



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RAMON DE ARAÚJO BEZERRA PEDROSA

CONDUÇÃO COERCITIVA DE SUSPEITO NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

FORTALEZA

2014

RAMON DE ARAÚJO BEZERRA PEDROSA

CONDUÇÃO COERCITIVA DE SUSPEITO NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Professor Márcio Ferreira Rodrigues Pereira

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

P372c

Pedrosa, Ramon de Araújo Bezerra.

Condução coercitiva de suspeito nas investigações policiais / Ramon de Araújo Bezerra
Pedrosa. – 2014.
90 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Me. Márcio Ferreira Rodrigues Pereira.

1. Autoincriminação. 2. Prova (Direito) - Brasil. 3. Processo penal - Brasil. I. Pereira, Márcio
Ferreira Rodrigues (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.9

RAMON DE ARAÚJO BEZERRA PEDROSA

CONDUÇÃO COERCITIVA DE SUSPEITO NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Márcio Ferreira Rodrigues Pereira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Patrícia Oliveira Gomes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestre Michel Pinheiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho à minha família,
Marlúcia, Francisco, George, Sandro, Silvia e
Samuel.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Marlúcia Bezerra, minha grande confidente, meu exemplo de idoneidade moral e profissional, a quem devo nada menos do que a minha própria vida. Palavras são insuficientes para descrever os meus sentimentos por você, que me acompanhou desde os primeiros passos, que me agraciou com uma educação humanística e que esteve sempre ao meu lado, sobretudo nos momentos de angústia e sofrimento. Em breves palavras, asseguro-te: nunca um filho teve mãe melhor.

Ao meu irmão, George Pedrosa, com quem partilhei momentos de imensa felicidade. Credito a você grande responsabilidade na minha formação como indivíduo, através dos filmes aos quais assistimos juntos, e até mesmo das músicas e dos livros que corriqueiramente me apresenta. É uma enorme satisfação viver ao seu lado e espero contar com a sua companhia por toda a vida.

Ao meu pai, Francisco Pedrosa, por quem tenho grande admiração, tendo em vista se tratar de exímio aplicador do Direito. Jamais me esquecerei das suas histórias, do seu jeito sempre despojado, da sua serenidade diante dos percalços da vida e do seu talento ao tocar violão.

Aos meus irmãos Sandro, Silvia e Samuel por participarem da minha vida.

À Ana Cléa, minha melhor amiga, pelas nossas conversas e brincadeiras, pelo seu jeito descontraído, pelos cuidados que teve comigo e com minha avó, Terezinha. Devo muito a você e, por tudo, sou eternamente grato.

Ao meu orientador, prof. Márcio Pereira, por quem nutro grande apreço, pelo auxílio na elaboração deste trabalho. Apesar de não ter sido seu aluno na graduação, admiro a sua visão garantista do Direito Processual Penal, seu vasto conhecimento interdisciplinar e o seu respeito pelos direitos humanos.

Aos amigos e amigas do colégio Ari de Sá, em especial Márcio Komoto, Leonardo Maerschner, Yuri Torquato, Carlos Raul, Thiago Nogueira, Allan Villanova, Raphael Cardoso, Paolo Ressa, Clarissa Facó, Marcela Albuquerque, Mileyde Portela, Amanda Ponchet, Débora Barcelos e Mariana Souza.

Aos amigos e amigas da Faculdade de Direito, em especial Rodrigo Sampaio, Filipe Miranda, Cássio Albuquerque, Hugo Torquato, Marcus Franklin, Jair Maia, Arthur Feijó, Murilo Caldas, Pedro Ícaro Cochrane, Pedro Jorge, Yorrán Sousa, Yuri Gomes e Eliaquim Antunes.

Aos primos e primas, em especial Antônio Trindade.

À minha grande amiga Rosa Pinheiro e o Projeto Fazer Direito.

À minha grande amiga Natália Facó e toda a família Facó.

Ao doutor Alex Montano.

Aos colegas de estágio na Defensoria Pública e no Fórum Clóvis Beviláqua.

Ao juiz e amigo, Michel Pinheiro, minha sincera gratidão por aceitar o convite de compor a banca examinadora deste Trabalho de Conclusão de Curso.

À Patrícia, pela pronta aceitação do convite e por dispor do seu tempo para compor a banca examinadora deste trabalho.

“Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo, achar juízes é necessário. O drama do Direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos jurisdicionados no ato no qual se exalta o processo (...) Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno.”

(Francesco Carnelluti)

RESUMO

O presente estudo visa analisar a medida conhecida como condução coercitiva, promovida contra suspeito no curso das investigações policiais para que participe de ato ou procedimento pré-processual que, sem ele, não possa ser realizado. A adoção do sistema de investigação preliminar policial na ordem jurídica brasileira, caracterizado pela ampla discricionariedade de fato do órgão policial para selecionar as condutas a serem perseguidas e pelo tratamento do imputado como mero objeto de prova, fez surgir um modelo de persecução criminal dirigido pelo estereótipo de criminosos potenciais e prováveis, bem como pela atuação ilícita para alcançar, de qualquer forma, todos os meios de incriminação. A partir do precedente aberto pela novel jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – por ocasião dos julgamentos dos *Habeas Corpus* nº 25.475/SP e nº 107.644/SP, respectivamente -, cujas decisões legitimaram a condução coercitiva de suspeito pela autoridade policial sem o devido mandado judicial, será feito o cotejo da medida de deslocamento compulsório com a noção de reserva de jurisdição, compreendida como esfera de atos materialmente jurisdicionais e praticados exclusivamente pelos órgãos do Poder Judiciário. Além disso, será promovida a análise da condução coercitiva de suspeito para realização de atos dotados de eficácia probatória em face do princípio *nemo tenetur se detegere*, por meio do qual se infere o direito constitucionalmente assegurado do incriminado de não contribuir para a sua autoincriminação.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Condução coercitiva. Reserva de jurisdição. Princípio da não autoincriminação.

ABSTRACT

This study aims to examine the measure known as coercive conduct, brought against a suspect in the course of police investigation to act or participate in pretrial procedure that, without him, cannot be performed. The adoption of the preliminary investigation police in the Brazilian legal system, characterized by the broad liberty of a law enforcement agency to select the actions to be pursued and the treatment of the accused as a mere object of proof, made a model of criminal prosecution driven by stereotype of potential and probable criminals, in addition to the prosecution of illegal activities to achieve at any rate the accusation. From the new precedent set by case law of the Superior Tribunal Federal and the Supremo Tribunal Federal - on the occasion of the trials of Habeas Corpus 25.475/SP paragraph and paragraph 107.644/SP, respectively - whose decisions legitimized coercive conduct of suspect by the police authority without warrant, the comparison will be made of the extent of compulsory displacement with the notion of reserve of jurisdiction, understood as the sphere of material jurisdictional acts and exclusively practiced by the Judiciary. Furthermore, it will be promoted analyzed the coercive conduct of suspect to perform evidential effectiveness acts against the principle *nemo tenetur se detegere*, by which we infer the constitutionally guaranteed right of the incriminated to not contribute to their self-incrimination.

Key-words: Criminal Procedure Law; Coercitive conduct; Reserve of Jurisdiction; Principle against self-incrimination

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. A SÍNTESE CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA	18
2.1. Noções introdutórias.....	18
2.2. O Poder Judiciário e a função jurisdicional	18
2.2.1. Histórico do Estado Democrático de Direito.....	18
2.2.2. O princípio da legalidade.....	19
2.2.3. A separação dos poderes e a teoria dos freios e contrapesos.....	20
2.2.4. Poder, função e o modelo de justiça funcional.	22
2.2.5. O núcleo essencial da função jurisdicional.....	23
2.3. O Poder Judiciário como estrutura orgânica idônea para o desempenho da função jurisdicional.....	27
3. A RESERVA DE JURISDIÇÃO.....	31
3.1. Reserva de jurisdição: conceito e classificação.....	31
3.2. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	34
3.2.1. Noções iniciais.....	34
3.2.2. Conceito material de direitos fundamentais e suas características.....	35
3.2.3. Direitos de defesa e o regime das liberdades.....	37
3.3. O devido processo legal e a restrição da liberdade.....	39
4. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO	41
4.1. Desenvolvimento histórico	41
4.2. O direito à ampla defesa: defesa técnica e autodefesa	42
4.3. O direito ao silêncio e a inexistência do dever de veracidade para o acusado.....	44
4.4. O dever do acusado de participação em atos dotados de eficácia probatória	46
4.5. Provas que importam em intervenção corporal.....	48
4.6. Exceções ao <i>nemo tenetur se detegere</i> : o princípio da proporcionalidade	49
4.7. Decorrências da aplicação do <i>nemo tenetur se detegere</i> nas provas que dependem da cooperação do acusado	51
4.7.1. Com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva	52
4.7.2. Com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal não invasiva.....	53
4.7.3. Com relação às provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem intervenção corporal	53
5. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL	55
5.1. Noções iniciais	55

5.2.	Polícia e poder de polícia	56
5.2.1.	Considerações preliminares	56
5.2.2.	Atributos do poder de polícia	57
5.2.3.	Polícia administrativa x polícia judiciária	58
5.3.	Investigação criminal no Processo Penal brasileiro	59
5.3.1.	Definição legal e natureza jurídica	59
5.3.2.	Características do inquérito policial.....	61
5.3.3.	Atos do inquérito consoante o Código de Processo Penal.....	62
5.3.4.	A posição do juiz diante do inquérito policial.....	63
5.4.	O indiciado e as consequências jurídicas do indiciamento	64
6.	DA CONDUÇÃO COERCITIVA DE SUSPEITO NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS .	66
6.1.	A condução coercitiva e o exercício da autodefesa no inquérito policial	66
6.1.1.	O caráter inquisitivo do inquérito policial	66
6.1.2.	Momento inicial para o exercício do direito de defesa no inquérito policial.....	67
6.1.3.	A autodefesa negativa em face do interrogatório policial.....	69
6.1.4.	– A autodefesa negativa em face de atos pré-processuais dotados de eficácia probatória	71
6.2.	A condução coercitiva do suspeito para fins de identificação criminal	72
6.3.	Críticas à condução coercitiva de suspeito.....	75
7.	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS.....	82
	ANEXO A – HC 107644 / SP - SÃO PAULO.....	85
	ANEXO B – RHC 25475/SP – SÃO PAULO	87

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal delegam às polícias civis a função de polícia judiciária e a competência para apuração de infrações penais, salvo os crimes militares. Predomina, assim, o chamado sistema de investigação preliminar policial, no qual o órgão encarregado de apurar os fatos e a autoria do delito, como o próprio nome sugere, é a Polícia Judiciária, mediante a instauração de procedimento administrativo pré-processual chamado *inquérito policial*.

Para apurar as circunstâncias do crime e fornecer elementos informativos ao inquérito, cabe às autoridades policiais decidir quais procedimentos serão adotados na investigação, determinando a oitiva dos sujeitos envolvidos, apreendendo objetos relacionados à infração, procedendo ao exame de corpo de delito, a reconhecimentos e acareações e a quaisquer outras espécies de perícias, conforme a redação do artigo 6º do CPP. Diante do precário aparato investigatório disponibilizado às autoridades policiais, a oitiva de testemunhas, vítimas e suspeitos mediante condução coercitiva representa uma das mais empregadas fontes de informação para a elucidação dos fatos.

A condução coercitiva representa um procedimento de ranço inquisitorial em que se executa o deslocamento compulsório de indivíduo certo à presença de autoridade policial ou judiciária para realização de expediente (administrativo ou judicial) que restaria ineficaz diante da sua ausência. O ordenamento jurídico pátrio prevê o seu emprego na fase judicial da persecução penal em inúmeros dispositivos do atual Código de Processo Penal, a exemplo dos artigos 201, 218, 260 e 278 deste diploma. Todavia, a legislação brasileira negligencia qualquer referência à sua utilização no decorrer da investigação preliminar, também chamada *defase pré-processual*.

Tratando-se de medida constritiva da liberdade de locomoção, o recurso à condução coercitiva pela Polícia Judiciária na investigação preliminar suscita certa polêmica. A praxe forense tem demonstrado que a medida vem sendo amplamente exercida por ordem emanada da própria autoridade policial responsável pela diligência. Para efeito de ilustração, convém seja aludido ao desaparecimento do ajudante de pedreiro Amarildo Dias de Souza, morador da favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, detido e conduzido por policiais militares a uma UPP (Unidade de Polícia Pacificadora) sem ordem judicial. Suspeitas de abuso e tortura policial à parte, o caso demonstra quão contumazé o emprego dessa medida de limitação da liberdade de indivíduos pelos órgãos policiais.

O tema foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em virtude do julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.644/SP (cuja ementa encontra-se no Anexo A). Naquela ocasião, tendo o impetrante alegado a ocorrência de constrangimento ilegal por parte da autoridade policial que promoveu a condução do paciente à delegacia sem o devido mandado judicial e na ausência do estado de flagrância, concluiu o ministro relator Ricardo Lewandowski (2011) que a Constituição Federal de 1988 assegura às polícias civis a função de polícia judiciária, competindo-lhes tomar todas as providências necessárias à elucidação dos crimes, incluindo-se, de maneira implícita, a possibilidade de condução de suspeitos para prestar esclarecimentos, consoante a redação do artigo 144, §4º daquele diploma. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também teria aderido a esta corrente no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 25.475/SP (cuja ementa encontra-se no Anexo B), tendo a quinta Turma da Corte recorrido à teoria dos poderes implícitos para reconhecer a legalidade da medida.¹

Segundo o renomado professor e jurista Guilherme de Souza Nucci (2008)², a medida consiste em modalidade de prisão processual cautelar, cuja concretização depende de decreto da autoridade judiciária, assim como as outras espécies de encarceramento (com exceção da prisão em flagrante, cuja natureza jurídica é essencialmente pré-cautelar). Seguindo a mesma orientação, o advogado José Roberto Coêlho Akutsu esclarece que:

Por ferir de forma direta princípios resguardados pelo manto constitucional, somente será possível determinar a condução coercitiva do cidadão que se pretende ouvir (seja ele investigado, testemunha, perito etc.) – seja em fase inquisitorial ou judicial – se houver autorização judicial (AKUTSU, 2013, p.14)³.

Outra questão polêmica que surge envolvendo a condução coercitiva refere-se à possível infringência ao princípio “*nemo tenetur se detegere*”⁴, segundo o qual o indivíduo sujeito à persecução penal não poderá ser compelido a auxiliar na produção de prova contra si próprio, norma esta que se encontra consagrada no art. 8º, inciso II, alínea g da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 25.475 – SP (2009/0030646-8)**. Recorrente: Alessandro Rodrigues. Advogado: Renee Fernando Gonçalves Moita. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 16 de setembro de 2010.

²NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 576.

³AKUTSU, José Roberto Coêlho. **Condução coercitiva e a necessária reserva de jurisdição**. Boletim: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 252, p.13-14, nov. 2013. Mensal.

⁴Tradução livre: “Ninguém é obrigado a se mostrar”

A prerrogativa concedida à polícia investigativa de conduzir indivíduos para a delegacia sem a apresentação de mandado judicial remonta à famigerada “prisão para averiguações”, que seria vedada pelo ordenamento jurídico pátrio e poderia inclusive configurar o crime de abuso de autoridade. Malgrado a sua proibição, não raras vezes as autoridades policiais executam a detenção de suspeitos para, em um segundo momento, concluir se o indivíduo é autor de uma conduta criminosa. Registre-se, por exemplo, sob o enfoque das manifestações populares que sucederam nos meses de junho e julho de 2013 e ganharam destaque nos telejornais e nas redes sociais, entre os inúmeros episódios de agressão policial contra civis e jornalistas, a controversa atuação dos agentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo que, no dia 13 de junho de 2013, detiveram cerca de sessenta manifestantes pelo porte de vinagre, o qual seria utilizado para amenizar os efeitos do gás lacrimogênio lançados pelos agentes policiais para dispersar os manifestantes.⁵

Em razão do exposto, diante do reconhecimento pelo STF e STJ (nos julgamentos do HC 107.644/SP e do RHC 25.465/SP, respectivamente) da constitucionalidade quanto à condução coercitiva de suspeito na fase de investigação preliminar sem controle judicial prévio e em virtude da ameaça que a legalização dessa medida representa ao Estado Democrático de Direito, propomo-nos no presente trabalho a cotejá-la com princípios consolidados pela nossa ordem jurídica no intuito de verificar a recepção desse procedimento investigativo pela Constituição Federal de 1988. É importante advertir que não se tratará de esgotar os estudos sobre o tema, mas de breve pesquisa colaborativa para promoção do debate acadêmico. O trabalho será, portanto, dividido em cinco capítulos.

No capítulo inicial, estudaremos a organização do Poder Judiciário e a função jurisdicional, desde a sua concepção com o surgimento do Estado de Direito, avançando sobre a construção do Estado Liberal e sua superação pelo Estado Social até o nascimento do Estado Democrático de Direito. Além disso, reservaremos um tópico para o estudo do princípio da legalidade e sua expressão em face do Estado e do particular. Em seguida, introduziremos a noção de divisão de poderes e as funções atribuídas às suas três categorias (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário). Diante do que foi exposto, adentraremos no estudo do conceito de justiça funcional desenvolvido por Canotilho e sua relação com o núcleo essencial da jurisdição. Trataremos, por fim, do Poder Judiciário e dos motivos pelos quais apresenta a estrutura mais adequada para o desempenho da função jurisdicional.

⁵BARROCAL, André; MARTINS, Rodrigo. **A Massa Incontrolável**. Carta Capital, Rio de Janeiro, n. 754, p.24-31, 26 jul. 2013.

No terceiro capítulo, enfocaremos a denominada reserva de jurisdição, assim compreendida como a esfera de atos materialmente jurisdicionais e praticados exclusivamente pelos órgãos do Poder Judiciário. Para alcançar o pleno entendimento sobre quais matérias competem exclusivamente ao Judiciário, serão abordadas breves noções sobre os chamados direitos fundamentais, revelando os critérios a serem observados para que determinado direito seja assim categorizado, seu conceito e suas características. Ademais, será destacado o princípio do devido processo legal como autêntico instrumento de segurança dos particulares contra a restrição de direitos e garantias individuais pelo Estado.

No quarto capítulo, será estudado o princípio *nemo tenetur se detegere*, que corresponde ao direito que o incriminado possui de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem produzir prova contra si. Diante desse princípio constitucional informador do processo penal, o acusado ou indiciado não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico em razão da sua escolha pela não colaboração em atividade probatória da acusação, ou mesmo por exercer o direito ao silêncio no interrogatório policial e judicial. Serão abordados ainda o seu desenvolvimento histórico, o seu âmbito de proteção e a sua aplicação diante de provas que necessitam da colaboração do sujeito passivo.

No quinto capítulo, dedicaremos-nos ao estudo da investigação preliminar, cuja função consiste em obter um conjunto probatório mínimo a fim de que o titular da ação penal possa promover o seu exercício. Além disso, faremos breves considerações sobre o órgão encarregado de comandar o inquérito policial, os atributos do poder de polícia e a distinção entre polícia administrativa e judiciária. Com relação ao inquérito policial, trataremos sobre a sua definição legal, sua natureza jurídica, suas características e os atos que o constituem.

No sexto capítulo, diante de tudo quanto foi abordado, faremos um cotejo da medida de condução coercitiva de suspeito com todos os princípios e institutos explorados durante o trabalho. Nesse sentido, mencionaremos o direito de defesa no inquérito policial, a necessidade de prévio controle judicial para o estabelecimento da condução coercitiva pela autoridade policial, a condução do indiciado para submeter-se ao processo de identificação criminal em face da Lei nº 12.654/2012 e as medidas constritivas de direito que podem ser empregadas pelas autoridades policiais no curso do inquérito policial sem necessidade de manifestação judicial.

2. A SÍNTESE CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA

2.1. Noções introdutórias

No processo penal, sobretudo na fase de investigação preliminar, para que a Polícia Judiciária possa exercer sua atividade investigativa com eficiência, regularmente afigura-se necessário o desempenho de medidas que afetam direitos fundamentais. Como exemplo, mencionem-se os procedimentos de interceptação telefônica, a busca e apreensão domiciliar de objetos empregados no crime, a quebra do sigilo de dados pessoais e a colheita compulsória de material genético dos envolvidos no fato. Por acarretarem violação a bens constitucionalmente protegidos, torna-se indispensável para a concretização dessas ações a prévia intervenção do Poder Judiciário. Desta feita, para que se possam determinar quais as hipóteses de conflito de interesses em que somente o Poder Judiciário possui legitimidade para proceder à intervenção, cumpre inicialmente analisar a organização do Estado Democrático de Direito e os papéis desempenhados pelos seus órgãos.

2.2. O Poder Judiciário e a função jurisdicional

2.2.1. Histórico do Estado Democrático de Direito

Preliminarmente, o Estado de Direito surge como conceito teórico nitidamente liberal e oposto ao regime absolutista. Nos séculos XVI e XVII, predominava como modelo nos países ocidentais o Absolutismo, onde os monarcas governavam de forma soberana, sem qualquer limitação jurídica ou política. Inspirada pela eclosão da Revolução Francesa e orientada pelas doutrinas de teóricos como Locke e Montesquieu, a classe burguesa promoveu a consolidação dos valores liberais e de proteção do indivíduo, originando o chamado Estado Liberal de Direito⁶.

São características fundamentais desse regime político: a submissão ao império da lei, que consiste em ato normativo geral e abstrato emanado pelo Poder Legislativo, constituído de representantes escolhidos pelo povo; a divisão de poderes; a obediência aos ditames legais por parte da administração; e, por fim, o reconhecimento dos direitos e garantias individuais, denominados direitos fundamentais de primeira geração⁷.

No final do século XIX, com a expansão do capitalismo e o início da Revolução Industrial, tiveram início diversos conflitos e lutas sociais. Embora a garantia da

⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 34-36.

⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 112-113.

igualdade formal consagrada pelo Estado Liberal tenha proporcionado ganhos políticos e econômicos à classe burguesa, a ordem jurídica instaurada pouco ofereceu para apaziguar as injustiças sociais. Os valores burgueses concernentes ao individualismo e à neutralidade estatal se revelavam insatisfatórios à realização do bemestar social. Nesse cenário surge o Estado Social de Direito, cujo escopo seria proporcionar a igualdade material mediante o estabelecimento dos direitos econômicos e sociais de segunda geração, ao mesmo tempo em que mantinha as conquistas alcançadas na ordem jurídica anterior⁸.

A edificação do Estado Social de Direito, no entanto, não foi capaz de prover a demanda por justiça social, tampouco garantir a inserção popular no âmbito do processo político. Em face da pretensão de um modelo de Estado baseado na participação popular no processo decisório e na determinação dos atos de governo, na pluralidade de ideias, culturas e etnias e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais, nasce o contemporâneo Estado Democrático de Direito, cujas raízes pressupõem uma sociedade justa, livre e solidária, em que o poder emana do povo, exercido diretamente ou através de representantes eleitos e aberta ao diálogo entre opiniões e interesses diversos. Consiste, em suma, na superação dos Estados Liberal e Social, incorporando os seus princípios elementares e incluindo um elemento revolucionário de constante reforma do *status quo*⁹.

2.2.2. O princípio da legalidade

Conforme visto anteriormente, a primazia da lei surgiu como resposta aos anseios da sociedade quanto ao estabelecimento de normas permanentes e válidas, traduzindo a noção de que todo o poder estatal será exercido em estrita consonância com as regras jurídicas vigentes, de modo a salvaguardar os governados de medidas arbitrárias por parte dos governantes. Assinale-se, todavia, que o princípio da legalidade evoluiu a ponto de ser encarado através de inúmeras perspectivas. Se por um lado manifesta a garantia de que a administração somente atuará em conformidade com os preceitos normativos, por outro expressa a segurança proporcionada ao indivíduo de que não será compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em decorrência de uma lei que lhe imponha um dever abstrato e geral. Em outras palavras: sob o ponto de vista do Estado, fala-se em legalidade em sentido

⁸ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal**: dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 17-22. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

⁹Idem

estrito, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal; em relação ao cidadão, diz-se legalidade em sentido amplo, consagrada no art. 5º, inciso II da mesma¹⁰.

Segundo Mendes e Branco,

O sentido primeiro do princípio da legalidade comporta o entendimento segundo o qual é o constituinte, depois o legislador e, por último, o administrador – nesta ordem hierárquica – que devem tomar decisões importantes para os destinos do Estado [...] O princípio da legalidade impõe que à lei seja concedida a faculdade de permitir uma maior amplitude ao administrador público, quando da construção de atos administrativos (BRANCO; MENDES, 2012, p. 892).¹¹

Toda pessoa é livre por natureza. Por esse motivo, o constituinte houve por bem estabelecer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Não raro, entretanto, a prática das liberdades individuais enseja uma série de conflitos com interesses externos. Segundo o escólio de George Marmelstein¹² (2013, p. 106), “[...] a liberdade de locomoção, assim como qualquer direito fundamental, não é absoluto, sendo frequentemente limitado a fim de permitir a convivência harmoniosa das liberdades”. A restrição de direitos fundamentais em casos concretos não é ato discricionário do Estado, razão pela qual se exige a presença de um órgão com atributos que lhe permitam realizar a sua proteção da melhor forma possível. Adiante mostraremos como se concretizam essas limitações e por que a necessidade de um ente judicial para assegurar a legalidade e o respeito aos direitos individuais.

2.2.3. A separação dos poderes e a teoria dos freios e contrapesos

Entidade soberana que dispõe do poder político, o Estado é desprovido de vontade própria, de forma que exprime seus desígnios através de pessoas físicas que constituem seus agentes, ou por meio de seus órgãos governamentais. Desse modo, o governo seria, nas palavras do jurista José Afonso da Silva¹³ (2010, p.108), “O conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”. Pontua ainda

¹⁰VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 32. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 09 fev.2014.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2013.

¹³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

que o poder político é uno, indivisível e indelegável, constituído por basicamente três funções: a executiva, a legislativa e a judiciária.

Atribui-se inicialmente ao filósofo Montesquieu, por intermédio da obra “Do espírito das leis”, a elaboração da sistemática original sobre a teoria da separação dos poderes. Segundo o pensador francês, com o objetivo de conter o arbítrio dos governantes, cada Estado haveria de ter três categorias de poderes, atribuindo-se determinadas funções a cada um deles. O Poder Legislativo seria responsável pela composição das leis gerais e abstratas, competindo-lhe ainda modificá-las ou ab-rojá-las. Por sua vez, o Poder Executivo ocupar-se-ia dos assuntos relativos à guerra e à paz, estabeleceria a segurança interna, preservaria a soberania, estabeleceria relações internacionais com outros Estados e executaria as leis. Por último, caberia ao Poder Judiciário a missão de punir os crimes e julgar os conflitos de interesses na esfera cível¹⁴. Nesse momento, faz-se necessário recordar que, embora seja comum a denominação “separação de poderes”, utilizada inclusive na própria Constituição, trata-se a rigor de delimitação de atividades ou funções a diferentes órgãos, visto que o poder estatal é uno e, nessa qualidade, não pode ser seccionado.

De acordo com a lição de José Afonso da Silva, a divisão de poderes obedeceria originariamente a duas premissas fundamentais: a especialização funcional, de modo que cada órgão ficaria submetido ao exercício restrito de determinadas funções; e a independência orgânica, em virtude da qual cada órgão seria independente do outro de forma que inexistisse subordinação e hierarquia entre eles. Entretanto, por conta do desenvolvimento das atividades do Estado contemporâneo, com vistas a alcançar uma estabilidade política imprescindível à promoção do bem comum, afastou-se a rigidez preconizada pela doutrina inicial da separação dos poderes, permitindo-se, em algumas hipóteses, a ingerência de um Poder nas atribuições de outro, consagrando o chamado sistema de freios e contrapesos¹⁵.

Por meio desse mecanismo de proteção contra os arbítrios e desmandos de um Poder em detrimento dos outros (ou mesmo em prejuízo dos próprios governados), restaria consolidado um modelo harmônico de colaboração entre os poderes. Resultam desse sistema de freios e contrapesos a capacidade de veto do chefe do Poder Executivo em face de atos legislativos, a declaração de inconstitucionalidade de leis por parte de uma Corte Suprema, a nomeação de ministros dos tribunais superiores a cargo do Presidente da República, sujeita à aprovação pelo Senado Federal. Considerando a amplitude do tema, sobre tudo o que foi

¹⁴BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 147.

¹⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 109-111.

mencionado, importa destacar que, apesar de exercerem predominantemente as atividades que lhes são típicas, para cada um dos poderes abre-se a possibilidade de desempenharem funções atípicas. Consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶:

[...] tanto Legislativo, quanto Judiciário como Executivo exercem as três funções estatais: de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares, como ocorre no processo de impeachment), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder [...](MELLO, ano, página).

2.2.4. Poder, função e o modelo de justeza funcional.

Diante do que foi exposto, quando aludirmos a seguir aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estaremos nos referindo às estruturas orgânicas ou sistemas de órgãos destinados a exercer conjuntamente o poder político do Estado. De forma geral, pode-se afirmar que ao Poder Executivo compete precipuamente a função administrativa; ao Poder Legislativo, prepondera a função legislativa; e ao Poder Judiciário, a função jurisdicional. Com relação à inexistência de exclusividade no exercício das funções estatais por cada um dos Poderes e o entrelaçamento de funções entre eles, Guilherme Newton do Monte Pinto¹⁷ ensina que

Não há, entretanto, uma relação exata entre Poder e função a ponto de podermos estabelecer uma máxima do tipo ‘a cada função do Estado corresponde um Poder e a cada Poder uma função’. No primeiro caso, porque nem toda função estatal encontra um Poder específico que a desempenhe com exclusividade. Já no segundo, não somente pelo fato de que nem todo Poder exerce com exclusividade determinada função, como também porque sua atividade não se esgota na função que lhe é atribuída precipuamente (PINTO, 2009, p. 167).

Com base em premissa originariamente desenvolvida por Canotilho através do chamado “modelo de justiça ou justeza funcional”, Fernanda Regina Vilares¹⁸ esclarece que, não obstante a interpenetração de funções entre órgãos de diferentes poderes seja uma realidade decorrente do sistema de freios e contrapesos, haveria um núcleo essencial

¹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 34.

¹⁷PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

¹⁸VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 53. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>> Acesso em: 14 fev. 2014.

intransponível em cada uma das funções que seria atribuído exclusivamente ao órgão cuja estrutura seja mais adequada ao desempenho de determinadas tarefas. Conforme preleciona a autora,

[...] cada função possui atividades que lhe são típicas e que só podem ser exercidas pelos respectivos órgãos de soberania, sob pena de se violar o princípio da separação. A ideia aqui é não se atribuir funções a um órgão a ponto de resultar no esvaziamento das funções materiais típicas de outro. Assim, só se admitem as exceções à correspondência entre órgãos e funções quando não se sacrificar o seu núcleo essencial.

Destarte, tendo em vista o escopo preliminar deste trabalho em examinar o instituto da reserva de jurisdição, que contempla situações onde a função jurisdicional somente poderá ser exercida pelo Poder Judiciário, trataremos adiante de definir o conteúdo exato do núcleo essencial da jurisdição a fim de diferenciá-la das outras funções.

2.2.5. O núcleo essencial da função jurisdicional

Cumprido recordar inicialmente o que expusemos brevemente nos itens anteriores: sob uma ótica institucional, o Poder Judiciário corresponde a uma estrutura de órgãos coordenados hierarquicamente em favor dos quais o constituinte outorga, de forma hegemônica, o exercício da função jurisdicional, sem prejuízo de conferir outras atribuições destinadas a ora manter a sua própria independência, ora restringir a atuação dos outros Poderes, com vistas a atingir a harmonia e o equilíbrio entre eles.

Conforme a redação do art. 92, a Constituição Federal de 1988 elenca expressamente os órgãos que compõem o Poder Judiciário, porém olvida em delimitar categoricamente o conteúdo de sua função proeminente. Tal como de costume em textos constitucionais de outros países, o legislador nacional optou por extrair o teor da função jurisdicional do conjunto de competências específicas delegadas aos órgãos integrantes do Judiciário. Em linhas gerais, a partir de análise sobre as estruturas judiciárias de diversos ordenamentos constitucionais e contemplando a essência de cada arranjo institucional, aduz Guilherme Newton do Monte Pinto¹⁹ (2009, p. 185) que a jurisdição compreende “[...] a função de interpretar e aplicar o direito a partir de uma situação conflituosa específica e com o atributo da definitividade”.

¹⁹PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

Sob a mesma perspectiva, pontuam Cintra, Grinover e Dinamarco²⁰ que a função jurisdicional:

[...] é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 149).

Tratando da distinção entre as funções jurisdicional e legislativa, José Afonso da Silva argumenta que a primeira se destina a aplicar as normas jurídicas na solução de conflitos, ao passo que a segunda se limita a editar normas de caráter geral e abstrato. Todavia, reconhece ser maior a dificuldade em diferenciar a jurisdição da administração, havendo inclusive aqueles que defendam existir apenas duas funções estatais: a legislativa e a aplicação das leis²¹.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²², os critérios existentes para definir as funções desempenhadas pelo Estado (legislativa, administrativa e judiciária) são basicamente de duas ordens:

- a) Critério orgânico ou subjetivo: por esse método, o parâmetro correto para identificar a função deve levar em conta o órgão que executa a atividade. Assim, se o órgão pertence ao Poder Legislativo, logo a função por ele exercida seria a legislativa. Entretanto, tal critério afigura-se insuficiente, porquanto inexistiria “[...] uma correspondência exata entre um dado conjunto orgânico e uma certa função. Há apenas, em cada qual, uma forte predominância da atividade que lhe é típica” (MELLO, 2009, p. 33). Com efeito, não sobram dúvidas de que o Poder Legislativo pratica atos que, à exceção dos que lhe são típicos – isto é, a elaboração de normas gerais e abstratas –, são notadamente administrativos (quando promove a realização de concursos para preenchimento dos quadros de servidores, por exemplo). Cite-se também a faculdade concedida ao Poder Executivo de expedir atos normativos gerais e abstratos, como as medidas provisórias.

²⁰CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

²¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 555.

²²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 32-36.

b) Critério objetivo: o parâmetro para caracterização da função residiria na própria atividade desempenhada. Dividir-se-ia por sua vez em:

1. Critério objetivo material: trata-se de identificar a função por meio de aspectos e elementos intrínsecos a ela. Nessa lógica, a função legislativa seria reconhecida pela expedição de atos gerais e abstratos; a função executiva, pela efetivação de forma direta e prática dos interesses públicos; e a função jurisdicional, pela solução de controvérsias jurídicas em casos concretos. Entretanto, por intermédio do critério objetivo material, atos meramente administrativos promovidos pelos Poderes nas suas respectivas esferas institucionais, como a elaboração de regimentos e a publicação de portarias, por não configurarem medidas concretas e práticas ordenadas no sentido de atender diretamente às necessidades coletivas imediatas, seriam identificadas à margem de sua verdadeira função.

89293

2. Critério objetivo formal: orientar-se-ia através do tratamento normativo dado pelo Direito à respectiva função, independente da semelhança material que umas e outras atividades possam manifestar entre si. Nas palavras do ilustre jurista, seria o critério mais apropriado para identificar as funções do Estado.

De acordo com tais formulações, sustenta Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p. 35-36) que a função administrativa teria como objetivo atender direta e imediatamente as necessidades coletivas e o interesse público mediante a aplicação de normas infralegais (ou excepcionalmente infraconstitucionais), sujeitas a controle de legalidade pelo Poder Judiciário, no seio de uma estrutura e regime hierárquicos. Relaciona-se geralmente com o Poder Executivo, assim chamado por promover a execução das leis, dispondo ainda de iniciativa própria para a concretização dos seus fins, independente de qualquer provocação²³. A função legislativa é aquela exercida precipuamente pelo Poder Legislativo por meio da expedição de normas gerais e abstratas que inovam a ordem jurídica e regem a vida em sociedade. Finalmente, temos que a função jurisdicional seria aquela efetuada geralmente pelo Poder Judiciário por intermédio de decisões que solucionam controvérsias jurídicas com força

²³VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 32. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>> Acesso em 14 fev. 2014.

de coisa julgada, qualidade conferida aos julgamentos proferidos em última instância ou às deliberações contra as quais não se tenha ajuizado recurso tempestivo²⁴. Nesses termos, exatamente quando promove a solução dos conflitos de interesses a fim de alcançar o resultado mais justo, termina o magistrado por exercitar o núcleo essencial da jurisdição, qual seja, garantir a efetivação e a salvaguarda dos direitos fundamentais, investindo-se o juiz do papel de guardião da Constituição e defensor dos direitos humanos. Em outras palavras, consoante o escólio de Fernanda Regina Vilares,

Não há dúvida de que a função jurisdicional é definida como aquela que soluciona os conflitos de interesses de forma definitiva, por meio da aplicação da lei. No entanto, é justamente no desempenho dessa tarefa, ao se buscar a solução mais justa para o caso concreto, que o juiz acaba por exercer o papel político e social de fiscalizar a observância da Constituição e garantir a efetivação dos direitos fundamentais(VILARES, 2010, p. 51).²⁵

De acordo com o modelo de justeza funcional aventado pela autora²⁶, a Constituição Federal de 1988 determina que a função jurisdicional, assim compreendida como o papel do Estado de aplicar e interpretar as normas jurídicas de maneira definitiva a partir de uma situação conflituosa específica, compete precipuamente aos órgãos integrantes do Poder Judiciário e em caráter excepcional aos outros poderes, de tal forma que somente os primeiros dispõem do poder de solucionar os casos e situações através de restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos, consubstanciando o que classificamos como reserva de jurisdição. E isso se justifica na medida em que o Judiciário apresenta a estrutura orgânica mais apropriada para o exercício dos atos materialmente jurisdicionais. Seguindo essa lógica, complementa a autora,

[...] nenhum outro órgão poderá interferir naquilo que for considerado como núcleo essencial da função jurisdicional, para que não haja o que se chamou de esvaziamento de suas funções materiais; e, nesses casos, ela deverá ser exercida pelo Poder Judiciário, órgão cujas características permitem uma melhor atuação [...](VILARES, 2010, p. 58).²⁷

Adiante veremos por que o Poder Judiciário conserva o arcabouço mais adequado para o desempenho da função jurisdicional.

²⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 36.

²⁵VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>> Acesso em 14 fev. 2014.

²⁶Idem, p. 58.

²⁷Idem.

2.3. O Poder Judiciário como estrutura orgânica idônea para o desempenho da função jurisdicional

No subitem anterior, dedicamo-nos a estabelecer o conteúdo da função jurisdicional, distinguindo-a das demais funções exercidas pelo Estado. Restou consolidado que a função judicante deve ser exercida predominantemente pelo órgão mais adequado para tanto – que, no arranjo institucional brasileiro, corresponde ao Poder Judiciário -, podendo ser desempenhada somente em ocasiões específicas por órgãos integrantes dos outros poderes, consoante o modelo de justiça funcional de Canotilho. Passamos a seguir ao exame dos atributos que conferem ao Judiciário a posição de guardião das liberdades e direitos individuais.

Cumpramos recordar que, inicialmente, as primeiras teorias sobre a separação dos poderes atribuíam ao Poder Judiciário um papel secundário em relação ao Executivo e Legislativo. Mesmo na doutrina de Montesquieu, para quem o equilíbrio político entre os poderes seria conquistado sob uma perspectiva quadridimensional, dizia-se que os juízes configurariam mera “*bouche de la loi*” (‘boca da lei’), restringindo-se a aplicar mecanicamente as normas criadas pelo legislador²⁸, ao passo que se buscava a harmonia entre o Executivo e o Legislativo, com ligeira prevalência deste último²⁹.

Na medida em que se percebia a relevância do Poder Judiciário no ideal de Separação dos Poderes, inserindo-o em um contexto político-institucional de paridade com o Executivo e o Legislativo, sob a influência da Constituição norte-americana, foi se consolidando um modelo de participação ativa do Judiciário, que passava a exercer um papel de contornos mais políticos, sobretudo “[...] quando do exercício de sua função jurisdicional de índole constitucional no jogo de equilíbrio entre os poderes” (PINTO, 2009, p. 209). Tal papel consistia na possibilidade de controle de constitucionalidade da lei, denominada de Jurisdição Constitucional³⁰, e de sua própria validade.

O reconhecimento da posição institucional do Judiciário de poder político autônomo em relação ao Executivo e Legislativo desencadeia necessariamente um breve debate sobre a sua legitimidade, eis que, ao contrário do que ocorre nos outros poderes, não

²⁸MARQUES, Luiz Guilherme. **Boca da lei**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalle&art_id=105>. Acesso em: 22 fev. 2014.

²⁹PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 208.

³⁰Idem, p. 209.

decorre do sufrágio ou da vontade da maioria. Segundo a escorreita lição de Fernanda Regina Vilares,

[...] se o órgão responsável pela garantia dos direitos fundamentais estivesse ligado aos interesses da maioria, os dissidentes da sociedade correriam perigo e seriam alvo de perseguição. Daí a relevância da independência da função judicial das demais funções estatais. Somente dessa maneira pode-se admitir algum pronunciamento que resulte numa restrição a direito fundamental, porquanto os riscos de ser viciado por algum interesse secundário são menores possíveis (VILARES, 2010, p. 72).

Prevalecem na história das instituições judiciárias dois tipos de órgãos julgadores: o juiz-cidadão e o juiz-magistrado. Fruto do pensamento liberal clássico, a primeira alternativa preza pelo valor democrático e corresponde ao julgamento por um colegiado de jurados, que seriam escolhidos dentre o povo em determinados períodos do ano. Por sua vez, o segundo modelo defende a ideia do juiz de carreira, técnico e profissional instituído mediante concurso público³¹. Com efeito, à exceção da competência atribuída aos tribunais do júri quanto ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, para o exercício da atividade jurisdicional, o constituinte brasileiro optou pela nomeação dos integrantes do Poder Judiciário através de prévio concurso destinado a selecionar os candidatos de acordo com seus conhecimentos jurídicos e sua reputação, além de outras exigências determinadas pelo texto constitucional ou arroladas no próprio edital. Em teoria, trata-se da forma de seleção mais idônea para salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais, porquanto não se encontra vinculada aos interesses e desígnios da maioria³².

Com a finalidade de assegurar o desempenho da atividade jurisdicional de maneira isenta e com imparcialidade absoluta, as Constituições estabelecem prerrogativas e incompatibilidades aos magistrados, impedindo-os de sofrerem influência de outros órgãos. Nesse contexto, a prerrogativa concernente à inamovibilidade pressupõe a vedação de transferências, suspensões e remoções arbitrárias em prejuízo dos juízes, resguardando-os de sanções fortuitas provenientes dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário ou mesmo de outros Poderes. Ao lado da inamovibilidade, as garantias de irredutibilidade dos vencimentos e de

³¹FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 461.

³²VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 77-80. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>> Acesso em 14 fev. 2014.

vitaliciedade asseguram autonomia financeira e proteção aos magistrados contraperseguições casuais de superiores hierárquicos e governantes³³.

Por outro lado, são estabelecidas ao juiz algumas restrições visando, de modo geral, assegurar a isenção e a liberdade decisória do julgador. Considerando que o juiz é um indivíduo que possui círculo próprio de amizades, parentes, inimigos, preferências e interesses pessoais dos mais diversos, as legislações processuais penais costumam enumerar situações onde se presume que a isenção do magistrado resta comprometida. Dividem-se em suspeição, impedimento e incompatibilidades e, uma vez evidenciadas durante o processo, torna-se necessária a tomada de medidas destinadas a sanar os vícios presentes³⁴.

Sendo assim, consoante o modelo de justiça funcional propugnado por Canotilho, é razoável concluir-se que o arranjo institucional do Poder Judiciário, cuja atividade pressupõe a independência de pressões e influências externas - seja proveniente de outros órgãos estatais, seja da vontade majoritária da sociedade civil -, bem como a imparcialidade dos seus membros (reforçada pelas prerrogativas e incompatibilidades da magistratura), é o mais adequado para desempenho da função jurisdicional e, por conseguinte, para proteção dos direitos e garantias fundamentais³⁵. Corroborando com essa premissa, Fernanda Regina Vilares afirma que:

Observamos, portanto, uma relação de retroalimentação entre o Poder Judiciário e o Estado Democrático de Direito, na medida em que este possibilita que apenas aquele exerça a função jurisdicional e aquele garante o cerne deste, que são os direitos fundamentais. Neste ponto, deve-se reafirmar que o Poder Judiciário é considerado o órgão mais adequado para exercer a função jurisdicional, nos termos do modelo da justiça funcional mencionado anteriormente. Deste modo, apenas ele pronunciar-se-á sobre conflitos em que o interesse envolvido seja de extrema relevância, pois aqui está o núcleo da função jurisdicional (VILARES, 2010, p. 80-81).³⁶

A presente seção destinou-se a observar o princípio da separação de poderes e a distribuição das funções estatais no seio do Estado Democrático de Direito, com enfoque singular no Poder Judiciário e na atividade jurisdicional. Malgrado nos afastarmos da rigidez da doutrina original da separação de poderes e consequentemente reconhecemos a

³³ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 96-97.

³⁴ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 77-80. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 14.02.2014.

³⁵ Idem, p. 80-81.

³⁶ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 77-80. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

possibilidade de interpenetração entre eles, vimos que existe um núcleo essencial da função jurisdicional que somente poderá ser concretizado pelos órgãos estatais cujas estruturas sejam mais apropriadas ao seu exercício, conforme o modelo de justiça funcional. Tais órgãos integram o Poder Judiciário, cuja função típica – repise-se, a atividade jurisdicional – apenas será realizada pelos outros poderes em ocasiões específicas e desde que não ocorra o esvaziamento de suas incumbências institucionais.

O aprofundamento no estudo sobre o núcleo essencial da função judicante e o modelo de justiça funcional conduz a uma noção rudimentar da chamada reserva de jurisdição, traduzida como o conjunto de competências privativas que são outorgadas expressamente aos órgãos judiciários para o desempenho de atos materialmente jurisdicionais, previstas geralmente na Constituição ou de origem legal, vedada a sua prática por outros órgãos, autoridades e pessoas³⁷. Na seção seguinte, nossos esforços serão dirigidos a aprimorar esse conceito de reserva de jurisdição, determinando suas classificações e a forma pela qual são determinadas as hipóteses nas quais deve incidir.

³⁷PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 224.

3. A RESERVA DE JURISDIÇÃO

3.1. Reserva de jurisdição: conceito e classificação

Concebida a reserva de jurisdição, em linhas gerais, como esfera de atos materialmente jurisdicionais praticados exclusivamente pelos órgãos pertencentes ao Poder Judiciário, é comum sejam aludidas, para efeito de ilustração, medidas concernentes à decretação de prisão unicamente pela “autoridade judiciária competente” (nos exatos termos do art. 5º, LXI da Constituição Federal), a quebra dos sigilos bancário e telefônico mediante tão-somente ordem judicial (art. 5º, XII da CF), a busca e apreensão domiciliar com base em prévia determinação do magistrado (art. 5º, XI da CF e art. 241 do Código de Processo Penal).

De acordo com o pensamento de Canotilho, a superação da autotutela pelo processo judicial como forma de exercício do poder judicante pressupõe a constituição de órgãos imparciais particularmente qualificados. O exclusivo poder de impor o direito com eficácia definitiva consiste no denominado “monopólio da jurisdição”. Desenvolvendo esse conceito e buscando desvendar o alcance da jurisdição, advoga o doutrinador lusitano o denominado *critério das duas palavras*, segmentando duas espécies de monopólio: o da *primeira* e o da *última* palavra.³⁸

O “monopólio da última palavra” refere-se aos casos nos quais resta permitida a ingerência inicial das autoridades integrantes de outros poderes, desde que ao Poder Judiciário seja reservada a última palavra sobre a questão. Poderá ocorrer tanto nas hipóteses de litígio entre particulares quanto em face dos excessos do Estado sobre os direitos individuais. Por sua vez, o “monopólio da primeira palavra” relaciona-se às questões nas quais compete ao magistrado proferir, além da última e definitiva palavra, também a primeira palavra. Neste caso, a fixação do monopólio da primeira palavra para uma determinada questão acarreta o necessário afastamento de intervenções provenientes de autoridades estranhas ao Judiciário.³⁹

Sobre o monopólio da primeira palavra, Guilherme Newton do Monte Pinto (2009, p. 238) explica que as matérias submetidas ao seu regime podem ser divididas em duas

38 VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal**: dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 60-63. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

³⁹PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 2009. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 238.

categorias: aquelas onde há expressa e específica previsão constitucional, a exemplo do decreto de prisão por autoridade judiciária (art. 5º, LXI da CF), e aquelas em que a opção pelo procedimento judicial decorre da própria matéria posta em discussão, apesar de não estar formalmente disciplinada, como sucede “[...] quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional”. Neste segundo caso, tendo em vista o nosso objetivo de explorar a necessidade de prévio controle judicial sobre a condução coercitiva, convém sejam destacadas as questões de âmbito penal, visto que quanto a elas não se permite a realização de intervenções administrativas em face de direitos fundamentais sem manifestação judicial prévia.⁴⁰

Em suma, a reserva de jurisdição consubstancia, por um lado, os conflitos de interesse em virtude dos quais caberá ao magistrado proferir não apenas a última, como também a primeira palavra, configurando aquilo que se denomina “monopólio da primeira palavra” (ou reserva absoluta de jurisdição). Por outro, relativamente aos casos onde são admitidas intervenções de autoridades integrantes de outros poderes, desde que seja resguardada a possibilidade de controle judicial posterior, teremos o chamado “monopólio da última palavra” (ou reserva relativa). Estabelecidos os seus conceitos, cumpre neste momento indicar quais são os critérios observados para subordinar as controvérsias a um e outro nível de reserva, isto é, em quais situações cabe ao juiz proferir tão-somente a última palavra e em quais lhe compete enunciar tanto a primeira quanto a última.

Conforme vimos anteriormente, malgrado ambas as funções administrativa e judiciária se ocupem de promover a aplicação das leis no intuito de alcançar o bemcomum, somente a atividade jurisdicional dispõe do atributo referente à coisa julgada, resolvendo os conflitos de interesse de maneira peremptória. Tal particularidade torna-se ainda mais evidente nos casos submetidos à reserva relativa, em que são admitidas intervenções de outras autoridades em um primeiro momento, contanto que sejam suscetíveis a posterior tutela jurisdicional. Contudo, a reserva absoluta também desfruta dessa condição, solucionando disputas com idêntica força definitiva. Nessa esteira, ao cotejarmos as demandas judiciais sujeitas ao crivo da reserva relativa (a exemplo da anulação de atos administrativos, demarcação de terras indígenas, partilha de herança etc.) com aquelas sob o jugo da reserva absoluta (vide interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário e decretação de prisão preventiva), verificamos que a nota diferenciadora consiste na natureza e relevância dos direitos em conflito.

⁴⁰PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 2009. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 238.

Propondo-se a revelar as situações de incidência da reserva absoluta de jurisdição, Fernanda Regina Vilares (2010) inicia dividindo-as em três categorias: a *reserva absoluta constitucional*, quando disciplinadas no texto constitucional; a *reserva absoluta legal*, quando reguladas em lei ordinária; e a *reserva absoluta implícita*, nas ocasiões não regidas por normas expressas. Para determinar os aspectos e elementos característicos desta última categoria, a autora procurou investigar os fundamentos por trás das reservas normatizadas a fim de aplicar a mesma lógica às demais situações e, por consequência, fixar um critério universal e independente de previsões em textos legais. Conclui, assim, que:

[...] não é o interesse da administração que torna a reserva relativa. A reserva existe por conta da possibilidade de ocorrer um conflito de interesses, qualquer que seja sua natureza, e ser necessário o pronunciamento judicial para a solução definitiva da questão jurídica, de aplicação do direito. E ela será relativa porque o interesse envolvido não tem magnitude suficiente para impedir a intervenção de autoridades não judiciárias [...] apenas o interesse público tem o condão de tornar a reserva de jurisdição absoluta, uma vez que o valor máximo de uma sociedade situa-se nos indivíduos que a compõe e apenas o risco de violação de seus direitos fundamentais é que justifica a atuação do Poder Judiciário como seu único guardião (VILARES, 2010, p. 108).⁴¹

Cabe nesse instante realizar um breve retrospecto sobre aquilo que foi formulado nesta seção: constatamos, em um primeiro momento, que os atributos contemplados pelo Poder Judiciário justificam o exercício de sua função típica. Nesse viés, apenas órgãos livres, independentes e despojados de influências externas e internas possuem a capacidade de praticar atos materialmente jurisdicionais. Com base no modelo de justiça funcional e no exame do núcleo da função jurisdicional, logamos chegar ao instituto da reserva de jurisdição, que se refere ao conjunto de hipóteses em que a função jurisdicional não poderá ser exercida senão pelo próprio Poder Judiciário, eis que correspondem a conflitos de interesses a serem solucionados de maneira definitiva e envolvem intervenções a bens constitucionalmente protegidos.

Em seguida, verificamos que o monopólio da jurisdição poderia ser de dois tipos: o da primeira (reserva relativa) e o da última palavra (reserva absoluta). A reserva relativa seria, em poucas palavras, expressão da garantia de inafastabilidade da jurisdição, permitindo que os atos oriundos de outros poderes possam ser revistos pelo Judiciário no desempenho de sua função típica. De forma contrária, a reserva absoluta de jurisdição não

⁴¹VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

admitiria a ingerência de outros poderes, competindo privativamente ao Judiciário a intervenção nos conflitos de interesses. Verifica-se que o critério de distinção entre os níveis de reserva estaria na relevância dos direitos ou bens em disputa. Portanto, na medida em que houver ameaça ou transgressão a direitos e bens jurídicos, a depender da sua relevância, caberá ao Poder Judiciário manifestar-se desde o princípio, ou somente em um momento posterior.

O reconhecimento de que certos conflitos envolvendo direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos sejam apreciados única e exclusivamente pelo Poder Judiciário enseja o debate a respeito de quais seriam os direitos e interesses abrangidos. Para atingir esse objetivo, há que se empreender um esforço no sentido de delimitar o conteúdo essencial dos chamados direitos fundamentais, suas características, seu alcance, o âmbito de proteção das normas constitucionais e, por fim, as restrições que contra eles podem ser impostas.

3.2. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

3.2.1. Noções iniciais

Inicialmente, cumpre destacar que a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade humana resulta das inúmeras transformações sociais e políticas da sociedade. Como exemplo disso, a própria Constituição Federal de 1988 objetivou expurgar o caráter autoritário da ditadura militar, na medida em que consolidara logo em seus dispositivos introdutórios o rol de direitos e garantias fundamentais. Tratou-se de conferir-lhes uma posição de destaque no texto constitucional, “[...] numa simbólica demonstração de prestígio”, conforme o escólio de George Marmelstein (2013, p. 63). Além disso, em favor dos direitos fundamentais foi deferida a qualidade de cláusula pétrea, de sorte que não poderiam ser excluídos sequer por meio de emendas constitucionais, segundo a redação do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal.⁴²

A noção sobre os direitos fundamentais como valores dinâmicos que se modificam no decorrer do tempo e acompanham o desenvolvimento político-cultural da sociedade decorre da conhecida “teoria das gerações de direitos”. A primeira geração de direitos é reflexo das conquistas alcançadas nas Revoluções Americana e Francesa e constituem, de forma geral, limitações aos arbítrios dos governantes sobre a esfera pessoal dos

⁴²MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

governados. Referem-se basicamente às liberdades individuais, como a de consciência, a livre expressão, inviolabilidade do domicílio etc. Com o avanço da industrialização e o crescimento demográfico, emergiram novos problemas socioeconômicos, agravados por conflitos e tensões entre as camadas da população. O caráter abstencionista do Estado cedia ante as exigências por um papel ativo do governo na realização da justiça social. Surge, então, a segunda geração de direitos, informada notadamente pelo princípio da igualdade material, tendo ainda reconhecido célebres direitos sociais, a exemplo da sindicalização e o direito de greve⁴³. Em sentido contrário às outras duas gerações, cujos direitos possuem como titulares os cidadãos enquanto indivíduos singularizados, a terceira fase caracteriza-se pela instituição de direitos voltados não para o homem em si ou para grupos de pessoas de forma isolada, mas para toda a coletividade. Abrange, por exemplo, o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à manutenção do patrimônio histórico e cultural, à comunicação, ao desenvolvimento, e correspondem chamados direitos de fraternidade.⁴⁴

Independente do surgimento de novas gerações, deve-se ter em mente que os direitos consagrados em fases anteriores permanecem sempre válidos, modificando-se apenas os seus conteúdos. Nesse sentido, um direito que antes guardava uma determinada concepção poderá sofrer, diante das circunstâncias sociais e dos valores preponderantes de um dado momento histórico, novas alterações em seus contornos. Segundo Mendes e Branco⁴⁵ (2012, p. 157), a compreensão dos direitos fundamentais em gerações traduz “[...] o caráter cumulativo desses direitos no tempo”. Destarte, “[...] não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade” (idem), visto que são desdobramentos do postulado da dignidade da pessoa humana. Adiante faremos maiores considerações sobre o princípio da dignidade humana e o conceito material dos direitos fundamentais.

3.2.2. Conceito material de direitos fundamentais e suas características

A definição dos direitos fundamentais em um conceitouniversal e atemporal não é tarefa das mais simples. Comumente são empregadas descrições vagas a respeito dessa ordem de direitos, que não se prestam a auxiliar em seu total entendimento. Isto porque, como visto, o rol de direitos fundamentais tende a crescer com o passar do tempo, à luz dos ideais e valores predominantes em cada período histórico, o que obsta a sua síntese em uma acepção

⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

⁴⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

abrangente de todos eles. Certas correntes procuram se aproximar da ideia de dignidade humana como parâmetro para delimitar os direitos fundamentais. De certa forma, alguns direitos e garantias fundamentais podem ser facilmente deduzidos a partir da compreensão do valor da dignidade, como o respeito à vida, à integridade física moral, à liberdade e à igualdade. Todavia, não há como negar que tal perspectiva envolve uma parcela de subjetividade do intérprete, além de não resolver a questão sobre quais pretensões podem advir do princípio da dignidade humana.⁴⁶

Malgrado a imprecisão doutrinária a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais, torna-se imperioso avaliar os atributos que lhes são eventualmente incorporados. Dentro dessa temática, costuma-se afirmar que os direitos fundamentais possuem caráter universal e absoluto, no sentido de que são reconhecidos a todas as pessoas, independente da época e do lugar em que se situam, ao passo que são imutáveis, não possibilitando a sua modificação ou exclusão. Tal perspectiva jusnaturalista não é de todo exata. De fato, a mera condição de ser humano é suficiente para que se atribua ao indivíduo a titularidade dos direitos fundamentais. Entretanto, há direitos cujo exercício atribui-se somente a algumas pessoas identificadas em específicas posições, a exemplo dos direitos sociais outorgados aos trabalhadores. Quanto à imutabilidade, resta consolidado o entendimento de que os direitos fundamentais podem se sujeitar a limitações, inclusive pela colisão com outros direitos fundamentais, não configurando, assim, valores absolutos.⁴⁷

Consoante a teoria de José Afonso da Silva (2009, p. 181), um dos aspectos reputados aos direitos fundamentais refere-se à sua historicidade. Explica o doutrinador constitucionalista que, assim como qualquer direito, nascem, modificam-se, evoluem e desaparecem, à vista do contexto histórico em que se encontram. Gradativamente, à medida que vão surgindo pretensões e demandas na sociedade, incentivadas pelos movimentos em favor de novas conquistas políticas, vão se consolidando direitos criados para atendê-las. De outro modo, cumpre aludir ao atributo referente à inalienabilidade dos direitos fundamentais, contra os quais são vedados quaisquer atos de disposição por parte do seu titular, tendo em vista que o Direito contemporâneo não se coaduna com a possibilidade de que um indivíduo possa se privar de sua própria dignidade. Dentro dessa perspectiva, registre-se que essa

⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158-161.

⁴⁷Idem, p. 162-163.

categoria de direitos, por conta da relevância dos valores tutelados, também não está sujeita a prescrição.⁴⁸⁴⁹

Com efeito, a circunstância de as Constituições geralmente contemplarem de maneira expressa os direitos fundamentais, além de operar como escudo contra eventuais arbítrios dos poderes constituídos, revela contornos ainda mais elevados. Trata-se de reconhecer a supremacia desses direitos na ordem jurídica interna, vinculando os atos emanados das autoridades e, ainda que em menor grau, as ações dos particulares. A propósito, cabe mencionar que as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, até mesmo as sujeitas a ulterior complementação pelo legislador ordinário. São, portanto, capazes de produzir efeitos desde a sua entrada em vigor, oscilando apenas quanto ao grau de eficácia e aplicação do seu conteúdo.⁵⁰

É importante ressaltar que a previsão constitucional dos direitos fundamentaistambém restringe o desempenho dos poderes públicos. Com relação à atividade legislativa, muito embora se delegue ao legislador a incumbênciade regular certos direitos, está ele adstrito ao núcleo essencial da matéria, de sorte que não poderá elaborar normas que esvaziem o conteúdo dos direitos proclamados pelo constituinte. À semelhança do queocorre nos demais poderes, a Administraçãotambém se submete ao domínio dos direitos fundamentais, devendo proceder do modo que melhor atenda aos desígnios da comunidade, dentro dos limites que lhe são reservados por aqueles direitos. Conforme visto anteriormente, compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, detendo a exclusiva prerrogativa de rever os atos dos demais poderes mediante o chamado controle de constitucionalidade.⁵¹

3.2.3. Direitos de defesa e o regime das liberdades

Diante da teoria dos quatro *status* de Jellinek, pode-se afirmar que os direitos fundamentais desempenham diferentes funções no ordenamento jurídico. Os chamados direitos de defesa sãoaquelesque tencionam salvaguardar as liberdades do indivíduo contra ingerências indevidas do Estado, seja pela não vedação de certas ações, seja pela necessidade de abstenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de certas posições jurídicas. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais representam normas de competência negativa do Poder Público, o qual fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade assegurado pela

⁴⁸Idem, p. 163-164.

⁴⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163-167.

⁵¹Idem, p. 167-177.

Constituição. Trata-se de consagrar a clássica noção liberal de direitos fundamentais, a qual estabelece que, em primeiro plano, tais normas representam uma limitação do poder estatal no intuito de preservar a esfera de autonomia pessoal e as liberdades do indivíduo.⁵²

Não cabe aqui investigar a fundo as perspectivas filosóficas por trás do conceito de liberdade; entretanto, dado que a temática da condução à força de suspeito corresponde basicamente à privação temporária da livre locomoção, não podemos nos furtar de discorrer sobre a sua acepção jurídica. Nesse sentido, costuma-se falar em liberdades, no plural, a fim de abranger desde a liberdade de circulação, de pensamento e de reunião até mesmo o direito à livre iniciativa. São expressões que decorrem, em diferentes níveis, do princípio da legalidade em sentido amplo, consubstanciado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal. Com efeito, guarda esse dispositivo duas dimensões: uma mais explícita, concernente no *princípio da legalidade*, e outra referente à *liberdade de ação*, que pressupõe o direito de que todos têm de fazer ou deixar de fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei disponha em sentido oposto. De acordo com o escólio de José Afonso da Silva⁵³

Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção) (SILVA, 2010, p. 236).⁵⁴

Sendo assim, verifica-se que a liberdade se apresenta como princípio elementar do Direito positivo, consistindo não a exceção, mas sim a regra geral. As intervenções estatais é que constituem, de fato, a exceção, e por isso mesmo precisam ser legítimas, encontrando-se expressamente pronunciadas na lei. Feitas essas considerações sobre a posição de destaque da liberdade como direito individual diante do Estado, aliada à premissa de que a restrição em concreto de direitos fundamentais decorre exclusivamente da atividade jurisdicional, desponta o preceito constitucional do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, cujo conteúdo determina que ninguém será privado de sua liberdade sem a realização de procedimento judicial prévio.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2014.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 234-236.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

3.3. O devido processo legal e a restrição da liberdade

A cláusula do devido processo legal tem suas origens ligadas à Magna Carta de 1215, ali denominada *dueprocessoflaw*, e em razão da qual nenhum homem seria preso ou privado de seus bens a não ser pelo julgamento dos seus pares de acordo com a lei regente. Evoluiu a ponto de configurar uma garantia moderna do cidadão face às intervenções do Estado contra a sua esfera particular. Ultrapassado o autoritarismo predominante no regime militar desde 1964, tratou a Constituição Cidadã de incorporar os desígnios da sociedade em favor do reconhecimento dos valores democráticos e proteção das liberdades individuais. O princípio constitucional do devido processo legal apresenta duas importantes dimensões: uma material e outra procedimental.⁵⁵

Fernanda Regina Vilares (2010, p. 103) assevera que, em princípio, o devido processo legal abrangia apenas a vertente processual, estabelecendo a necessidade de um processo regular e justo para que a lei possa ser concretamente aplicada. Dentro dessa perspectiva, cabe ao magistrado assegurar às partes a oportunidade de se manifestar, de se defender, de se cientificar sobre os atos processuais e mesmo de influir no seu convencimento. Em contrapartida, a dimensão material determina que tanto as leis quanto as decisões judiciais devem ser compatíveis aos princípios e valores constitucionais.⁵⁶

Há de se destacar que o mandamento do devido processo legal possui um alcance geral, abarcando todos os princípios estruturantes do processo penal, isto é, as garantias da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e imparcial, a publicidade dos atos processuais etc. Assim, é corriqueiramente empregado pela doutrina como o conjunto dos referidos princípios constitucionais processuais penais, os quais são imprescindíveis ao correto exercício da jurisdição. Dito isso, a perspectiva que nos interessa corresponde às situações em que se busca restringir a eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração para a eventual colheita de provas no processo penal.⁵⁷

Vimos no decorrer do presente estudo que a cláusula da reserva de jurisdição refere-se, entre outros casos, àqueles em que cumpre privativamente ao Poder Judiciário solucionar controvérsias sobre direitos e garantias fundamentais. Com relação ao direito

⁵⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵⁶VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

⁵⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

individual à liberdade de ação, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou dispositivo especial cuja finalidade consiste basicamente em protegê-lo de intervenções estatais desprovidas de anuência judicial prévia. É essa a compreensão inicial que se deduz da redação do inciso LIV do art. 5º da Constituição, a qual estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Diante da fórmula contida no dispositivo, compreendendo o processo como meio legitimante da jurisdição, o qual somente poderá ser desempenhado pelo magistrado como autoridade representante do Poder Judiciário, podemos afirmar que, ao fixar a garantia do devido processo legal para as situações de restrição da liberdade, a Constituição proclama a indispensável presença do juiz. Nas palavras de Fernanda Regina Vilares (2010, p. 105), “[...] a decisão judicial emerge como condição inafastável para a limitação de um direito fundamental”. A exceção prevista no texto constitucional à necessidade de prévia determinação judicial para se efetuar uma restrição contra o direito individual à liberdade seria a prisão em flagrante, a qual está sujeita, por ser medida precária de natureza pré-cautelares, ao posterior crivo judicial.

Em suma, com base nos ditames do devido processo legal, é possível sustentar a existência de uma reserva de jurisdição absoluta para os casos de restrição do direito fundamental à liberdade de ação. Essa cláusula deve ser observada ainda que em fase preliminar do processo penal, na medida em que configura meio de proteção contra intervenções estatais indevidas.

4. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO

4.1. Desenvolvimento histórico

O princípio expresso em latim na máxima “*nemotenetur se detegere*” representa, em linhas gerais, o direito fundamental assegurado ao acusado de não se auto-incriminar. No direito anglo-saxônico é comumente referido como *privilege against self-incrimination*. Modernamente, o princípio encontra-se consagrado na maioria dos diplomas internacionais, entre eles os Direitos norte-americano, germânico, italiano e espanhol, apresentando-se como garantia do indivíduo contra a persecução penal promovida pelo Estado. Entretanto, a sua consolidação nos ordenamentos jurídicos ocorreria apenas gradualmente, ao longo do tempo.⁵⁸

No passado, à época das civilizações clássicas, praticamente não há registros de sua aplicação. Para efeito de ilustração, na Grécia antiga, a fim de obter a confissão do suspeito no interrogatório, eram frequentemente empregados métodos de tortura. O Código de Hamurabi tampouco se pronunciava a seu respeito. De outra parte, o Egito admitia como instrumento de prova a utilização de métodos cruéis, a exemplo da roda e do golpe de bastão. Posteriormente, na Idade Média, em que prevalecia o sistema processual inquisitório, a culpabilidade do acusado era desde o início presumida, funcionando a confissão através da tortura como forma de ratificar a suspeita. A tendência nesses julgamentos era a busca irrestrita de provas por meio do acusado ou com a sua colaboração.⁵⁹

Embora não seja possível indicar precisamente a sua origem, predomina o entendimento de que foi durante o período do Iluminismo que se alcançaram os contornos básicos de sua construção teórica. Em sua clássica obra *Dos delitos e das penas* (1764), Beccaria defende que seria ilegítimo exigir do acusado o dever de dizer a verdade mediante juramento, haja vista ser impossível que o mesmo contribua de bom grado para a sua própria destruição. Ademais, critica veementemente a utilização da tortura como instrumento probatório, sustentando que o indivíduo somente poderá ser submetido à aflição da pena quando já se tenha como certa a sua culpabilidade. Além dele, o filósofo Pietro Verri também pode ser lembrado como crítico iluminista do emprego de práticas desumanas na persecução criminal.⁶⁰

⁵⁸QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁵⁹Idem, p. 28-31.

⁶⁰Idem, p. 32-33.

No sistema processual do *common law*, o princípio da não auto-incriminação encerra na sua origem aspectos religiosos e políticos presentes na Inglaterra dos sécs. XVI e XVII. Durante essa época, sucederam vários conflitos entre católicos e protestantes, ao passo que a rejeição ao sistema de governo monarquista cedia lugar ao parlamentarismo. Nesse cenário, havia uma divisão de competências entre os tribunais do *common law* e os eclesiásticos: enquanto os primeiros buscavam confiar seus veredictos em provas independentes do acusado, estes priorizavam com veemência a confissão. No ano de 1641, todavia, através do Estatuto de Carlos I, a Inglaterra consolidava expressamente o princípio da nãoautoincriminação. O denominado *privilege against self-incrimination* também conquistaria mais tarde importante destaque no Direito norte-americano pela *Bill of Rights* de 1791.⁶¹

Atualmente, o princípio *nemotenetur se detegere* encontra-se reconhecido em inúmeros diplomas internacionais sobre direitos humanos. Nesse sentido, o Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 estipula para todas as pessoas na redação do art. 8º, §2º, g, “[...]o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Por seu turno, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos enumera expressamente, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, dentre o rol de direitos a que fazem jus todas as pessoas “[...] não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (art. 14, n. 3, g).

Diante da adesão do Brasil aos referidos diplomas, o princípio *nemotenetur se detegere* foi inequivocamente recepcionado em todas as suas dimensões pelo ordenamento pátrio. Antes disso, no entanto, era possível extrair a aplicação do princípio por força da garantia do devido processo legal, do direito à ampla defesa e da presunção de inocência, além da expressa previsão no texto do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna do denominado direito ao silêncio, o qual decorre indubitavelmente da proibição à auto incriminação.⁶²

4.2. O direito à ampla defesa: defesa técnica e autodefesa

Hodiernamente, o princípio-garantia *nemotenetur se detegere* encontra-se disciplinado em diplomas legais de inúmeros países. Muito embora o seu âmbito de proteção oscile de acordo com o ordenamento jurídico, é certo que a faculdade de não fazer prova contra si mesmo corresponde a uma das várias facetas da ampla defesa. Tal direito encontra-se insculpido no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e apresenta-se como a mais

⁶¹HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

⁶²QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104-105.

importante garantia do indivíduo no processo penal. Em linhas gerais, a ampla defesa abrange todas as medidas e oportunidades disponibilizadas ao acusado de preservar o estado de inocência, visto como atributo intrínseco do ser humano. Devido ao seu extenso conteúdo, pode-se desdobrar o direito à ampla defesa em duas categorias: o direito de defesa privado (ou autodefesa) e o direito de defesa pública (ou defesa técnica).

A necessidade da defesa técnica está expressamente prevista no art. 261 do Código de Processo Penal, cuja redação estabelece que nenhum acusado seja submetido a julgamento sem defensor. Por supor que o acusado não dispõe dos conhecimentos básicos para resistir à persecução penal, o ordenamento jurídico garante a sua assistência por defensor com conhecimento técnico-jurídico suficiente para influir no veredito em igualdade de condições com o promotor. Além de ser uma garantia do imputado, há também o interesse da sociedade na correta apuração dos fatos, motivo pelo qual se assevera que a defesa técnica é indisponível.

De outra sorte, a denominada autodefesa, que abrange as atuações pessoais do sujeito passivo dirigidas contra a pretensão punitiva, pode se manifestar de várias formas. Assim, a partir do modo como seja exercitada, a autodefesa poderá ser classificada como positiva ou negativa. Através da modalidade positiva, a autodefesa poderá ser exercida para provar a inocência do acusado, lançar dúvidas sobre a sua culpabilidade, requerer diligências ou mesmo apresentar elementos que diminuam a reprovabilidade de sua conduta. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 481).⁶³

Juntamente com esse atuar positivo, que pressupõe um comportamento comissivo do acusado, também se admite uma postura omissiva, mediante a qual o sujeito passivo não só pode se negar a declarar, como também lhe é facultado se negar a colaborar com a atividade investigatória estatal em procedimentos como as intervenções corporais, reconstituição dos fatos, fornecimento de material genético etc. É a chamada autodefesa

⁶³LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

negativa, que reflete a disponibilidade do sujeito passivo em contribuir, a seu talante, na produção de provas que possam importar em autoincriminação.⁶⁴

4.3. O direito ao silêncio e a inexistência do dever de veracidade para o acusado

Tratando-se da mais conhecida manifestação da autodefesa negativa, o direito ao silêncio resta assegurado ao indiciado preso no art. 5º, LXIII da Constituição Federal. Embora a redação não o mencione expressamente, não há dúvida de que a norma aplica-se também ao indiciado solto. Como explica Aury Lopes Jr. (2013, p. 486), deve-se registrar que o direito de permanecer calado encontra-se igualmente previsto no art. 8.2, alínea g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, preenchendo qualquer lacuna legislativa decorrente do dispositivo constitucional mencionado. Por esse motivo, a redação do art. 186 do CPP foi reformada, de sorte que o silêncio do sujeito passivo no interrogatório, além de não configurar confissão, tampouco poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.⁶⁵

Questão importante refere-se ao momento a partir do qual poderá o acusado exercer o direito ao silêncio. Nas hipóteses de prisão em flagrante delito, o direito ao silêncio deverá ser oportunizado desde o momento da prisão, cumprindo à autoridade policial alertar o flagranteado de que não está obrigado a responder às indagações que lhe forem feitas, sob pena de nulidade do flagrante e das provas que vierem a ser obtidas através das suas declarações. Tal ressalva deve ser verificada com atenção diante dos excessos da imprensa no que tange à veiculação de depoimentos e entrevistas dos presos ou mesmo em virtude das denominadas declarações “informais” dirigidas aos policiais, obtidas muitas vezes por meio de violações dos direitos e garantias constitucionais. Em seguida, após o interrogatório do preso em flagrante delito, deverá constar no auto de prisão documento que comprove tenha sido o sujeito passivo informado do direito de permanecer calado; caso contrário, será tido como não formulado.⁶⁶

Nos casos onde o inquérito policial tenha iniciado por outra forma que não a prisão em flagrante, encontrando-se o sujeito passivo em liberdade, será este intimado a depor sobre os fatos contra ele imputados. No interrogatório policial, uma vez ciente de sua condição de suspeito, deverá ser informado pela polícia sobre a possibilidade de responder às

⁶⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 314-316.

⁶⁵LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁶SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 289-298. – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

perguntas formuladas, sendo nesta ocasião obrigatoriamente assistido por defensor. Em contraponto à suspeita comumente concebida de que o silêncio seria mero artifício usado para ocultar a verdade, destaca Haddad (2003, p. 52): “[...] se o silêncio gerasse conclusões depreciativas, constituir defensor, formular perguntas às testemunhas ou apresentar alegações finais acarretariam o mesmo efeito, pois, assim como o primeiro, são manifestações do direito de defesa”.⁶⁷

Além da possibilidade de se manter calado durante o interrogatório, certa doutrina entende que é garantida ao acusado a faculdade de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por conta delas possa ser responsabilizado. Segundo esse raciocínio, embora não se reconheça categoricamente a existência do direito à mentira, é certo que não há sanção para o acusado que falte à verdade. Tampouco poderá ser valorada como indício de culpabilidade, uma vez que o dever de dizer a verdade é inexigível para o acusado, ao contrário do que sucede com a testemunha, que poderá incorrer no crime previsto no art. 342 do Código Penal.⁶⁸

Com relação à amplitude e aos limites do seu exercício, prevalece o entendimento de que o acusado pode se negar a fornecer informações sobre os fatos, mas não sobre a sua pessoa. Em outras palavras, cumpre ao sujeito passivo prestar informações verídicas no tocante à sua identidade, devendo responder adequadamente quando questionado pela autoridade policial ou judicial sobre a sua qualificação. De fato, o ato de responder os questionamentos dirigidos à correta identificação do acusado não traz, em princípio, qualquer prejuízo para a defesa. Assim, salvo nos casos onde o fornecimento de informações pessoais seria uma forma de autoincriminação (a exemplo dos crimes onde o autor é conhecido), não pode o indivíduo se furtar de colocar à disposição da autoridade policial seus dados pessoais.

Dito isso, entende-se como ilícita a conduta daquele que recusar à autoridade, quando justificadamente solicitado, quaisquer dados ou indicações relativas à sua identidade, estado, profissão, domicílio e residência, consoante a redação do art. 68 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941). Nesse caso, pode-se afirmar inequivocamente

⁶⁷HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

⁶⁸BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro, art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral

que existe um dever de veracidade do indivíduo, uma vez que o art. 307 do Código Penal tipifica o crime de falsa identidade.⁶⁹

4.4. O dever do acusado de participação em atos dotados de eficácia probatória

No Brasil, o direito ao silêncio representa apenas uma das diversas manifestações de um princípio maior, o denominado *nemo tenetur se detegere*, que veda a atribuição de prejuízo jurídico para o acusado que se negue a cooperar com a atividade probatória levada a cabo pelos órgãos de investigação. A recusa do sujeito passivo pressupõe basicamente o exercício regular do direito constitucional de não fazer prova contra si mesmo. Diversos ordenamentos estrangeiros não admitem a aplicação do direito contra a autoincriminação na produção de provas que demandem a colaboração do acusado para sua produção. Entre eles, existem aqueles que permitem a execução de medidas coercitivas para compelir o sujeito passivo a cooperar na obtenção da prova. Em outros, a recusa do acusado em se submeter a tais procedimentos pode ser avaliada pelo juiz como fundamento para a condenação. Feitas as devidas ressalvas, de modo geral, persistem restrições contra o estabelecimento do dever de cooperação.⁷⁰

Via de regra, costuma-se separar as atividades probatórias que necessitam de uma contribuição ativa do indivíduo daquelas executadas por meio de uma simples sujeição passiva. Com base nesse critério, o réu poderia invocar o *nemo tenetur se detegere* somente em relação às medidas que demandem uma atividade concreta obtenção da prova, excluindo-se aquelas que se reduzem a uma mera tolerância.

No ordenamento italiano, embora não se verifique a existência de normas processuais que disciplinem a obrigatoriedade do acusado de cooperar com os órgãos de investigação, quanto a procedimentos como o reconhecimento e a acareação tem predominado o entendimento de que o juiz poderá adotar as medidas necessárias, desde a condução coercitiva até o encarceramento provisório, não sendo possível exigir-se do sujeito passivo que realize certos movimentos, enuncie frases e expressões (a título de reconhecimento oral) ou proceda a qualquer forma de comportamento ativo.⁷¹

No direito francês não há normas específicas sobre a colaboração do acusado com os órgãos de investigação. Não obstante, o Código de Processo Penal dispõe no art. 64

⁶⁹BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro, art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

⁷⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315-316.

⁷¹Idem, p. 316-327.

que, entre as informações apontadas no auto de prisão lavrado pela autoridade policial deverá constar se houve registro de intervenções corporais no acusado e se houve relutância. Com relação às infrações de trânsito, convém assinalar que a recusa do motorista em se submeter ao etilômetro configura um *delitcorrectionel*, com pena de até dois de anos de detenção e multa.⁷²

Quanto ao tratamento da matéria, observa-se notória divergência entre os tribunais e a doutrina espanhola. Em doutrina, considera-se que não são admissíveis as intervenções corporais que importem em ofensa à integridade física do acusado ou causem prejuízo à sua saúde. Por outro lado, o Tribunal Constitucional e o Ministério Público (MP) têm sustentado a existência de normas autorizadoras de tais medidas, consagradas na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.⁷³

A Suprema Corte norte-americana adota posicionamento ainda mais restrito sobre o princípio contra a auto-incriminação. Nesse sentido, o tribunal já decidiu que compelir o acusado a permanecer em linha usando determinada roupa e dizendo “ponha o dinheiro na sacola” não desrespeita o direito a não produzir prova contra si mesmo.⁷⁴

Frise-se que no Direito brasileiro o *nemotenetur se detegere* não se limita a reconhecer o direito do acusado de permanecer em silêncio durante o interrogatório. Na legislação de trânsito, por exemplo, foi recentemente regulamentado o uso do etilômetro como meio para comprovação de embriaguez do motorista. Embora não haja a possibilidade de promover sanções a nível penal em face da recusa do acusado em submeter-se a tal exame, a negativa do condutor em realizar os testes de alcoolemia e os exames clínicos pode ensejar a aplicação de penalidades e medidas administrativas.⁷⁵

Em relação à colaboração do réu na produção de prova, o Supremo Tribunal Federal já admitiu, em algumas ocasiões, a opção do acusado em auxiliar os órgãos policiais. Em 1987, a Corte Suprema decidiu por unanimidade que a decretação de prisão provisória do indiciado em face de sua recusa em participar na reconstituição do crime configura constrangimento ilegal. Em julgado de 1998, o STF decidiu que o imputado não pode ser coagido a elaborar material gráfico escrito de próprio punho, para efeito de exame grafotécnico, sendo admissível somente a sua intimação para fornecer referido material. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, referida Corte também deliberou, à luz do princípio

⁷²Idem, p. 328.

⁷³Idem, p. 332-339.

⁷⁴HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 57-58.

⁷⁵QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310.

nemotenetur se detegere, que o acusado não possui o dever de se apresentar para a perícia de constituição de imagens.⁷⁶⁷⁷

Em linhas gerais, predomina a orientação na jurisprudência nacional no sentido de não reconhecer a existência do dever de colaboração do acusado na constituição de provas, desde que importem em contribuição ativa. Dessa forma, não havendo a obrigação de fazer algo, não há que cogitar a condução coercitiva do indivíduo. Além de não configurar crime de desobediência, a recusa do réu também não pode ser interpretada em seu prejuízo. No entanto, a doutrina ressalta que não se pode contemplar o princípio *nemotenetur se detegere* como direito absoluto do réu, sob o risco de frustrar a própria persecução penal. Assim, no que tange às demais provas consubstanciadas em um mero tolerar do acusado, advoga-se contra a possibilidade de se arguir o direito de não produzir prova contra si mesmo. Para melhor compreensão do estudo sobre as provas que dependem da cooperação passiva do réu, cumpre dividi-las entre aquelas que importam em intervenção corporal e aquelas que ocorrem sem a necessidade de ingerência sobre o organismo do indivíduo.

4.5. Provas que importam em intervenção corporal

O recurso à intervenção corporal de suspeito corresponde a meio de produção de prova cercado de aspectos polêmicos, em que pese a sua habitual utilização no decorrer da investigação policiais. No Brasil, o debate sobre a realização de atos dessa natureza tem se revelado ainda tímido. Um dos motivos é que a estrutura dos órgãos investigativos geralmente carece de maiores condições técnicas para a efetivação desses procedimentos. Como resultado, a maior parte das investigações restringe-se à oitiva da vítima e das testemunhas e à obtenção da confissão. Ademais, nas ocasiões em que tais ingerências sobre o corpo do acusado são promovidas, comumente realizam-se sem maiores precauções quanto à autorização judicial prévia e com a preservação da dignidade do investigado.⁷⁸

As provas que resultam em intervenção corporal podem ser de duas ordens: invasivas ou não invasivas. São entendidas como pertencentes à primeira categoria as ingerências corporais que se realizam mediante penetração no organismo do investigado, seja pela introdução de instrumentos, seja por administração de substâncias em cavidades naturais ou não. Entre elas, podem ser citados os exames de sangue, o exame ginecológico, a

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 64.354 – SP**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 01 de julho de 1987.

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69.026 – DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 1991.

⁷⁸HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 243-244.

identificação dentária, além da endoscopia e do exame retal, os quais podem ser desempenhados a título de busca pessoal. De outra sorte, as provas não invasivas correspondem a outras tantas espécies de perícias, a exemplo dos exames de fezes e de urina, dos exames de DNA promovidos a partir da coleta de fios de cabelo e pelos, das identificações por meio de impressões digitais (datiloscopia), das radiografias em buscas pessoais, etc.⁷⁹

Por fim, cumpre mencionar a ausência de previsão legal específica sobre as intervenções corporais compulsórias como instrumento de prova no direito brasileiro. Não satisfaz à alusão ao princípio da não taxatividade dos meios de prova, por corresponderem a procedimento transgressor de bens de índole constitucional. Diante disso, a edição de lei disciplinadora é medida que se impõe no processo penal brasileiro para que se proceda legitimamente às medidas de investigação sobre o corpo do acusado. Como medida limitadora de direitos fundamentais, a intervenção sobre o corpo do acusado deve também ser precedida de manifestação judicial, de tal forma que o Ministério Público e os agentes policiais só possam adotar tal procedimento quando haja prévia manifestação judicial.⁸⁰

4.6. Exceções ao *nemotenetur se detegere*: o princípio da proporcionalidade

É cediço que a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez postos em conflitos com outros direitos e princípios constitucionais de mesma amplitude, comporta a imposição de certas restrições em seus conteúdos. Por tal razão, alguns autores sugerem que a garantia contra a auto-incriminação possa sofrer limitações no decorrer da persecução penal com base no princípio da proporcionalidade.

Conforme Maria Elizabeth Queijo, a definição do princípio da proporcionalidade nos seus contornos atuais coube ao Tribunal Constitucional alemão, em julgado de 1971, nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (QUEIJO, 2012, p. 378).⁸¹

⁷⁹QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

⁸⁰HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 243-244.

⁸¹QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378.

A partir do mencionado conceito, o princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição do excesso) pode ser desdobrado em três subprincípios, quais sejam: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Por força do subprincípio da idoneidade, torna-se necessário verificar se o expediente diligenciado objetivamente alcança os fins propostos. Em seguida, sob o prisma do subprincípio da necessidade, deve-se exigir que, dentre as medidas igualmente aptas, seja escolhida aquela que menos reduza o âmbito de proteção do direito individual abalado. E, por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se faça uma ponderação sobre a relevância do fim proposto em cotejo com o grau de limitação dos direitos em disputa.⁸²

Em face do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, propugna-se a existência de limites expressos e implícitos em relação a eles. Os primeiros decorrem da Constituição, que pode estabelecer em sua própria redação os limites impostos ou facultar a possibilidade de limitação através de lei posterior. Por seu turno, apesar de não encontrarem previsão constitucional explícita, os limites implícitos (ou imanentes) resultam de colisões com outros direitos e bens constitucionalmente tutelados. É fácil concluir, dentro dessa perspectiva, que quaisquer restrições operadas contra direitos fundamentais devem estar consignadas, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. Assim, o princípio da proporcionalidade daria ensejo, por meio dos mencionados subprincípios, à aferição da constitucionalidade material das leis restritivas de direitos fundamentais. Observe-se, contudo, que não se trata de analisar a compatibilidade da lei com a Constituição de um ponto de vista formal. O exame da norma à luz do princípio em foco deve dirigir-se sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, que não poderá ser exaurido ou reduzido de maneira drástica. Nesse sentido, afirma Maria Elizabeth Queijo⁸³:

Os direitos fundamentais podem sofrer limitações, mas não pode haver excesso nas restrições, de modo a comprometer o próprio conteúdo do direito em questão. Nessa ótica, é importante considerar o conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais, que tem a função de garantia com relação ao legislador. Referido núcleo pode ser entendido com núcleo essencial de um direito, composto por atributos mínimos que o tornam reconhecível, sem os quais ele se desnatura, extingue-se ou transforma-se em outra coisa. Qualquer que seja a restrição sofrida pelo direito fundamental, ele há de conservar suas características essenciais (QUEIJO, 2012, p. 389).

⁸²MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não auto-incriminação no processo penal contemporâneo**: Investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90-97.

⁸³QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

Para que se possa operar a restrição de um determinado direito fundamental, como pressupostos básicos do princípio da proporcionalidade, destaca-se a exigência de que todas as medidas sejam previstas em lei (princípio da legalidade), que os fins visados sejam legítimos (justificação teleológica) e que sejam precedidas da aquiescência motivada do Judiciário. Devendo a lei estabelecer de maneira explícita os requisitos e a dimensão das ingerências do Poder Público no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da legalidade consubstancia autêntico obstáculo contra atuações casuísticas do julgador, a pretexto de executar o princípio da proporcionalidade. Em acréscimo, é imperioso que os bens jurídicos que se buscam proteger por meio da limitação do direito fundamental sejam suficientemente relevantes e guarnecidos pela Constituição. De outra parte, as decisões judiciais que amparem a realização de expedientes coercitivos deverão estar devidamente motivadas, conforme a garantia decorrente do Estado Democrático de Direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido e aplicado em inúmeras ocasiões o princípio da proporcionalidade, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, muito embora a Constituição Federal não o haja acolhido expressamente em seus dispositivos. Além disso, verifica-se nos tribunais pátrios o hábito de aplicar, indistintamente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, revelando, desse modo, a significativa ausência de critérios para a incidência dos seus preceitos.

4.7. Decorrências da aplicação do *nemotenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado

No processo penal contemporâneo, é importante mencionar que a carga probatória está - com relação à demonstração do fato, de sua autoria e da culpabilidade - inteiramente nas mãos do acusador, como efeito da consagração do princípio da presunção de inocência. Por tal motivo, não pode o acusado ser coagido a assistir o órgão investigatório a livrar-se de um ônus que não lhe pertence. Seguindo essa lógica, caso o suspeito se recuse a fornecer material sanguíneo para realização de exame de DNA, nada impede que seja recolhido na fase de investigação preliminar através de expedientes como a busca e apreensão domiciliar de objetos pessoais como roupas, lençóis, copos, escovas de dente, pentes e outros utensílios. Da mesma forma, se o investigado se nega a entregar papéis e documentos que possam incriminá-lo, poderá ser promovida a busca e apreensão deles sem quaisquer óbices.⁸⁴

⁸⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 547-549.

De maneira oposta ao que ocorre em ordenamentos estrangeiros, o *nemotenetur se detegere* consiste em direito fundamental cujos limites não se encontram expressamente previstos no texto constitucional. A despeito disso, por não existirem direitos absolutos, Maria Elizabeth Queijo sustenta que a definição dos limites da garantia contra a auto-incriminação decorre da necessidade de coexistência com bens e valores de semelhante proteção constitucional, a exemplo da paz social e da segurança pública. Caso contrário, “[...] o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado” (QUEIJO, 2012, p. 406), aduz a autora. Não se deve perder de vista, contudo, que as restrições operadas não poderão esvaziar o conteúdo do *nemotenetur se detegere*, preservando-se em qualquer hipótese o núcleo essencial do direito.⁸⁵

Em se tratando de limitações ao conteúdo de direitos fundamentais, não há dúvidas de que só poderão ser concretizadas mediante autorização legal, cujo texto deverá explicitar de maneira clara e objetiva as suas formas de execução. Além disso, competindo ao Poder Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais, a submissão do investigado a tais expedientes – uma vez que possam atentar contra a liberdade de autodeterminação, a intangibilidade corporal, a integridade física e a dignidade - deverá ser precedida obrigatoriamente de manifestação jurisdicional.⁸⁶

Assevera Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 411) que as medidas restritivas da garantia contra a autoincriminação deverão, com fundamento nos subprincípios informadores do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), ser indispensáveis para a produção das provas, sendo ainda o expediente menos gravoso possível para o acusado no caso concreto. Nesse sentido, propõe a autora que a lei que venha regular as hipóteses de limitação ao *nemotenetur se detegere* deverá tratar distintamente as provas produzidas com a cooperação do suspeito, observando os seguintes critérios.

4.7.1. Com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva

Somente poderão ser efetuadas com o consentimento prévio, expresso e emitido livremente pelo acusado, através de controle jurisdicional sobre a legalidade do expediente. Registre-se que tal autorização judicial não supre o assentimento do investigado. A fim de proteger a saúde e a integridade física do suspeito, as medidas concernentes na

⁸⁵QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406-411.

⁸⁶Idem.

intervenção corporal de caráter invasivo apenas poderão ser promovidas por médico ou profissional especializado. Caso a medida represente perigo de vida ao indivíduo, deverá ser evitada em qualquer hipótese, ainda que haja consentimento do ofendido, pois que se trata de salvaguardar bem jurídico constitucional e indisponível.

À luz do princípio da proporcionalidade, o juiz que autorizar a medida deverá verificar o seu cabimento baseado na existência ou não de elementos suficientes para o indiciamento e na natureza da infração supostamente cometida. Além disso, deverá observar se a prova que se almeja produzir é útil e indispensável para a persecução criminal; se não há possibilidade de ser obtida por meio menos gravoso; e, por derradeiro, se a violação do direito fundamental encontra-se justificada em face do interesse da coletividade.⁸⁷

4.7.2. Com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal não invasiva

Poderão ser executadas mesmo sem o consentimento do investigado, desde que não importem em cooperação ativa deste e decorram de ordem judicial prévia. Caso necessitem de sua colaboração ativa, mesmo que ínfima, somente poderão ser realizadas com o seu consentimento expresso e inequívoco, conforme o procedimento estabelecido para as intervenções corporais invasivas.

Em obediência ao princípio da proporcionalidade, assim como ocorre com as medidas invasivas, caberá ao juiz examinar a utilidade e a idoneidade da prova, sua indispensabilidade para a conclusão das investigações e se não existe possibilidade de ser alcançada por meio menos gravoso ao acusado. A restrição ao direito fundamental será aprovada pelo juiz tendo em vista a presença de indícios de autoria ou participação no delito objeto da investigação.⁸⁸

4.7.3. Com relação às provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem intervenção corporal

Poderão ser impostas pelas autoridades judiciárias ou pelos agentes policiais, mesmo sem o consentimento do sujeito passivo, desde que pressuponham apenas a sua colaboração passiva. Caso a produção da prova decorra diretamente de expediente da autoridade policial, será posteriormente submetida ao controle judicial. Na mesma direção das duas categorias anteriores, se as provas a serem obtidas dependem de cooperação ativa do

⁸⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411-413.

⁸⁸ Idem, p. 413-414.

acusado, será indispensável a sua anuência, expressada de maneira livre e sempre acompanhada da advertência prévia sobre a garantia contra a autoincriminação.⁸⁹

Registre-se que as provas aludidas somente serão determinadas caso haja indícios suficientes de autoria ou participação que justifiquem a adoção de medida restritiva a direito fundamental, em consonância com o princípio da proporcionalidade. O juiz também deverá examinar a razoabilidade e a idoneidade da medida em face da infração a ser apurada, bem como se não seria viável o emprego de meio menos gravoso ao suspeito.

⁸⁹Idem, p. 414-415.

5. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

5.1. Noções iniciais

A função da investigação preliminar (também denominada prévia ou preparatória) consiste em obter um conjunto probatório mínimo a fim de que o titular da ação penal possa dar justa causa ao exercício da ação penal, de modo a evitar denúncias caluniosas ou infundadas. Por justa causa, devemos compreender a existência de materialidade do fato típico e ilícito, além de indícios de autoria e participação. Nessa linha, sustenta Carnelutti que a investigação prévia não deve ser encarada como procedimento de preparação da ação, senão como uma barreira a ser superada antes de se dar início ao procedimento definitivo. Certamente seria desejável que toda acusação fosse sempre fundada, uma vez que a acusação diante da justiça criminal, ainda que venha a ser rejeitada pelo juiz em virtude da absolvição do réu, causará a este um estigma social irreparável. Para alcançar esse objetivo, em regra, costuma-se relacionar o resultado do procedimento definitivo com o preliminar.⁹⁰⁹¹

Além de evitar acusações infundadas, podem ser extraídos outros dois fundamentos básicos para a investigação. Segundo Aury Lopes Jr. (2013, p. 103-109), por conta do caráter misterioso que geralmente reveste a conduta delitiva, a investigação preliminar teria como propósito evidenciar os instrumentos, meios e fatos por trás do crime. Nesse sentido, deve o Estado dispor de aparatos eficazes a fim de evitar a elevação nos índices da *criminal case mortality* (correspondente às cifras de casos não solucionados pela justiça) e o conseqüente descrédito nas instituições formais de controle. Ademais, a atividade investigatória teria ainda uma função simbólica ao promover o restabelecimento da paz social enfraquecida pelo crime.⁹²

A investigação preliminar no processo penal brasileiro é concretizada através do inquérito policial, em alusão ao órgão encarregado de produzi-lo. Apesar da sua relevância para o funcionamento da justiça criminal, trata-se de instrumento facultativo, não se obstando o manejo do processo penal baseado em outros elementos de informação. Antes de iniciar o seu estudo, convém seja mencionado que o modelo consignado no inquérito policial é fruto de inúmeras críticas dada a sua inspiração autoritária, tendo surgido numa época em que o

⁹⁰CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Procedimiento preliminar: Función del procedimiento preliminar. 1. ed. EJE, 1971.

⁹¹SILVA, Marcio Cesar Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p.103-104.

⁹²LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

acusado era tratado como mero objeto de investigação. Sendo assim, é importante que se faça uma leitura constitucional e garantista do sistema de investigação adotado pelo Código de Processo Penal, no sentido de ajustá-lo à atual realidade democrática.

5.2. Polícia e poder de polícia

5.2.1. Considerações preliminares

A designação “poder de polícia” surgiu nos Estados Unidos (*policepower*), por ocasião do julgamento do caso *Brown vs. Maryland*, em 1827. O conceito legal de poder de polícia em nosso ordenamento jurídico encontra-se disciplinado no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 1966), redação dada pelo Ato Complementar nº 31 de 28 de dezembro de 1966, nos seguintes termos:

Considera-se poder de polícia a atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando o direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas dependentes da concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade ou ao respeito à prosperidade e aos direitos individuais e coletivos(CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL).⁹³

Por sua vez, o parágrafo único do referido dispositivo prescreve que o desempenho do poder de polícia somente será regular quando efetuado pelo órgão competente, “[...] nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Compreende-se o poder de polícia como atividade imprescindível à manutenção da ordem interna de uma sociedade democrática, de sorte a compelir os indivíduos a obedecerem às normas jurídicas constituídas pelo Poder vigente no intuito de garantir a paz social. Representa, assim, a submissão da vontade individual aos interesses coletivos, que se traduz na limitação de bens e direitos em prol da comunidade, seja mediante uma atuação preventiva para evitar perturbações à ordem pública, seja repressivamente, após a ocorrência de ilícitos civis e penais. Entretanto, cumpre fazer uma observação quanto à diferença entre o poder de polícia e a polícia. O primeiro refere-se ao conjunto de funções que dispõem a Administração para condicionar o uso e o gozo de interesses, bens ou direitos em

⁹³BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, alterada pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005.

benefício da comunidade. De outra parte, na qualidade de órgão que integra a Administração Pública, compete à polícia a manutenção da ordem, da tranquilidade e da segurança coletiva, protegendo e ordenando o respeito à vida, à propriedade e a todos os direitos individuais e coletivos. O poder de polícia é inerente à Administração e legitima a própria existência da polícia, enquanto órgão administrativo.⁹⁴⁹⁵

5.2.2. Atributos do poder de polícia

Estabelecidos os contornos gerais sobre o poder de polícia, convém sejam elencados os atributos que orientam a sua atividade. Um dos traços marcantes consiste na discricionariedade que a Administração dispõe para escolher, com base em parâmetros de conveniência e oportunidade, os atos que serão praticados dentre aqueles pertinentes à sua competência. Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 829-830) ressalva que essa característica deve ser interpretada com atenção, uma vez que o Poder Público poderá apresentar competência discricionária em relação a determinados atos, enquanto em outros sua atuação estaria vinculada à forma prescrita em lei. Nesse sentido, a discricionariedade inerente à atividade da Administração significa apenas a liberdade de atuação dentro dos parâmetros legais, não sendo permitidas as ações desconectadas com a lei, em virtude de abuso ou desvio de poder.⁹⁶⁹⁷

A autoexecutoriedade, que consiste na prerrogativa da Administração de deliberar e promover a execução de suas decisões por conta própria, sem necessidade de autorização do Judiciário, representa também outro atributo do poder de polícia. Com efeito, faculta-se à Administração estabelecer diretamente medidas e sanções para conter as condutas antissociais que visa combater. Diante da urgência no combate às irregularidades, a correção suscitada pelo poder de polícia deve ser imediata, dispensando-se a realização de procedimento judiciário prévio ou aprovação de qualquer outro órgão estranho à Administração. Não obstante, ao particular que se sentir lesado pela intervenção administrativa resta acionar o Judiciário para que tome as devidas providências, haja vista a proibição da autotutela nos conflitos com o Poder Público.

⁹⁴DAURA, Anderson Souza. **Inquérito policial**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 59-61.

⁹⁵SILVA, Marcio Cesar Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

⁹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹⁷MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Por fim, merece destaque a coercibilidade como característica do poder de polícia. Os atos de polícia são todos de observância compulsória pelos particulares, admitindo-se como último recurso a utilização do aparato policial para o cumprimento das medidas administrativas contra as quais hajam relutado os administrados. Tal aspecto não permite, contudo, o emprego de violência desnecessária e desproporcional à resistência oferecida, sob o risco de configurar excesso ou abuso de autoridade, ensejando a sua nulidade e conferindo ao ofendido a possibilidade de manejar ações cíveis e criminais para reparação dos danos e punição dos culpados.

5.2.3. Polícia administrativa x polícia judiciária

A clássica divisão das atribuições policiais em administrativa e judiciária surgiu na Revolução Francesa e persiste entre vários doutrinadores pátrios. Segundo essa concepção, a polícia administrativa atuaria de maneira preventiva a fim de evitar a prática de ilícitos, ao passo que a polícia judiciária desempenharia um papel repressivo em face do cometimento do ilícito, promovendo a colheita de provas e outros elementos que justifiquem a devida punição pelo Poder Judiciário, assumindo posição de auxiliar da justiça criminal.⁹⁸

Consoante oescólio de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 226-228), tal classificação afigura-se equivocada, uma vez que, no exercício de polícia administrativa, a Administração frequentemente age repressivamente, a exemplo da apreensão de alimentos impróprios para consumo pela agência sanitária depois de danos causados a consumidores. Assim, no tocante ao exercício do poder de polícia, Márcio Cesar Fontes Silva (2006, p. 99) propõe divisão da polícia, com base no seu objeto, em: *administrativa propriamente dita* (ou em sentido estrito) e de *segurança*. Esta, por sua vez, subdividir-se-ia em *preventiva* e *repressiva*.

De modo geral, a polícia dedica-se à preservação da ordem pública. A polícia administrativa em sentido estrito seria a responsável por manter o bemestar coletivo e sua atuação é regulamentada por princípios e normas de Direito Administrativo. Além disso, desempenharia atividades alheias à matéria criminal, limitando-se a realizar funções meramente administrativas, como serviços sanitários, expedição de documentos e fiscalização de serviços e controle de qualidade de produtos. Integram o seu arcabouço as polícias sanitária, ambiental, aduaneira, fiscal, as agências comerciais e de trânsitoetc.

⁹⁸DAURA, Anderson Souza. **Inquérito policial**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 64-65.

A polícia de segurança se destina especificamente à contenção da criminalidade, garantindo a segurança geral dos particulares e dos seus patrimônios. Para distinguir a polícia de segurança preventiva da repressiva, deve-se atentar para a atividade exercida pelo órgão ou policial. Assim, diz-se preventiva a polícia que opera no sentido de evitar a prática do crime e repressiva aquela que intervém após a consumação do delito a fim de averiguar a autoria e as circunstâncias do fato. Registre-se que a mesma autoridade poderá desempenhar ambos os papéis, como nas hipóteses em que, a título de ilustração, durante uma ação de patrulhamento (função preventiva) realiza-se a prisão em flagrante de um infrator.

De acordo com o art. 144, parágrafo 5º da Constituição Federal, a atividade preventiva compete precipuamente às polícias militares estaduais, que possuem ampla discricionariedade para o exercício de suas atribuições. São normalmente regidas por normas de Direito Administrativo e têm não só o dever de impedir a prática de crimes como interromper a sua execução quando já tiverem sido iniciados os atos preparatórios. Já a polícia repressiva, também conhecida como judiciária, atua no auxílio da justiça criminal e do Ministério Público, apurando tudo quanto for necessário para o esclarecimento dos crimes, em conformidade com as regras processuais penais. A apuração dos delitos de competência da Justiça Federal, como os crimes contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas autarquias e empresas públicas, pertence à Polícia Federal, ao passo em que às Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares e ressalvadas aquelas privativas da União.⁹⁹

5.3. Investigação criminal no Processo Penal brasileiro

5.3.1. Definição legal e natureza jurídica

Em linhas gerais, a investigação preliminar corresponde à atividade da Administração destinada a averiguar e desvendar um fato presumidamente criminoso a partir de uma notícia-crime ou expediente de ofício. Trata-se de procedimento preparatório materializado no inquérito policial e que antecede a pretensão acusatória levada a cabo no processo penal. O papel de órgão investigatório compete em geral às polícias cíveis e federais em suas respectivas circunscrições, conforme o exposto no artigo 144 da Constituição

⁹⁹SILVA, Márcio César Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p. 96-103.

Federal. Por sua vez, embora não tenha previsto de maneira satisfatória uma definição sobre inquérito policial, o artigo 4º do Código de Processo Penal incumbe à polícia judiciária a apuração das infrações penais e da sua autoria. Em que pese a sua denominação, a polícia judiciária não integra a estrutura do Poder Judiciário, remetendo-se apenas a autoridades pertencentes a órgãos administrativos auxiliares da justiça por intermédio da colheita de provas e informações que possibilitem a adequada repressão estatal.

Diante da complexidade do procedimento referente ao inquérito policial, o qual envolve cumulativamente atos de cunho administrativo e judicial, para determinar a sua natureza jurídica é preciso investigar o conteúdo dos atos predominantes e o tipo de órgão encarregado de sua direção. Como explicam Lopes Júnior e Gloeckner (2013, p. 94-95), as atividades de investigação e comprovação das informações presentes na notícia-crime são puramente policiais (ou seja, administrativas). Isso não exclui a possibilidade de intervenção judicial no procedimento investigativo - como ao autorizar a realização de medidas restritivas de direitos -, mas tal ingerência deve ser contingente e limitada. A esse respeito, o inquérito policial poderá ser instaurado e concluído sem qualquer intervenção de autoridade com potestade judicial.¹⁰⁰

Em suma, quanto à sua natureza jurídica, o inquérito policial deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual cuja finalidade consiste em fornecer elementos que justifiquem o exercício da ação penal ou o seu arquivamento, além de servir como base para a determinação de medidas endoprocessuais que se mostrem necessárias no decorrer da ação penal.¹⁰¹

Como sugere a própria designação, o inquérito é elaborado pela polícia judiciária. Entretanto, a competência da polícia não afasta a possibilidade de que outras autoridades administrativas promovam investigações, exigindo-se apenas previsão legal expressa nesse sentido. Para ilustrar, convém sejam mencionadas as investigações realizadas pelos integrantes do Poder Legislativo por ocasião das chamadas Comissão Parlamentares de Inquérito, bem como as sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos. Feitas essas considerações, nosso estudo limitar-se-á ao inquérito policial e o órgão responsável pela sua composição.

¹⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰¹ Idem, p. 224.

5.3.2. Características do inquérito policial

Conforme disposto anteriormente, o inquérito policial corresponde a um procedimento administrativo cujo objeto refere-se ao fato constante na notícia-crime ou que decorra das informações obtidas através de investigação instaurada de ofício pela polícia. Trata-se de peça facultativa que poderá ser dispensada caso os elementos informativos dirigidos ao Ministério Público sejam suficientes para o oferecimento da denúncia. Não obstante, o inquérito policial serve ao processo definitivo, mesmo que este sequer venha a ser instaurado. Sob esse aspecto, revela-se a chamada autonomia da investigação preliminar, de acordo com Aury Lopes Jr.,

A autonomia manifesta-se com toda sua amplitude nos casos em que o processo penal se inicia sem prévia investigação preliminar, o que supõe um sistema jurídico que contemple a instrução prévia com caráter facultativo (como no caso do inquérito policial), e também naqueles em que a investigação preliminar não dá origem ao processo (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 98).

Registre-se que o inquérito surge em razão da mera possibilidade de que exista um fato punível, não sendo necessário o conhecimento da autoria para o seu início. Seguindo essa lógica, não há que se falar em partes na investigação, senão em meros sujeitos. Ao contrário do que sucede no processo, a investigação preliminar poderá ocorrer quase que inteiramente sem a presença do sujeito passivo, sendo correto afirmar que seu *status* jurídico é diverso do réu. Com relação ao objeto e aos atos praticados, a investigação preliminar se incumbe dos fatos constantes na notícia-crime, de modo a preparar o desempenho da pretensão acusatória no procedimento judicial. Para alcançar esse objetivo, o campo de cognição no inquérito policial deverá ser restrito e qualitativamente limitado, uma vez que se destina somente a formar a convicção do Ministério Público sobre a propositura da ação penal. Caso contrário, não sendo possível a obtenção de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, cabe ao representante do MP realizar o pedido de arquivamento do inquérito.

É importante destacar que a investigação preliminar não tem como fundamento imediato a satisfação jurídica da pretensão acusatória, tampouco a aplicação da pena. Com efeito, propõe-se, em primeiro lugar, garantir o eficaz funcionamento da justiça criminal mediante a coleta de informações sobre a notícia-crime para que o órgão acusador possa decidir sobre o oferecimento de denúncia ou pedido de arquivamento. Diante disso, pode-se

afirmar que o inquérito policial funciona como autêntico instrumento a serviço do instrumento-processo.¹⁰²

Tratando-se de procedimento sumário, o inquérito policial apresenta cognição limitada não só com relação ao seu aspecto qualitativo, como também no seu aspecto temporal. Nesse sentido, a lei processual penal dispõe que o inquérito policial deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, quando o indiciado se encontrar preso, e em 30 (trinta) dias, no caso de não haver sido submetido a encarceramento cautelar. Excepcionalmente, diante da complexidade do caso, admite-se a dilação do prazo por ordem do juiz competente, desde que existam motivos razoáveis e o indiciado se encontre solto. Nos processos de competência da Justiça Federal, segundo a redação do art. 66 da Lei n. 5.010/66, o prazo para conclusão do inquérito policial será de 15 (quinze) dias, quando o indiciado estiver preso, prorrogável por igual período, e de 30 (dias) para o indiciado solto.¹⁰³

Com base na compreensão do indiciado como mero objeto de investigação, prepondera na doutrina nacional a tese de que não se aplicam a ampla defesa e o contraditório na fase pré-processual. Embora se trate de posição minoritária, conforme a lição de Aury Lopes Jr. (2013, p. 344-345), entendemos que o direito de defesa deve ser efetivado no desenvolvimento do inquérito policial, por força dos preceitos e normas constitucionais.¹⁰⁴

5.3.3. Atos do inquérito consoante o Código de Processo Penal

Segundo reza o art. 5º do Código de Processo Penal, o inquérito policial será iniciado de ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária, do Ministério Público ou mesmo do ofendido. Assim, a autoridade policial em cuja circunscrição haja ocorrido o delito que lhe compete averiguar em razão da matéria tem o dever de promover de ofício a instauração do inquérito policial. Nesse sentido, poderá surgir mediante o conhecimento da suposta ocorrência de um delito, seja por informação fornecida pela vítima, seja através da notoriedade do fato. Ademais, em caso de prisão em flagrante, deverá ser instituído o devido procedimento investigativo.

Quando a comunicação sobre a ocorrência do crime for feita perante o juiz, caberá a este remeter os autos ou papéis diretamente ao representante do Ministério Público para que este solicite o arquivamento ou providencie as diligências necessárias para o início

¹⁰²SILVA, Márcio César Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p. 109-110.

¹⁰³LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 274-275.

¹⁰⁴LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

da ação penal. Por sua vez, se o órgão que tiver conhecimento sobre a suposta existência do delito for o próprio Ministério Público, compete-lhe oferecer a denúncia no prazo legal, solicitar a instauração do inquérito policial ou requerer o seu arquivamento.

O art. 6º do Código de Processo Penal estabelece que a polícia judiciária, logo que tiver ciência da prática de infração penal, deverá dirigir-se ao local e isolá-lo para que não se alterem o estado das coisas até a chegada dos peritos (oficiais ou nomeados especialmente para o ato). Tal diligência se justifica na medida em que o local do crime representa umas das principais fontes de informação sobre os fatos ocorridos. Em seguida, compete à autoridade policial a apreensão dos objetos utilizados para executar o crime, bem como aqueles que de qualquer forma auxiliem no esclarecimento do caso. Ademais, quando possível, deverá ser promovida a oitiva do ofendido, a realização do reconhecimento de pessoas envolvidas ativa ou passivamente no fato, consoante o procedimento previsto nos artigos 226 a 228 do CPP, e determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias, tanto na pessoa da vítima quanto do suspeito, desde que observado, nesse último caso, o direito de não fazer prova contra si mesmo.¹⁰⁵

Com relação aos incisos V e VIII, que preveem respectivamente a oitiva e a identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico, persistem certas controvérsias no tocante à natureza jurídica e ao limite das restrições promovidas contra a esfera jurídica individual do sujeito passivo. Diante de sua relevância para as ideias sustentadas no presente trabalho, referidas matérias serão objeto de análise específica no capítulo seguinte.¹⁰⁶

5.3.4. A posição do juiz diante do inquérito policial

O sistema de investigação preliminar brasileiro distingue-se por encarregar precipuamente à Polícia Judiciária o comando sobre as atividades investigativas voltadas para a elucidação das infrações penais. Não obstante, o êxito do procedimento pré-processual está muitas vezes atrelado à execução de medidas constritivas de direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo. Dentro dessa realidade, o juiz assume a função de garantidor, competindo-lhe obstar violações ou ameaças de lesão aos direitos constitucionalmente consolidados. Isto porque sua atuação na fase de inquérito policial deverá ser contingente e distante das atividades persecutórias, limitando-se a realizar o controle formal da prisão em flagrante, além de aprovar as medidas requeridas pelo órgão policial que ponham em risco os direitos

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224-235.

¹⁰⁶ Idem.

fundamentais do indiciado (busca e apreensão, interceptações telefônicas, quebra do sigilo bancário, etc).

Por último, a *intervenção do órgão jurisdicional é contingente* e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos etc. por parte do investigador (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2013, p. 261).¹⁰⁷

5.4. O indiciado e as consequências jurídicas do indiciamento

O advento da Lei 12.830/2013 promoveu algumas inovações sobre o instituto do indiciamento, muito embora tal contribuição tenha se revelado tímida diante da relevância do procedimento para o contexto da investigação policial. De início, apesar da evolução na disciplina da matéria, cumpre ressaltar que subsiste grave omissão legislativa sobre o momento e a forma do indiciamento, seus efeitos no inquérito policial e as consequências jurídicas para o imputado.¹⁰⁸

Em linhas gerais, o indiciamento consiste em procedimento realizado em sede de investigação policial onde o sujeito passivo da persecução penal assume a condição de indiciado. Tal categoria pressupõe um grau maior de certeza com relação à autoria – em outras palavras, um juízo de probabilidade - do que o estado de suspeito. Por sua vez, considera-se este último como indivíduo sujeito à investigação contra o qual pesam tão-somente frágeis indícios, baseados em mero juízo de possibilidade. Assim, no curso da investigação policial, a partir do momento em que se constatar a probabilidade de o suspeito ser o autor do crime, competirá privativamente ao delegado de polícia promover o indiciamento do sujeito passivo, finalizado através de ato formal fundamentado, em que deverá indicar as circunstâncias e provas que o levaram a concluir no sentido da materialidade e da provável autoria delitiva. Frise-se que o indiciamento corresponde a ato realizado somente quando houver indícios suficientes de probabilidade da autoria, eis que a condição de indiciado acarreta sérias consequências jurídicas para o sujeito passivo. Por força do indiciamento, o imputado é conduzido para uma situação jurídica de maior suscetibilidade a atos da investigação policial.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: Um avanço, mas não o suficiente. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 249, p.5-6, ago. 2013. Mensal.

A mera condição de indiciado não gera aplicação imediata das medidas cautelares, mas pode contribuir para isso.¹⁰⁹

Com relação aos direitos e garantias, embora persistam controvérsias sobre o tema, não há dúvida de que ao indiciado resta assegurado um grau mínimo de contraditório (direito à informação), bem como o exercício do direito de defesa. Segundo a redação do art. 14 do Código de Processo Penal, o indiciado poderá requerer diligências às autoridades policiais, que serão realizadas ou não, a critério dos agentes. Isso porque o direito de participação do sujeito passivo no conteúdo das investigações é bastante limitado. Entretanto, apesar do caráter inquisitivo do inquérito policial, para que o sujeito passivo exerça o seu direito de defesa, deve o imputado saber, por exemplo, em que qualidade presta suas eventuais declarações, sob o risco de se imaginar na condição de testemunha e ter violado o seu direito ao silêncio. Por fim, considerando que o art. 185 do CPP aplica-se também ao interrogatório policial (mediante expressa remissão feita pelo art. 6º, inciso V do CPP), é garantido ao depoente o direito de se fazer acompanhar de defensor quando forem tomadas as suas declarações.¹¹⁰

Apesar dos avanços promovidos pela Lei 12.830/2013, a legislação processual permanece omissa no tocante à forma, ao procedimento, ao momento e aos efeitos jurídicos oriundos do indiciamento. E dessa lacuna podem surgir graves inconvenientes para o sujeito passivo. Nesse sentido, não existem quaisquer impedimentos legais a que o acusado tome conhecimento somente após o recebimento da denúncia, resultando em graves prejuízos para o indiciado, que não poderá se defender em sede de interrogatório policial das imputações contra ele suscitadas. O indiciamento realizado no final do inquérito policial, em momento posterior à elaboração do relatório pela autoridade policial, também fere o direito de defesa do indiciado, pois não mais lhe permite reverter a sua situação jurídica.¹¹¹

¹⁰⁹Idem.

¹¹⁰LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 442-448.

¹¹¹LOPES JUNIOR, Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: Um avanço, mas não o suficiente. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 249, p.5-6, ago. 2013. Mensal.

6. DA CONDUÇÃO COERCITIVA DE SUSPEITO NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

6.1. A condução coercitiva e o exercício da autodefesa no inquérito policial

6.1.1. O caráter inquisitivo do inquérito policial

Costuma-se afirmar em sede doutrinária que o inquérito policial é um procedimento administrativo de índole inquisitiva. Convém seja assinalado que tal atributo é visível no processo penal como um todo, tanto na fase preliminar quanto na judicial da persecução penal. Nesse sentido, a inquisitividade inerente ao processo penal é comumente confundida com o caráter arbitrário do sistema inquisitório vigente no século XII até o final do XVIII, o que conduz forte segmento da doutrina a sustentar que o indiciado fica impedido de atuar ativamente na produção de circunstâncias e provas em seu favor no curso da fase pré-processual.

Como consequência da eclosão do modelo inquisitório, que surgiu originariamente na justiça eclesiástica e foi posteriormente adotado pela justiça secular, o juiz abandona a sua posição de órgão imparcial e assume a postura de agente inquisidor, sendo-lhe deferidas as funções de acusar, defender e julgar. Por sua vez, o acusado abandona a condição de sujeito processual e se transforma em mero objeto da investigação. A lógica por trás desse sistema seria a busca da verdade real, de modo que ao inquisidor competiria aplicar todas as medidas necessárias para alcançá-la. Dentro desse contexto, não era permitida qualquer ingerência do investigado, por iniciativa própria, no intuito de produzir e fornecer elementos que o isentassem da posição de suspeito.

Diante da transição do sistema inquisitório para o sistema misto, restaram separadas as esferas de atuação do órgão acusatório e do julgador, impondo-se a gestão probatória como atribuição das partes processuais. Resultou ainda na divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita), em que foram concebidos distintamente o predomínio do caráter inquisitivo na etapa preliminar e o acusatório na etapa processual, revelando assim a sua natureza mista.¹¹²

Com efeito, diante da inexistência de um rito predeterminado, a autoridade policial que conduz os atos do inquérito policial dispõe de autonomia quanto à escolha das medidas investigativas que entenda necessárias para a elucidação dos fatos constantes na

¹¹²LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-127.

notícia-crime. Todavia, por constituir órgão auxiliar da justiça, e não do órgão acusador, cumpre à polícia judiciária operar com imparcialidade, devendo por igual obter e fornecer provas que isentem o indiciado da responsabilidade no crime. Nesse cenário, conforme o escólio de Saad (2004, p. 157), “[...] o poder-dever inquisitivo não afasta a participação dos interessados, acusado ou ofendido. Ao contrário, os esforços se somam, trabalhando juntos na busca da verdade”.¹¹³

6.1.2. Momento inicial para o exercício do direito de defesa no inquérito policial

No processo penal brasileiro pode se distinguir três *status* jurídicos ao sujeito passivo, correspondentes às fases do processo, sendo-lhes submetidas diferentes designações (indiciado; acusado ou réu; condenado ou apenado). Interessa-nos no presente estudo a figura do indiciado, denominação atribuída ao sujeito passivo no decorrer do inquérito policial, a partir do momento em que é formalmente submetido à investigação preliminar. Emprega-se ainda o termo suspeito para se referir àquele indivíduo contra o qual pesa uma imputação extrajudicial, mas que ainda não foi formalmente indiciado. O atual Código de Processo Penal não determina, contudo, o momento em que deve ocorrer o indiciamento, tampouco a forma que deva tomar ou as implicações que incidem sobre o imputado. Trata-se de omissão que prejudica o estabelecimento do instante inicial para o exercício do direito de defesa.¹¹⁴¹¹⁵

A ampla defesa encontra-se consolidada no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, sendo garantida não apenas aos acusados, porém aos acusados *em geral*, expressão que deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo também os indiciados e mesmo aqueles contra os quais pesam as imputações provenientes de notícia-crime ou representação. De acordo com a lição de Saad:

Se é certo que o direito de defesa se faz necessário após o indiciamento formal, é também certo que, por não estar definido o momento em que deve ocorrer o indiciamento formal, o exercício do direito de defesa não pode ficar em posição de aguardo, na dependência de um evento futuro e incerto, portanto suscetível, em tese, até mesmo a abusos dos condutores do inquérito (SAAD, 2004, p. 262).¹¹⁶

¹¹³SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

¹¹⁴Idem, p. 261-263.

¹¹⁵LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421-424.

¹¹⁶SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

Como destaca Aury Lopes Jr. (2013, p. 471-472), o direito de defesa configura um direito-réplica que surge como resposta a uma agressão contra o estado de inocência do sujeito passivo. Diante disso, a veiculação de uma notícia-crime cujo objeto consista em atribuir a um indivíduo a prática de um fato supostamente delituoso corresponde a uma investida em desfavor da situação de liberdade do imputado apta a provocar uma legítima resistência no plano jurídico.¹¹⁷

Nos inquéritos policiais instaurados mediante prisão em flagrante delito, o direito de defesa deverá ser exercido tão logo seja apresentada a nota de culpa, uma vez que o flagrante válido impõe o indiciamento como medida automática. Nos casos de prisão preventiva e temporária, em que a custódia do sujeito passivo é feita com base em ordem escrita e fundamentada do juiz, para que se produza a situação de indiciado é necessária a entrega de cópia do mandado de prisão ao imputado, momento em que tomará plena ciência da imputação e dos motivos que justificam o estabelecimento da prisão cautelar. Note-se que, nas hipóteses em que a prisão preventiva ou temporária seja deferida no curso do inquérito, o recebimento da cópia do mandado não configura indiciamento, senão mera comunicação dos motivos da prisão. Não acarreta indiciamento porque este já existia. Sobre o indiciamento nos casos onde existe uma prisão cautelar, resume Aury Lopes Jr nos seguintes termos:

Destarte, é inegável que a nota de culpa e o mandado de prisão (salvo quando já existe o indiciamento) são os instrumentos que formalmente originam e passam a constituir o indiciamento, marcando o nascimento do direito de defesa, através da comunicação da prisão e dos motivos que a justificam. Em última análise, tendo em vista a falta de uma clara disciplina legal, a formalização da prisão em flagrante passa a representar o próprio indiciamento (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 438).¹¹⁸

Em caso de não ser o sujeito passivo preso em flagrante delito, e afora as hipóteses de prisão preventiva e temporária, conquanto o CPP não disponha expressamente, o suspeito somente terá conhecimento da existência de uma investigação policial através da notificação para comparecimento à delegacia a fim de que preste declarações, caso entenda oportuno, em respeito ao direito de não produzir prova contra si próprio. A forma do procedimento referente à oitiva do suspeito deverá ser a mesma prevista para o interrogatório judicial, consoante a redação do art. 6º, inciso V do CPP. Assim, ante a omissão legal a

¹¹⁷LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹⁸Idem.

respeito de um ato formal e particular de indiciamento, convém seja a situação de indiciado concretizada com o interrogatório policial.¹¹⁹

Todavia, quando o inquérito for instaurado por meio de portaria decorrente de boletim de ocorrência, diante da adoção de diligências que restrinjam direitos e garantias individuais, como as medidas de busca e apreensão, quebra do sigilo bancário e telefônico ou perda e confisco de bens, defende Marta Saad (2004, p. 264) que o suspeito deveria adquirir nesse momento status equivalente ao de indiciado, sendo assegurados a ele todos os direitos inerentes a essa condição, a exemplo da possibilidade de ser assistido por defensor. Tal circunstância se justifica na medida em que o indiciamento está baseado em um juízo de probabilidade, o que sucede também quando se exige a realização de diligências restritivas de direitos.¹²⁰

6.1.3. A autodefesa negativa em face do interrogatório policial

Em que pese o reconhecimento do direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo, consagrados nos textos do art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal¹²¹; do art. 8º, parágrafo 2º, alínea g, do Pacto de San José da Costa Rica¹²²; e no art. 14, n. 3, alínea g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹²³, predomina o entendimento de que o imputado, seja na condição de indiciado, seja na de acusado, tem o dever de comparecer aos interrogatórios policial e judicial, podendo ser determinada para tal fim a sua condução coercitiva. Favorecendo essa linha de pensamento, temos que o próprio Código de Processo Penal estabelece, no art. 260, a obrigatoriedade do acusado de se apresentar ao

¹¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438-440.

¹²⁰ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

¹²¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹²² Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

¹²³ Artigo 14

(...)

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

interrogatório, ao reconhecimento ou a qualquer outro ato que sem ele não possa ser concluído, sob o risco de ser conduzido coercitivamente pela autoridade competente.¹²⁴

Com relação ao procedimento do interrogatório, na esteira do pensamento de Aury Lopes Jr. (2012, p. 643), trata-se do principal meio de exercício da autodefesa, sendo garantida ao indiciado, acompanhado do seu advogado, a oportunidade de contestar alegações promovidas contra ele ou ainda de reservar-se o direito de apresentar suas declarações futuramente perante o juiz, sem que o silêncio possa ser interpretado em seu prejuízo. Dentro dessa lógica, o interrogatório deve ser tido como um ato de defesa, livre de quaisquer pressões exercidas com o objetivo de induzir o suspeito a colaborar com a atividade investigatória. Assim, mesmo que a lei disponha a favor da condução coercitiva para fins de interrogatório - posição sustentada inclusive pela doutrina majoritária - não se pode ignorar que a medida de deslocamento compulsório exerce certa coerção psicológica para que o indiciado colabore de maneira ativa com o interrogatório, atendendo às questões suscitadas pela autoridade policial. A esse respeito, afirma Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 282) que “[...] é ínsita à condução coercitiva a expectativa de que ele responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório”.¹²⁵

No processo penal, o interrogatório policial corresponde a ato da investigação preliminar que possui mais de uma função. São elas: proceder à identificação do suspeito; promover o indiciamento, em caso de não ser o imputado preso em situação de flagrância ou em quaisquer hipóteses onde não haja tido conhecimento da existência do inquérito; e inquirir o suspeito sobre os fatos imputados (também conhecido, neste último caso, como interrogatório de mérito). Com relação à identificação, é certo que não há margem para o exercício da autodefesa, uma vez que subsiste o dever de identificação de qualquer pessoa quando solicitada pela autoridade policial. Nesse sentido, convém seja mencionado o art. 5º, inciso LVIII da CF, que em seu texto determina que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos pela lei. De outra sorte, quanto ao denominado interrogatório de mérito, não seria possível a condução coercitiva do indiciado, visto que não estaria obrigado a responder às interpelações formuladas pela polícia, em respeito ao justo exercício da autodefesa negativa.

Entretanto, uma vez que o legislador ordinário optou por reunir os dois atos em um único, não raro é o emprego da condução coercitiva pelas autoridades policiais como

¹²⁴ 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.

¹²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

forma de pressionar o indiciado a responder às indagações formuladas. De acordo com Maria Elizabeth Queijo:

De lege ferenda, o interrogatório deveria ser desdobrado em dois atos distintos: a identificação e o interrogatório de mérito. Na fase inquisitorial, cabível seria a condução coercitiva somente para a identificação, mas o acusado somente seria interrogado sobre o fato se assim desejasse e desde que presente o defensor (QUEIJO, 2012, p. 283-284).¹²⁶

6.1.4. A autodefesa negativa em face de atos pré-processuais dotados de eficácia probatória

Como anteriormente observado, há uma forte tendência em se distinguir a cooperação ativa, que estipula uma atuação positiva do réu, da simples cooperação passiva, compreendida como tolerância do indivíduo a certos procedimentos investigatórios sobre seu corpo. No tocante à cooperação ativa, não restam dúvidas de que o *nemotenetur se detegere*veda qualquer imposição de um atuar positivo por parte do investigado. Entretanto, a doutrina e jurisprudência dominante reconhecem a legitimidade de procedimentos dirigidos a compelir o acusado a colaborar, de maneira passiva, com a colheita de provas, tais como as intervenções corporais coercitivas para a coleta de material genético em amostras de sangue, tecidos e urina; a determinação de que o suspeito permaneça em determinada posição para fins de reconhecimento pessoal; as inspeções e buscas pessoais, entre outros.¹²⁷¹²⁸

Ainda que à primeira vista a proposta pareça ser a mais adequada para o fim de legitimar as incursões no âmbito de proteção do princípio *nemotenetur se detegere*, do ponto de vista prático, a distinção entre a cooperação ativa e passiva tem se revelado bastante tênue, uma vez que se baseia em elementos de ordem naturalística, não normativa. Diante disso, predomina o entendimento segundo o qual condutas meramente preparatórias que necessitem de uma atuação positiva do acusado, a exemplo da permanência em uma determinada posição para fins de reconhecimento ou o recolhimento diante de buscas e inspeções corporais, podem ser exigidos pelos agentes policiais. Entretanto, a opção por esse modelo de proteção da garantia enfraquece o seu conteúdo, tendo em vista que em muitas ocasiões o acusado será indiretamente forçado a cooperar diante das consequências negativas presentes na alternativa à sua recusa. Assim, o motorista suspeito de dirigir com quantidade de teor alcoólico no

¹²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁷ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: Investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 86-90.

¹²⁸ Idem.

organismo superior ao máximo permitido se verá coagido a soprar o bafômetro (cooperação ativa) para evitar que seja compelido a submeter-se à extração de material sanguíneo (cooperação passiva); fornecerá voluntariamente uma amostra de urina (cooperação ativa) para se evadir da introdução de um cateter na bexiga (cooperação passiva); ingerirá substâncias químicas (cooperação ativa) para que não sejam subministradas por meio de sonda (cooperação passiva) etc.¹²⁹

6.2. A condução coercitiva do suspeito para fins de identificação criminal

O art. 5º, LVIII, da Constituição Federal determina que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Inicialmente, o tema foi objeto de regulamentação pela Lei 10.054/2000; contudo, tal diploma foi posteriormente revogado pela Lei 12.037/2009, que disciplinou em seu art. 3º, de forma taxativa, os casos em que deverá ser realizada a identificação criminal.

É cediço que a identificação pessoal compreende o conjunto de características próprias do indivíduo, que permite identificá-lo dos demais, a exemplo do nome, idade, profissão, sexo, estado civil etc. Nesse sentido, configura crime de falsa identidade (previsto no art. 307 do Código Penal) a conduta do agente que se identifica incorretamente através de informações que não lhe são próprias, ou atribui falsamente dados pessoais a terceiro para obter vantagem. Além disso, o art. 68 da Lei de Contravenções Penais tipifica a conduta do indivíduo que recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência. Nas palavras de Marta Saad (2004, p. 300), “[...] não pode ser licitamente admitida conduta considerada típica pelo ordenamento jurídico, sistematicamente considerado”, razão pela qual concluímos haver um dever geral de identificação, cumprindo a qualquer cidadão, quando devidamente solicitado pela autoridade policial, prestar informações verdadeiras acerca de sua identidade.¹³⁰

Como observado anteriormente, o Código de Processo Penal estabelece nos arts. 6º e 7º as diligências a serem efetuadas pela polícia judiciária quando tiver conhecimento da prática de uma infração penal. Entre as medidas a serem tomadas, inclui-se a responsabilidade da autoridade em ordenar a identificação civil ou criminal do suspeito. Via

¹²⁹Idem.

¹³⁰SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

de regra, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, que constitui gênero cujas espécies são a identificação datiloscópica e a identificação fotográfica.

Conforme a redação do art. 2º da Lei 12.037/2009, a identificação civil pode ser comprovada através da apresentação da carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou através de documento público que permita a identificação do indiciado. A lei considera para todos os efeitos os documentos de identificação militares. Não sendo apresentado nenhum desses documentos, será o suspeito submetido à identificação criminal.

Entretanto, ainda que apresentados os referidos documentos, a identificação criminal terá lugar nos casos em que: a) o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; b) o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; c) o indiciado portar documentos de identidade distintos com informações conflitantes entre si; d) a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; e) constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; f) o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

É importante observar que, na identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para que o procedimento seja efetuado da forma menos constrangedora possível para o identificado, não devendo ser registrada em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, consoante os arts. 4º e 6º da Lei 12.037/2009. Por fim, vale mencionar a inovação instituída pelo art. 7º do mencionado diploma, que faculta ao interessado postular a retirada da identificação fotográfica dos autos do inquérito ou processo, nos casos de arquivamento da investigação, absolvição ou rejeição da denúncia.

Note-se que, com exceção das hipóteses em que for essencial às investigações (art. 3º, inciso IV da Lei 12.037/2009), o procedimento de identificação não possui, a rigor, eficácia probatória contra o réu. Em linhas gerais, representa cumprimento da obrigação de fornecer dados quanto à pessoa aos agentes públicos de modo a assegurar que se trate do indivíduo contra o qual poderá ser ajuizada uma ação penal. Contudo, é importante assinalar que a exigência de identificação há de fundar-se numa causa antecedente de prevenção, de modo que inexistente esta, o dever de identificação torna-se ilegítimo. Em outras palavras, a identificação somente poderá ser exigida à pessoa contra a qual recaia, no mínimo, a suspeita

da prática de um fato aparentemente criminoso e quenão foi ainda formalmente indiciada. Dessa forma, não possui a autoridade policial ampla discricionariedade na sua efetivação.

Com o advento da Lei 12.654/2012, foram promovidas certas alterações no regime da Lei 12.037/2009, de modo a prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal na investigação preliminar. Nesse sentido, a nova lei inseriu o parágrafo único no art. 5º do referido diploma para garantir a extração compulsória de material genético do investigado sempre que for essencial para as investigações policiais e houver decisão judicial. Como se pode ver, a coleta destina-se a servir de prova contra o sujeito passivo, que está obrigado a se submeter à intervenção corporal para fornecimento de material genético, reduzindo de maneira drástica o âmbito de proteção do princípio *nemotenetur se detegere*. A lei pressupõe, entretanto, a coexistência de dois quesitos: a necessidade para as investigações policiais e a prévia autorização judicial.¹³¹

Inicialmente, convém seja destacado que a redação empregada pelo legislador no tocante ao requisito “essencial às investigações policiais” revela-se genérica e indeterminada, uma vez que sequer define em quais tipos de crime a coleta de material genético poderá ser exigida, abrindo margem para toda sorte de abusos. Dito isso, para que a extração coercitiva seja realizada, é necessário que a autoridade policial demonstre no pedido a imprescindibilidade da medida para êxito das investigações. Dentro dessa lógica, asseveram Lopes Júnior e Gloeckner:

Considerando a gravidade da intervenção corporal e a restrição da esfera de privacidade do sujeito, deverá a autoridade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a ‘ultimaratio’ do sistema. Não se pode tolerar banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo)(LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2013, p. 236).¹³²

Como visto anteriormente, em situações que envolvam o risco de violação de bens constitucionalmente tutelados, impõe-se a manifestação do Poder Judiciário, seja através de pronunciamento judicial para solução definitiva dos conflitos de interesses (monopólio da última palavra), seja para legitimar incursões a direitos e garantias fundamentais (monopólio da primeira palavra). Assim, como segundo requisito necessário para promover a intervenção corporal no sujeito passivo, deverá a medida de coleta de material genético para fins de

¹³¹LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-235.

¹³²Idem.

identificação ser precedida da devida autorização judicial. Ou seja, ao fixar a garantia do adequado processo legal para os casos de restrição da liberdade, a Constituição estabelece como indispensável a presença do juiz desde o início do procedimento de intervenção corporal, sob o risco de nulidade. De acordo com Lopes Júnior e Gloeckner:

Diante do pedido de intervenção corporal para extração de DNA, deverá o juiz decidir de forma fundamentada, avaliando a real possibilidade do ato, bem como a impossibilidade de constituir aquela prova por outro meio menos lesivo e gravoso. Trata-se de ponderar e justificar a necessidade e adequação da medida, evitando sua banalização e distorção (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2013, p. 237).

O fornecimento de material biológico será feito, portanto, de forma voluntária ou coercitiva. Caso o indiciado se disponha a propiciar voluntariamente o material genético, será ele extraído e remetido para o banco de dados. Se o imputado recusar, poderá a autoridade policial conduzi-lo coercitivamente até o laboratório, empregando os esforços necessários para o cumprimento da ordem. Embora a lei consagre a retirada coercitiva no art. 3º, IV da Lei 12.037/2009, não há como contestar que se trata de questionável medida restritiva da esfera de direitos e garantias do investigado, sobretudo o direito de não se auto-incriminar. De outra parte, assegura-se ao sujeito passivo o emprego de técnica adequada e indolor.¹³³

6.3. Críticas à condução coercitiva de suspeito

Com base na disposição contida no art. 144, parágrafo 4º da Constituição Federal, a apuração da prática de infrações penais e de sua autoria competiria, de modo geral, à polícia judiciária. Entre as diligências a serem tomadas pelas autoridades policiais, a oitiva dos envolvidos (suspeito, vítima, testemunhas etc.) desponta como o principal método de investigação criminal na realidade brasileira. Para colher os depoimentos, a praxe forense determina a expedição de mandado de intimação para o depoente a fim de cientificá-lo do dia e do horário em que deverá comparecer à delegacia, mesmo não havendo previsão legal expressa nesse sentido.

Caso o depoente, mesmo intimado, deixe de comparecer sem justo motivo, poderá ser conduzido coercitivamente, seja na condição de vítima (art. 201, §1º do CPP), testemunha (art. 218 do CPP), seja na qualidade de simples perito (art. 278 do CPP). Para o objetivo desse trabalho, importa-nos o art. 260 do Código de Processo Penal, o qual estipula

¹³³LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238.

que, 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. Dado que referido dispositivo menciona de forma genérica que a autoridade poderá mandar conduzir o sujeito passivo, sem esclarecer se se trata de autoridade judiciária ou policial, cumpre saber se a polícia judiciária pode expedir de ofício mandado de intimação com condução coercitiva ou se a decisão que ordena o cumprimento dessa diligência é privativa do juiz.

Em defesa da legitimidade atribuída aos agentes policiais para determinar a condução coercitiva do suspeito no curso das investigações, a doutrina remete à intitulada “teoria dos poderes implícitos”, oriunda da escola clássica do constitucionalismo norte-americano. Trata-se de técnica interpretativa pela qual se entende que, para se alcançar os fins propostos pela Constituição, deve-se permitir aos agentes públicos a utilização de todos os meios necessários, abrindo-se larga margem discricionária quanto à escolha destes. No escólio de Norberto Avena:

Sinale-se que a denominada *Teoria dos Poderes Implícitos* é aquela pela qual se entende que, se a Constituição Federal estabelece determinados fins, deve também permitir a utilização dos meios necessários para alcançá-los, respeitadas, sempre, as garantias estabelecidas pela própria Carta Magna em prol do indivíduo(AVENA, 2012, p. 110).¹³⁴

Como já se observou, referida posição foi contemplada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do RHC 25.475/SP. Entretanto, a aplicação da doutrina dos poderes implícitos para legitimar a condução coercitiva de suspeito pelos agentes policiais, juntamente com a alegação de autoexecutoriedade dos atos da Administração Pública, esbarra na garantia de que nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, consolidada no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Por se tratar de modalidade de restrição temporária do direito fundamental à livre locomoção, é certo que sobre a condução coercitiva deve incidir a chamada reserva absoluta de jurisdição (monopólio da primeira palavra), cabendo ao Poder Judiciário manifestar-se a respeito de sua legitimidade antes que seja tal medida efetuada pelas autoridades policiais. Caso a Administração venha a promover a medida de condução coercitiva contra o indivíduo sem a autorização judicial prévia, mesmo na fase pré-processual, compete ao juiz decretar, na qualidade de guardião dos direitos e garantias individuais, a nulidade de todos os elementos probatórios obtidos por meio dodeslocamento compulsório do sujeito passivo.

¹³⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 4 ed., São Paulo: Método, 2012.

Como visto anteriormente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.644/SP, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a condução coercitiva do paciente sem mandado judicial, entendendo o ministro relator Ricardo Lewandowski que, na função de polícia judiciária, cabe à Polícia Civil tomar todas as providências necessárias à apuração dos crimes, incluindo-se a possibilidade de condução de suspeitos para prestar esclarecimentos na delegacia. Em que pese o entendimento adotado pela Corte Suprema, a decisão proferida nos autos representa nefasto precedente capaz de justificar futuros abusos no uso do poder de polícia. Nesse sentido, o recurso ao deslocamento compulsório de suspeito para fins investigativos remonta à malfadada prisão para averiguação, comumente empregada pelos órgãos de repressão ao longo do regime ditatorial e que restou devidamente abolida com o advento da Constituição Federal de 1988.

Concluindo, além da necessidade de constarem em dispositivos legais, entendemos que as restrições à liberdade do suspeito feitas contra a sua vontade no curso das investigações deverão, em regra, ser precedidas de manifestação judicial. Cumpre destacar, todavia, que o pressuposto da reserva de jurisdição não impede a execução de expedientes coercitivos pelos agentes policiais sobre o sujeito passivo, a exemplo da obrigação de fornecer dados e informações pertinentes à identidade pessoal ou de tolerar a revista corporal (resguardada a dignidade e intimidade do suspeito). Com efeito, as diligências excepcionais mencionadas não importam em violação à autodefesa negativa, por não visarem diretamente a obtenção de provas contra o imputado, e sim a manutenção da paz social e a garantia da ordem pública. Por tais motivos, devem ser consideradas como medidas de extensão do próprio poder de polícia atribuído à Administração, podendo ser empregadas de ofício pelas autoridades policiais e dispensando autorização judicial prévia.

Afora a discussão em torno da reserva de jurisdição, subsiste o questionamento sobre a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* em face da condução coercitiva por ordem judicial. Uma vez que o deslocamento compulsório do imputado não consubstancia meio de prova por si só, mas mero expediente destinado a encaminhar o suspeito a procedimento que não poderá realizar-se sem sua presença, convém indagar se o emprego da condução coercitiva por despacho do juiz não violaria o direito do suspeito de não contribuir para produção de provas. Em outras palavras, importa saber se existiria um dever de comparecimento do sujeito passivo em atos dotados de eficácia probatória.

Embora a orientação predominante nos ordenamentos jurídicos seja no sentido de exigir o comparecimento do sujeito passivo ao interrogatório policial, considerado o interrogatório como principal meio de exercício da autodefesa no direito pátrio (mesmo

durante a fase pré-processual), outra não pode ser a conclusão senão pelo reconhecimento do dever de comparecimento ao ato exclusivamente no tocante à identificação do suspeito, e desde que não seja possível ser obtida pela justiça por nenhuma outra forma menos onerosa (busca e apreensão de documentos pessoais, por exemplo). Com relação ao interrogatório de mérito, no entanto, não estando o suspeito obrigado a responder às indagações formuladas, não se justifica a medida de condução coercitiva, podendo configurar forma de coação ilícita contra o imputado.

A exemplo do que sucede no interrogatório, sendo legítima a recusa do suspeito em se submeter à produção de provas, não haveria motivo em conduzi-lo coercitivamente para participar de atos dotados de eficácia probatória (tais como a acareação, reconstituição do fato, exame grafotécnico, etc), razão pela qual sustentamos inexistir o dever de comparecimento do imputado, legitimamente amparado no *nemo tenetur se detegere*.

7. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, pode-se perceber que a condução coercitiva de suspeito pela autoridade policial no curso das investigações suscita inúmeros questionamentos, uma vez que não se pode admitir a aplicação de medida constritiva de direito fundamental ao mero alvedrio de agente público desprovido de potestade jurisdicional. Malgrado o entendimento adotado pelas Cortes Superiores por ocasião do julgamento dos *Habeas Corpus* nº 25.475/SP e nº 107.644/SP, não há como negar que se trata de flagrante violação dos valores mais elementares consignados no texto da Constituição Federal, especialmente a garantia do devido processo legal. Em acréscimo, representa um temerário precedente capaz de legitimar a prática dos mais diversos abusos pelos órgãos de investigação, comprometendo sobremaneira a hegemonia da ordem democrática brasileira. Nesse sentido, tal modalidade de limitação temporária e precária da liberdade remonta às famigeradas “prisões para averiguação”, tão recorrentes no regime ditatorial militar.

No processo penal contemporâneo, está superada a noção do acusado como mero objeto de prova, do qual deve ser extraída a todo custo a verdade como requisito para a condenação. Tal concepção encontra respaldo num determinado momento histórico, marcado pelo pensamento autoritário, onde se desconhece a possibilidade do réu de atuar no processo. Entretanto, com a consagração do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos direitos humanos, assume o imputado a condição de autêntico sujeito processual. Sob essa perspectiva, deve atualmente a investigação preliminar ser encarada não como procedimento dirigido meramente para a comprovação do delito, mas acima de tudo como importante meio disposto a excluir uma acusação infundada. A utilidade do procedimento preliminar não é simplesmente servir como preparação para o processo, visto que alcança status de verdadeiro obstáculo a ser superado antes do início da ação penal. Se é certo que a sujeição do imputado ao processo constitui um grave constrangimento, não menos correta é a necessidade de que se evite ao máximo submeter o suspeito (sobre o qual recaem reles indícios) a procedimentos vexatórios, a exemplo da condução coercitiva.

Como visto, conquanto não constitua meio direto de coleta de prova, a condução coercitiva opera inequivocamente como instrumento legal empregado pelos agentes policiais para forçar o réu a colaborar com a investigação. Claro está que a obtenção de elementos probatórios mediante a utilização desse expediente viola frontalmente o princípio *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio, prerrogativas constitucionais insculpidas no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Embora os elementos alcançados pelo inquérito

policial não sirvam para fundamentar uma sentença condenatória – funcionando apenas para justificar a aplicação de medidas endoprocessuais e o despacho de recebimento da denúncia -, tem sido observado na prática que os juízes utilizam de forma banal, com esteio na redação do art. 155 do CPP¹³⁵, certos atos consignados na fase preliminar (a exemplo da confissão policial) como motivadores de um juízo condenatório. A gravidade se torna ainda mais perceptível quando se observa que inexiste contraditório pleno no inquérito. Por tais motivos, considerando inaceitável que os atos promovidos pela autoridade policial, sem a atuação do órgão jurisdicional, sejam aproveitados na sentença condenatória, entendemos que deve ser extirpado da fase pré-processual o emprego da condução coercitiva de suspeito a fim de submetê-lo à produção probatória, mesmo com a prévia autorização do juiz. Para isso, convém seja revogado o art. 260 do Código de Processo Penal e modificada a redação do art. 6º, inciso V, do mesmo diploma, de modo a ratificar que o interrogatório policial, tido como ato de defesa, não dispõe de qualquer poder de coerção.

Uma vez que o sujeito passivo tem o direito de não se autoincriminar, resta-nos concluir que a investigação deve ser dirigida de modo a não esperar qualquer contribuição dele nesse sentido. Em outras palavras, deve a polícia judiciária buscar provas que não dependam diretamente do indiciado. No entanto, cumpre reconhecer a legitimidade das diligências que atingem a esfera pessoal do sujeito passivo sem necessidade de sua cooperação, tais como a busca e apreensão domiciliar. Dentro de tal lógica, faz-se necessário promover transformações no aparato investigatório herdado do regime militar, municiando-o de instrumentos capazes de demonstrar a culpa do suspeito, sem que haja necessidade de se valer da sua cooperação para alcançar esse objetivo. Finalmente, é imperiosa a mudança de mentalidade dos órgãos policiais através da formação de uma polícia que, além de técnica e eficiente, deve ser orientada pelo dever de respeitar os direitos e garantias do cidadão.

Por fim, sustentamos a licitude da condução coercitiva efetuada de ofício pela polícia judiciária somente para fins de identificação criminal do suspeito, desde que este não apresente documento de identificação, não forneça dados ou informações suficientes para identifica-lo e não seja possível de ser obtida por nenhum modo pela autoridade. Isso porque, como visto, subsiste um dever geral de identificação, cabendo a qualquer cidadão, quando devidamente solicitado pela autoridade policial, prestar informações verdadeiras acerca de sua identidade. Com relação à coleta de perfil genético como forma de identificação criminal na

¹³⁵Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

investigação preliminar, apesar de estar prevista no art. 3º, IV da Lei 12.037/2009, observada a necessidade para a investigação e a autorização judicial prévia, trata-se a nosso juízo de grave violação do direito de não produzir prova contra si mesmo, de sorte que caberá ao juiz afastar a sua aplicação no caso concreto ou ao legislador extirpar a medida do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- AKUTSU, José Roberto Coêlho. **Condução coercitiva e a necessária reserva de jurisdição**. Boletim: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 252, p.13-14, nov. 2013. Mensal.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 96-97.
- BARROCAL, André; MARTINS, Rodrigo. **A Massa Incontrolável**. Carta Capital, Rio de Janeiro, n. 754, p.24-31, 26 jul. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 147.
- BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.
- BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**, denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, alterada pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69.026 – DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 1991.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 64.354 – SP**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 01 de julho de 1987.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Procedimiento preliminar: Función de lprocedimiento preliminar. 1. ed. EJEJA, 1971
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- DAURA, Anderson Souza. **Inquérito policial**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 59-61.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 461.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Contornos do princípio contra a não auto-incriminação**. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 547-549.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: Um avanço, mas não o suficiente. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 249, p.5-6, ago. 2013. Mensal.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 34-36.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Boca da lei**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo%20detalhe&art_id=105>. Acesso em: 22 fev. 2014.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não auto-incriminação no processo penal contemporâneo**: Investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90-97.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 34.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 576.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 289-298. – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 112-113.

SILVA, Marcio Cesar Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p.103-104.

VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal**: dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 17-22. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-082016/>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

ANEXO A – HC 107644 / SP - SÃO PAULO

06/09/2011 PRIMEIRA TURMA HABEAS CORPUS 107.644 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) :ALESSANDRO RODRIGUES

IMPTE.(S) :RENEÉ FERNANDO GONÇALVES MOITAS

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUALPENAL. 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 OUDOUTRINA 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 decisões do Supremo Tribunal Federal. 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 destempero, 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 condenação 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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 6 de setembro de 2011.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

ANEXO B – RHC 25475/SP – SÃO PAULO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CONDUÇÃO DE SUSPEITO À DELEGACIA MESMO NÃO ESTANDO EM FLAGRANTE DELITO. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com os relatos e informações constantes dos autos, percebe-se claramente que não houve qualquer ilegalidade na condução do recorrente à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ainda que não estivesse em flagrante delito e inexistisse mandado judicial. 2. Isso porque, como visto, o recorrente em momento algum foi detido ou preso, tendo sido apenas encaminhado ao distrito policial para que, tanto ele, quanto os demais presentes, pudessem depor e elucidar os fatos em apuração. 3. Consoante os artigos 144, § 4º, da Constituição Federal, compete “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”, sendo que o artigo 6º do Código de Processo Penal estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito. 4. A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. 5. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir 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.

UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS DURANTE O INTERROGATÓRIO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 11. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. O recorrente, após ter sido conduzido à delegacia, lá confessou informalmente a prática do delito em apuração, sendo que, diante de tal situação, a autoridade policial representou pela sua prisão temporária, tendo ele sido algemado até que houvesse alguma definição no tocante à sua segregação. 2. Desse modo, mostrou-se correta a atuação da polícia, até mesmo porque diante da presença da esposa da vítima e de outras testemunhas do crime no distrito policial, a manutenção do recorrente livre e sem algemas, mesmo depois de ter confessado a autoria do delito, poderia causar riscos à incolumidade física de todos aqueles que lá se encontravam. 3. Não incide à espécie o disposto na Súmula Vinculante 11, aprovada pela Suprema Corte na Sessão Plenária de 13.08.2008, uma vez que os fatos se deram mais de um ano antes da edição do referido verbete sumular. 4. Ainda que a utilização de algemas repercuta diretamente na liberdade individual, tem-se que a matéria veiculada na Súmula Vinculante 11 é estritamente processual, pelo que somente seria aplicável às situações em curso após a sua edição,

permanecendo válidos os atos realizados antes da sua vigência. ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRENTE TERIA CONFESSADO MEDIANTE TORTURA, E DE QUE NÃO LHE TERIAM SIDO ASSEGURADAS AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE SER ASSISTIDO POR ADVOGADO E DE MANTER-SE CALADO. IMPROCEDÊNCIA.1. Constam dos autos vários laudos do IML, inclusive o referente à data em que se deu a prisão temporária do recorrente, nos quais não há qualquer relato ou descrição de lesões ou de violência à sua integridade física, informação confirmada por depoimentos colhidos sem juízo.2. A assertiva de que o recorrente teria sido vítima de tortura para que confessasse a prática delituosa encontra-se isolada nos autos, não havendo comprovação de que tenha sofrido qualquer tipo de violência física ou psicológica.3. Após confessar informalmente a autoria do latrocínio, o recorrente foi qualificado e interrogado na presença de duas testemunhas, constando do termo a circunstância de que foi devidamente cientificado e advertido dos seus direitos, fato também confirmado pelos testemunhos judiciais, o que afasta a afirmação de que não teriam sido observadas as garantias constitucionais de manter-se em silêncio e de se consultar com advogado. ASSERTIVA DE QUE A CONDENAÇÃO DO RECORRENTE ESTARIA BASEADA EM CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL OBTIDA DE FORMA ILÍCITA. EXISTÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL. ÉDITO REPRESSIVO BASEADO EM OUTRAS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ILICITUDE.1. Ao ser confrontado com os demais depoimentos e provas já obtidos, o recorrente confessou informalmente a autoria do latrocínio, tendo, em seguida, na presença de testemunhas, inclusive de seu ex-patrão, formalizado seu relato, narrando, com riqueza de detalhes, como o crime teria ocorrido.2. Ademais, constata-se do édito repressivo que a condenação não se encontra embasada essencialmente na confissão do recorrente em sede policial, estando justificada por inúmeros depoimentos e elementos de prova colhidos tanto extrajudicialmente quanto em juízo. AFIRMAÇÃO DE QUE TERIA HAVIDO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA, BEM COMO DA FALTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE O HORÁRIO DA MORTE DA VÍTIMA NO LAUDO NECROSCÓPICO. INOCORRÊNCIA. PROVAS REQUERIDAS APÓS O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ.1. Diante da renúncia do defensor constituído pelo recorrente, seus novos patronos pleitearam a elaboração de laudo complementar para o exame necroscópico, com o objetivo de esclarecer o momento provável do óbito da vítima, exames nos canhotos dos cheques emitidos pelo acusado na data dos fatos, a realização de novo interrogatório, e a convocação das testemunhas arroladas para prestarem

esclarecimentos.2. Os pleitos foram indeferidos pela magistrada responsável pelo feito porque requeridos intempestivamente, além do que teria havido a preclusão da prova testemunhal.3. O recorrente foi assistido durante todo o processo criminal por advogado por ele contratado, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, ou em sua ausência.4. Ao contrário, a defesa foi devidamente intimada para providenciar as medidas necessárias para que fosse realizada a notificação das testemunhas que pretendia ouvir, tendo permanecido inerte, o que acarretou a preclusão da prova.5. Ademais, em momento algum durante o curso da instrução criminal houve qualquer questionamento ou impugnação aos diversos laudos juntados aos autos. 6. Ainda que assim não fosse, tem-se que vigora no sistema processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do juiz, consoante o disposto no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, pelo qual o magistrado pode formar o seu convencimento livremente, ponderando as provas que desejar, valorando-as conforme o seu entendimento, ressalvados os casos de provas tarifadas, desde que o faça fundamentadamente. 7. No caso em apreço, o indeferimento das provas pleiteadas pela defesa deu-se de maneira motivada, e após o final da instrução processual, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade, cuidando-se, ao revés, de providência natural no curso do processo, já que cabe ao juiz da causa examinar a pertinência das diligências requeridas, analisando se são necessárias ou meramente protelatórias. Precedentes. NULIDADE PELA INVERSÃO NA ORDEM DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. ALEGAÇÃO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NOS AUTOS.1. O Ministério Público ofertou suas alegações no dia 13.12.2007, tendo a magistrada a quo determinado que se aguardasse manifestação do assistente de acusação, para que, então, a defesa pudesse se manifestar na fase do revogado artigo 500 do Código de Processo Penal.2. Por meio de petição protocolada em 14/01/2008, o assistente de acusação apresentou suas alegações finais, sendo que a defesa só foi intimada para a mesma providência por meio de despacho publicado em 17.01.2008, mesma data em que foram protocoladas as respectivas alegações derradeiras.3. Diante da juntada de novos documentos pela defesa, em 21.01.2008 a Juíza responsável pelo feito determinou que fosse dada vista dos autos ao Ministério Público e ao assistente de acusação, não havendo que se falar em inversão na ordem de apresentação das alegações finais, mas, ao contrário, em estrita observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA, BEM COMO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO QUE LHE NEGARAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. 1. Estando a

prisão cautelar do paciente devidamente fundamentada, especialmente diante da circunstância de que, após ter praticado delito grave, retirou-se do distrito de culpa, viajando para outro Estado da Federação, e principalmente pelo fato de que já foi proferida contra ele sentença condenatória, mantida em grau de apelação, não se mostra cabível o pedido para que aguarde o trânsito em julgado da condenação em liberdade.² Ademais, cumpre destacar que, conforme extrato de movimentação processual obtido junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a defesa do recorrente interpôs recursos especial e extraordinário, aos quais foi negado seguimento, estando os respectivos agravos de instrumento pendentes de apreciação por esta Corte Superior e pelo Supremo Tribunal Federal.³ Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/09/2010, T5 - QUINTA TURMA)