimento da condução coercitiva, mas apenas como medida alternativa e condicional à ausência do investigado devidamente intimado. Utilizando a condução coercitiva, assim, tão somente se o investigado não comparecer no dia e no horário agendado para seu depoimento em sede policial.

Debate importante, e que foi introduzido entre as celeumas que envolvem a utilização da condução coercitiva no curso do inquérito policial, relaciona-se com a nova dinâmica de acesso aos autos da investigação dada pela redação do parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, garantindo ao defensor do investigado que tiver seu depoimento determinado "a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação."

De início, cabe trazer a lume o clássico brocado "*in eo quod plus est semper inest et minus*", ou seja, quem pode o mais pode o menos, chamando a atenção para uma possível interpretação da lei que garanta que antes de toda e qualquer oitiva de investigado (indiciado ou não), realizada no interesse da persecução criminal, deve ser garantida a consulta antecipada de seu defensor aos autos, pelo menos, 3 (três) dias antes da inquirição, pois se a lei outorgou este direito para as investigações com sigilo judicial decretado, também quis o legislador que igual faculdade fosse concedida as investigações que não possuam esta característica.

Esta constatação, adotando a interpretação acima aventada, pode inviabilizar a utilização do instituto da condução coercitiva no dia da deflagração de operação policial, pois foi pensado como um instrumento de investigação, notadamente, para evitar *chicanas* processuais, negando o tempo necessário a criação de versões fantasiosas e álibis irreais entre os investigados. Característica seriamente tolhida acaso a condução só se torne coercitiva após a concessão do prazo de 3 (três) dias de sua expedição, garantindo-se idêntico prazo para análise e ciência da investigação pela defesa.

Verifica-se, uma vez mais, novo equívoco legislativo que descaracteriza o aspecto inquisitorial da investigação, principalmente daquela realizada nos autos do inquérito policial, pois engessa o princípio da oportunidade, inserindo trâmites inerentes a procedimentos em que vigoram os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como a ação penal, sob o argumento distorcido da realidade de quem investiga, forjado no garantismo negativo, de aprimoramento do trâmite investigativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo após discorrer sobre o garantismo penal, e a aplicação da doutrina de Ferrajoli no Brasil, analisou a condução coercitiva, ressaltando como são importantes os métodos investigativos mais invasivos para a descoberta da autoria e da materialidade de delitos, principalmente daqueles oriundos de organizações criminosas. Teceu considerações sobre um instrumento de investigação em suas múltiplas possibilidades de utilização, mas sem a aspiração de apresentar uma resposta definitiva e assertiva em todas as situações que a ordem da investigação pode demonstrar. Também reconheceu a dinâmica que envolve o trabalho investigativo, considerando a complexidade das variáveis que afetam o labor policial e fazem do princípio da oportunidade um adágio de inúmeras interpretações: o procedimento que foi bom para uma investigação, pode não ser para outra.

Da análise da legislação pátria, apresentaram-se alternativas táticas que, não obstante o teor, às vezes invasivo do procedimento investigatório oferecido, pode ser imprescindível para a realização de uma persecução criminal plena e eficaz. Com este desiderato, ofertaram-se motivações teóricas e práticas na tentativa de contribuir com rotinas mais eficazes à responsabilização penal e definitiva de investigados que, de fato, perpetraram delitos, além de auxiliar os policiais a escolher os melhores métodos de investigação, sem o risco de uma premente impugnação.

De matiz constitucional (art. 144, caput, Constituição Federal de 1988), o dever de garantir segurança não está apenas em evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração do ato ilícito, legitimando instrumentos que auxiliam as forças de segurança do Estado em seu mister - sem ganharem o status de arbitrários ou inconstitucionais -, como o método investigativo ora apresentado, que é utilizado na persecução penal e que, eventualmente, e de forma proporcional, restringe direitos individuais dos investigados, visto que o rótulo de investigado/indiciado, naturalmente, impõe certo constrangimento à pessoa.

O presente trabalho desejou demonstrar que a antinomia entre o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição da proteção deficiente tende a não prosperar quando observado o conteúdo de outro princípio, o da proporcionalidade, que deve alicerçar qualquer exercício que envolva o conflito de interesses, ponderando as controvérsias, e só estabelecendo prioridades após a análise do caso concreto, além de jamais estabelecer como prioritário um direito, apenas, por seu caráter individual.

Se a liberdade é restringida com obediência aos preceitos constitucionais, e os operadores do jus puniendi estatal reconhecem que as questões que envolvem a liberdade do indivíduo devem ser tratadas de forma criteriosa, não há que se falar em excesso, mas em legítimo

emprego dos instrumentos legais colocados à disposição de quem atua com segurança pública.

Com o reconhecimento da face positiva do garantismo, que tem sido negligenciada por uma considerável parcela dos juristas pátrios, é possível considerar legais e constitucionais métodos investigativos utilizados no combate à crescente criminalidade, notadamente a organizada, ocorrendo a inversão da tendência de impugnação de grandes trabalhos de inteligência policial, questionados pelos métodos investigativos empregados para gerar certeza quanto à materialidade e à autoria do crime.

Considerou-se que métodos investigativos que podem tolher direitos individuais, quando corretamente empregados no curso da persecução criminal, constituem medida legal, constitucional e não violam qualquer preceito daqueles que são caros a um Estado democrático de direito; pelo contrário, trata-se de medida que assegura que este mesmo Estado democrático de direito não seja ameaçado pela inércia de seus representantes.

Como foi exposto, blindar pessoas ou grupos sociais da atuação repressiva dos órgãos públicos com atribuição constitucional não é um dos objetivos de um Estado que efetivamente seja democrático e de direito, mas apenas liberal, pois o garantismo, que deve ser dogma nas nações que respeitam a dignidade da pessoa humana em todas as suas expressões, não busca eliminar a força de atuação do direito penal. Se isso ocorresse, restaria patente a inviabilidade de o Estado cumprir uma de suas principais funções: dar segurança aos particulares, o que poderia levar a uma situação de retorno à vingança privada, visto que, se este mesmo Estado não consegue dar proteção nem repelir as injustas agressões, tende a crescer na sociedade a sensação de que cada um tem de autotutelar seus direitos, inclusive no âmbito repressivo.

É sob este enfoque que o presente artigo se estruturou, concluindo que a condução coercitiva, como ferramenta da instrução inquisitorial, pode ser empregada na persecução criminal sem que sua

aplicabilidade represente uma afronta aos adágios que devem guiar uma Polícia que respeite os direitos e as garantias fundamentais prescritas na Constituição da República Brasileira, bem como a principio-logia do garantismo penal.

ÁLEX LEVI BERSAN DE RESENDE

O autor é Delegado de Polícia Federal, e atualmente exerce a função de coordenador regional de Segurança para Grandes Eventos adjunto, lotado na CRGE/GAB/SR/DPF/RJ. É pós-graduado em Inteligência Policial pela Academia Nacional de Polícia do Departamento de Polícia Federal e em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes.

E-mail: bersan.albr@dpf.gov.br

COERCIVE CONDUCT: CONTROVERSIES IN THE LIGHT OF CRIMINAL 'GUARANTISM'

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the distorted vision in some areas of the doctrine and of the jurisprudence regarding the 'guarantist' paradigm. It examines and proposes tactics and interpretations that demonstrate the essentiality of more invasive investigative procedures that ultimately conflict with the rights of the individual who has been investigated, for the achievement of full and effective criminal prosecution. It discusses the use of coercive conduct that do not implicate any affront to the adages that should guide a police force that respects the fundamental rights and safeguards as prescribed in the Constitution of the Brazilian Republic, as well as the principle of penal 'guarantism' and its positive and negative perspectives.

KEYWORDS: Guarantism. Investigative Procedures. Effective criminal prosecution. Fundamental rights and guarantees. Coercive conduct.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R.. *Tratado de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRITTO, A. R.. *Particularidades da condução coercitiva no inquérito policial*. *Revista Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico>>.

com.br/site/?n_link= revista_artigos_leitura& artigo_id=12490&revista_caderno=22 > . Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

CHOUKR, F. H.. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____.; AMBOS, K.. *Polícia e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. Academia Nacional de Polícia. *Manual de Planejamento Operacional*. Brasília, 2013.

DORNELLES, J. R.. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERNANDES, A. S.. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G. de; MORAES, M. Z. (coordenação). *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.

FERRAJOLI, L.. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, G. V.. Princípio da Proibição da proteção deficiente. *Revista Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-04/principio-proibicao-protecao-outa-face-garantismo>> . Acesso em: 13 de janeiro de 2014.

FISCHER, D.. Não há direito Fundamental à impunidade – Algumas Considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, 2009. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/?CONT= 00000092>> . Acesso em: 15 de novembro de 2010.

_____. Garantismo penal integral (e não o Garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 2009. Disponível em: <http://www.revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> . Acesso em: 19 dezembro de 2013.

GODOY, L. R. U. de. Crime organizado e seu tratamento jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRECO, R.. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6ª edição. Niterói: Impetus, 2011.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.. *As nulidades no processo penal*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- MACHADO, A. A. M.. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, G. de S.. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Organização Criminosa - Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- RASCOVSKI, L.. A *(in)eficiência da delegação premiada*. Estudos de processo penal, 2011. Disponível em: <http://www.institutoasf.com.br/dcms/uploads/arquivo_0711201100_3518.pdf>. Acesso em: 31 de janeiro de 2014.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- STRECK, L. L.. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2013.
- VELLOSO, R. R.. *Colarinho Branco*. Disponível em: <[http://ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=17&data\[id_materia\]=171](http://ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=17&data[id_materia]=171)>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.
- ZACKSESKI, C.; DUARTE, E. P.. *Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança pública urbana*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>>. Acesso em: 06 de maio de 2013.