

Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas



Subtema: “Na democracia, não é feio dizer que, onde está escrito X, leia-se

X”.

Fiquei sabendo que a OAB nacional ingressará com ADPF contra as conduções coercitivas. Iniciativa importantíssima. Não é possível que as instituições encarregadas de aplicar a lei continuem ignorando a própria lei, substituindo-a por juízos morais e políticos. Mas o busílis não é a ADPF; o busílis é ter que levar isso via ADPF ao STF, face à clareza da redação do CPP. Vou explicar isso melhor.

Faz bem a OAB em lançar mão na jurisdição constitucional. Urgentemente. Sobre a ilegalidade das conduções coercitivas, [escrevi](#) um artigo na **ConJur** que teve mais de 100 mil leitores no ano passado. Agora volto ao tema.

Aliás, em vez da OAB, quem deveria fazer isso, antes de todos, é o procurador-geral da República, encarregado de zelar pelas garantias constitucionais e, em especial, pela legalidade e constitucionalidade do ordenamento. Mas parece que a PGR resolveu retroceder no tempo e voltar a ser a “velha promotoria pública”. Aliás, no parecer na ADPF 395 ([ler aqui](#)), o PGR confunde condução coercitiva com medida cautelar. Faz um parecer de 29 laudas para dizer que é possível o poder geral de cautela etc. Mas é disso que trata a ADPF? No parecer, a palavra “cautelar” aparece uma dezena de vezes a mais do que o cerne da discussão: a condução coercitiva. Não há menção ao artigo 218; e só quatro vezes fala do artigo 260. Fala mesmo é de medidas cautelares. Condução coercitiva, para o PGR, é o mesmo que uma medida cautelar menos gravosa que prisão. Ou seja: o parecer faz um tratado sobre a laranja, enquanto o fato a ser discutido é uma banana.

Preocupante, ademais, é o uso inadequado e mal interpretado da ponderação e proporcionalidade (que, ao que tudo indica, são os conceitos alexianos). Não é a primeira e não será a última vez que se faz uma vulgata das teses de Alexy. Aliás — acreditem —, tudo o que o PGR diz sobre ponderação e proporcionalidade pode ser utilizado exatamente pelo lado contrário do que consta no parecer. Na verdade, se Alexy fosse lido corretamente, saber-se-ia que ele divide as normas jurídicas em regras e



princípios, nas quais as primeiras se aplicam por subsunção. Ora, em Alexy, os artigos 218 e 260 são regras jurídicas previstas na legislação infraconstitucional; são regras, portanto. E devem ser aplicadas por subsunção. Simples. Não há o que ponderar. Até mesmo se Alexy — com todos os seus problemas — *fosse aplicado corretamente estaríamos muito melhores*. Para terem ideia do que estou falando, mesmo se admitíssemos que se tratasse de ponderação, *Alexy não diz isso que se insinua no parecer* (o parecer não refere o nome de Alexy, mas fala em ponderação, proporcionalidade, subprincípio da necessidade; logo...). Aliás, sobre a ponderação, dou, aqui, uma barbada: para Alexy, a ponderação pressupõe uma prevalência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos, cuja inversão depende do *ônus argumentativo* de comprovar a excepcionalidade de determinada situação concreta. Alexy afirma categoricamente (em *Der Bregriff und Geltung des Recht*) que, entre um direito individual e um interesse coletivo, há sempre a prevalência *prima facie* do direito individual fundamental. Pode até haver, ao final, prevalência de um interesse coletivo, mas jamais essa prevalência será *prima facie*. E conclui: "*Somente uma teoria política coletivista seria capaz de justificar a prevalência do bem coletivo em relação ao direito individual*". Portanto, tudo ao contrário do que se pretende no parecer.

Pergunto, a propósito: não está na hora de, no Brasil, esses autores (Alexy, Dworkin etc.) serem citados corretamente? Não está na hora de citarem a tal ponderação de uma forma que não inverta o que o autor da tese (Alexy) disse?

Impressiona também que o parecer na ADPF 395 faz um desvio hermenêutico (para dizer o menos) nos artigos 218 e 260. Nenhum dos acórdãos citados no parecer tem a ver com a legalidade/constitucionalidade dos artigos 218 e 260 do CPP. O PGR, em vez de se portar como um magistrado, comporta-se como parte. Ora, *um parecer em ADPF não é o mesmo que um parecer em uma causa em que o MP seja parte*. Em ADPF ingressada por terceiro, o PGR atua como fiscal da lei, guardião da Constituição. No caso, nitidamente, o parecer parece querer disputar espaço com o impetrante, *confundindo-o com a defesa do inquérito policial que gerou a ADPF*. O PGR confundiu seus dois corpos: o de parte e de fiscal da lei.

Quando ingressei no MP, cheio de ideias e ideais, recitei Haroldo Valadão (espécie de ídolo dos promotores) na prova de tribuna. Lembro de cor o nariz de cera de minha fala:

Se Montesquieu reescrevesse hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice mas quadrupla a divisão de poderes. Ao órgão que legisla, ao órgão que executa e ao órgão que julga, há um novo, o que defende a sociedade e a lei perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, seja dos indivíduos ou do próprio Estado.

E eu que acreditei nisso. Durante anos e anos ouvi discursos alardeando que o MP não era mais o velho promotor público. Será?

Nem preciso dizer o que diz a Constituição acerca da liberdade e sobre o direito de somente se fazer alguma coisa em virtude de lei, afora o direito de ir e vir. Todo o artigo 5º da CF pode ser aplicado aqui. As conduções coercitivas, *feitas fora do ordenamento*, são abusivas. Nada pode ser coercitivo sem prévia intimação. Condução coercitiva é resposta do Estado a uma indevida resistência do cidadão face a uma intimação.

Há dois dispositivos aplicáveis: o artigo 218 (caso de testemunha) e 260 (caso de acusado) do Código de



Processo Penal diz que:

Art. 218 – A testemunha regularmente intimada que não comparecer ao ato para o qual foi intimada, sem motivo justificado, poderá ser conduzida coercitivamente.

Art. 260 – Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Parágrafo único: “o mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no artigo 352, no que lhes for aplicável.

Tertius non datur. Não consigo ler algo diferente do que está escrito: a) só poderá ser conduzida a testemunha regularmente intimada e que não tenha motivo justificado; b) o acusado somente pode ser conduzido se não atender à intimação para interrogatório.

Para não sofrer as críticas por “complicar” o direito, deixo de aplicar os modalizadores deônticos de *Von Wright* para deixar mais lógica a conclusão de vedação de condução sem intimação prévia (se é proibido conduzir, então é obrigatório não conduzir e é permitido não conduzir — Vp=ONp=PNp — V=proibido — *verboten* em alemão; O=obrigatório; P=permitido). Não há quarta hipótese, aqui. Só para referir. Não preciso de ponderação ou de proporcionalidade.

Textos jurídicos que restringem liberdades *devem ser lidos sem analogia e sem ampliações*. Leiamos o que está escrito, sem colocar adjetivos e elementos de analogia. Aliás, se o CPP é anterior a CF, mesmo que ele autorizasse explicitamente, teria que ser filtrado hermeneuticamente. Um banho de imersão constitucional resolveria qualquer componente autoritário. Mas nem é necessário. O CPP já diz o suficiente. A lei exige, nas duas hipóteses, intimação prévia. Então, como diz Gadamer, *wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von im etwas zu sagen lassen* (quem quer compreender um texto, deve deixar que o texto lhe diga algo). Não emudeçamos o texto.

Numa palavra, chamando as coisas pelo nome: *a condução coercitiva, feita fora da lei, é uma prisão por algumas horas*. E prisão por um minuto já é prisão. E não esqueçamos da relevante questão: conduzir coercitivamente pode implicar obrigação de produção de prova contra si.

E não estou sozinho nessa tese de que os artigos 218 e 260 são claros em impedir as práticas atuais. Veja-se o que dizem os ex-integrantes do MP [Afranio Silva Jardim](#), Claudio Fontelles e Álvaro Ribeiro Costa ([aqui](#)). E o ex-ministro do STF Nelson Jobim:

"Ela [a condução coercitiva] só é admissível quando alguém se nega a ir em uma audiência em que foi previamente intimado. Mas não se admite que alguém que não foi convocado para depor seja levado coercitivamente para depor".

Sim, sei que o Supremo Tribunal Federal disse que a condução coercitiva é possível^[1]. Mas alto lá. Disse, mas não nos moldes do que estamos discutindo aqui. Cabe(ria) a condução nos termos do que está no CPP. Recusa imotivada, eis o busílis. Não atender a uma intimação: essa é a *ratio*. E acrescento: o STF não fora, até a ADPF 395 — e agora pela ADPF da OAB — instado para falar da (in)constitucionalidade do artigo 260.



Todas as pessoas que até hoje foram “conduzidas coercitivamente” o foram à revelia do ordenamento jurídico. Simples assim. Assim, de grão em grão vamos retrocedendo no Estado Democrático de Direito. Prendemos por prazo que... já não existe. Conduzimos à força mesmo sem intimação, tanto faz se for para testemunhar ou para ser indiciado. Sem intimação prévia.

Mas, é claro, tudo é feito em nome da moral pública, do clamor social etc. Quando procurador de Justiça, os desembargadores da 5ª Câmara Criminal do TJ-RS e eu fazíamos uma blague: colocávamos a mão no ouvido para ver se ouvíamos o clamor público.

Hoje, cada vez mais, para prender, basta dizer as palavras mágicas: *clamor social e garantia da ordem pública*. Vamos dar o nome que as coisas têm. Sem receio. Porque temos ao nosso lado a lei e a Constituição. Ou não?

Condução coercitiva fora dos parâmetros legais-constitucionais é suspender a lei. Fiquemos alertas. *Filtrar o direito pela moral pode ser bom quando isso atinge os nossos adversários ou inimigos*. Mas, amanhã, pode ser você. Estou dizendo isso não porque goste ou desgoste da condução coercitiva. O que eu acho ou a população acha ou o que o juiz acha não importa. Essas “achações” são argumentações morais. Meras opiniões. *E a moral não pode corrigir o Direito*. Quando vamos aprender isso? Vamos descartar o Direito e no seu lugar colocar as “achações” morais das autoridades? Como tenho dito à sociedade e à sociedade: se a moral pode corrigir o Direito, quem pode corrigir a moral?

Por fim e ainda para deixar isso mais claro: o STF poderia, em vez de dar provimento à ADPF (às duas), fazer uma coisa até mais singela. Simplesmente poderia dizer que os artigos 218 e 260 do CPP, anteriores a CF, foram recepcionados a partir de uma *interpretação aferida por sinonímia* (algo como “João é careca” é o mesmo que dizer “João é calvo”). Ou seja, o enunciado “para serem conduzidas testemunhas ou acusados, exige-se prévia intimação” *tem sinonímia com o enunciado* “a condição de possibilidade de ocorrer uma condução coercitiva é a intimação prévia de testemunhas e acusados” ou “se não intimar antes, não pode haver condução à força”. Moral da história: Na democracia, não há mal nenhum em fazer *sinonímias interpretativas*. Por vezes, simplesmente cumprir a lei pode ser um avanço considerável. Nada mais, nada menos do que aplicar a integridade do Direito prevista no artigo 926 do CPC. Parafraseando Dworkin, trata-se de dois textos (artigos 218 e 260 do CPP) claros que devem ser aplicados não simplesmente porque são leis, e sim porque equiparar a condução coercitiva às medidas cautelares diversas da prisão fere os princípios da presunção de inocência e da proibição de fazer provas contra si mesmo. Não haveria mais integridade no Direito. Apenas raciocínio *ad hocs* ou pragmatismos.

Numa palavra: dizer que condução coercitiva é o mesmo que medida cautelar alternativa e que, ponderativamente (sic), a condução coercitiva é similar à medida cautelar alternativa menos gravosa que a prisão *é o mesmo que admitir um elenco infinito de “medidas alternativas”*. Ora, qualquer medida que não seja chicoteamento ou tortura será sempre menos gravosa que a prisão preventiva. Logo, vingando a tese de que condução coercitiva é possível porque entra no “rol” de cautelares menos gravosas, teremos uma violação da legalidade. Interpretação extensiva proibida.

Repito a pergunta: quando é que aprenderemos que juízos morais não devem e não podem corrigir o Direito?



[1] Não vou gastar energia para falar do HC 94.173-BA. Fácilmo de fazer o *distinguishing*.

No caso concreto, a mulher da vítima armou uma armadilha para o suspeito do crime (latrocínio). Face à armação, a mulher avisou a polícia, que chegou e levou o suspeito à polícia, onde confessou o crime. No que esse caso tem de similar ao que aqui se discute? De todo modo, vale ler o HC 94.173-BA, em que o STF fala das limitações ao uso de condução coercitiva.

Date Created

02/03/2017