

**PENSANDO SOBRE O PRINCÍPIO DA RESERVA JURISDICIONAL DA PRISÃO CAUTELAR (artigo 5º, LXI, CRFB)
CONDUÇÃO DE SUSPEITOS DE INGESTÃO DE CÁPSULAS DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES SEM ORDEM JUDICIAL: CONDUÇÃO COERCITIVA OU PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES?**

**THINKING ABOUT THE PRINCIPLE OF PRISON ONLY UNDER JUDICIAL ORDER (article 5, LXI, CRFB)
CONDUCTION OF SUSPECTS OF INGESTING WRAPS OF NARCOTICS WITHOUT JUDICIAL ORDER: COERCIVE CONDUCTION OR PRISON FOR QUESTIONING?**

Professor orientador e coautor: Cláudio Alberto Gabriel Guimarães¹

Mestrando e coautor: Jorge Ferraz de Oliveira Junior²

RESUMO: O artigo se propõe a discutir a constitucionalidade da condução coercitiva de suspeitos de ingestão de cápsulas de substância entorpecentes para fora do aeroporto, sem ordem judicial e mesmo nos casos de recusa do investigado, analisando, precipuamente, se tal procedimento ofende o princípio da vedação à autoincriminação, assim como o princípio da reserva jurisdicional da prisão cautelar (artigo 5º, LXI, da CRFB). O artigo defende que, diante de fundadas razões, a autoridade policial pode conduzir coercitivamente suspeitos a delegacias ou hospitais, para a realização de procedimentos não-invasivos com o propósito de verificar se guardam, em seu abdômen, substância entorpecente, desde que não sejam realizadas prisões.

PALAVRAS-CHAVES: Constituição Federal; tráfico de drogas; barrigueiros; Princípio da vedação à autoincriminação; Princípio da proporcionalidade; Princípio da proibição de excesso; Princípio da proibição de proteção deficiente.

ABSTRACT: The article aims to discuss the constitutionality of coercive conduction of suspects of ingesting wraps of narcotics out of the airport without a court order and even in cases of refusal of investigating, analyzing ones, mostly, if such a procedure offends the principle of prohibition to self-incrimination, as well as the principle of reservation prison court injunction (Article 5, LXI, CRFB). The article argues that, in light of justified reasons, the police authority may conduct coercively suspects to police stations or hospitals, to perform non-invasive procedures in order to verify whether they hide, in their abdomen, narcotic substance, provided that no arrests be performed.

¹ Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. calguimaraes@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal Substituto. jorge.ferraz.oliveira@gmail.com.

KEY-WORDS: Constitution; drug trafficking; “stomachers”; Principle against self-incrimination; Principle of Proportionality; Principle of prohibition of excess; Principle of prohibition of insufficient protection.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, embora não seja produtor de cocaína, serve de rota entre fabricantes da América (Peru, Bolívia e Colômbia) e consumidores no resto do mundo. Apesar dos intensos esforços das polícias investigativas federal e estaduais, a lamentável liderança do País na disseminação da substância entorpecente produzida na América do Sul tornou-se incontestável desde 2005, depois de várias apreensões em aeroportos europeus, que totalizaram 1,1 toneladas de cocaína (CAMPOS NETO, 2011, p. 34).

As prisões realizadas nos Aeroportos Brasileiros decorrem de 2 (dois) principais métodos de investigação policial: um de caráter mais sofisticado; outro de caráter ocasional. No primeiro, os passos da “mula”³ são durante certo período de tempo acompanhados pela autoridade policial; ou, então, há monitoramento eletrônico (nem sempre revelado no auto de prisão em flagrante) de outros membros da organização criminosa, a possibilitar a identificação do transportador em sua chegada ao aeroporto.

Na abordagem ocasional, suspeitos em potencial são identificados no setor de embarque. Fatores como nacionalidade, local de ingresso no território nacional (*e. g.*, a entrada no Brasil mediante fronteira), curto tempo de estada no País e cidades visitadas são dados que, constatados pela mera leitura do passaporte e mediante entrevista preliminar com os suspeitos, tornam-se preponderantes para a realização de busca meticulosa na bagagem do viajante (considerando que a droga geralmente se encontra em fundos falsos, geralmente não detectada pelo simples exame de raio-x) e, no caso de nada se encontrar nas malas, na decisão de submissão do suspeito a exame radiológico.

Se, de um lado, não há justificativa para a condução coercitiva decorrente tão-somente de observação empírica no setor de embarque, em que o investigado é selecionado de acordo com aspectos subjetivos (ou discriminatórios) relacionados a nacionalidade, tempo de estadia no país, cidades visitadas etc., travam-se intensos debates jurídicos quanto à possibilidade de condução coercitiva nos casos em que interceptação telefônica ou outros

³ A expressão “mula” geralmente é utilizada para designar pessoas que, na longa cadeia do tráfico de entorpecentes, são responsáveis apenas pelo transporte da droga; vale dizer: o suspeito que é flagrado no transporte, sem evidências de que seja real proprietário da mercadoria ilícita; quando a droga é transportada no abdômen do suspeito, tais “mulas” são também chamadas de “barrigueiros”.

elementos prévios de investigação (agente infiltrado, delação de partícipe) indicam que determinado passageiro está a transportar substância proibida em seu abdômen.

O fato é que a submissão do suspeito ao exame radiológico, quando feito nas dependências do próprio aeroporto, não enseja grandes questionamentos de ordem constitucional; todavia, nos casos de realização do exame fora do aeroporto, ainda que o investigado não seja submetido à prisão, inaugura-se intensa controvérsia sobre a legalidade da atuação policial na condução coercitiva do investigado para fora das dependências do aeródromo.

É esse o problema constitucional que o presente artigo propõe-se a discutir, estimulando a candente discussão sobre a colisão de princípios, que no âmbito criminal orbita entre os direitos e garantias individuais em contraposição aos interesses gerais da sociedade, com a necessária aproximação dos postulados erigidos pela doutrina garantista.

2. DAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS PARA INTERPRETAÇÃO DO FENÔMENO.

As reflexões que agora são expostas têm por objeto a análise de possíveis soluções ao problema constitucional que exsurge quando da investigação penal dos suspeitos de ingestão de cápsulas de substância entorpecente, adotando-se como fator preponderante as análises principiológicas afetas à matéria, sem, entretanto, afastar-nos da doutrina garantista penal - tanto em sua concepção clássica, quanto na concepção abraçada pelo garantismo penal integral.

Note-se que, em um marco teórico radicado na criminologia crítica latino-americana⁴ a solução adequada ao tráfico de substâncias entorpecentes seria a descriminalização do delito. A descriminalização é defendida também por Winfried Hassemer, renomado penalista da Escola de Frankfurt, o qual, conquanto considere a teoria abolicionista, “ingênua e misantrópica” (2007, p. 79), já defendeu a descriminalização para pôr fim ao mercado ilícito do tráfico de entorpecentes, com todos os nefastos efeitos dele decorrentes (1994, p. 50).

Importante salientar que tais correntes defensoras da descriminalização total ou parcial do comércio de drogas proibidas, não ousou enfrentar até o presente momento, a

⁴ Nesse sentido, confirmam-se as lições de Anyar de Castro (2005, p. 197), criminóloga venezuelana, para quem o atual repressivo no tratamento do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes está tão fadado ao fracasso quanto a Lei Seca dos Estados Unidos: “quando numa economia de mercado, um negócio é tão espetacularmente lucrativo, as possibilidades reais de controle policial e judicial sem contaminações são quase nulas”. De modo que, para “combater esse quadro, seria necessário manter um estado de sítio permanente, com grave prejuízo das garantias individuais”. Assim, conclui: “a descriminalização, portanto, parece ser a única opção com possibilidades de vitória, ainda que a médio prazo”, deixando o controle do tráfico de entorpecente às instâncias informais de controle.

difícil questão sobre a migração delinquencial⁵, ou seja, qual será o destino daqueles que trabalham neste ramo criminoso que não outras atividades correlatas, por evidente que criminosas.

De outro lado, Gunter Jakobs defende que as organizações criminosas relacionadas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, assim como as organizações terroristas, se afastaram de maneira tão duradora e decisiva do Direito que não mais fazem *jus* aos benefícios inerentes à cidadania. A tais grupos caberia tão-somente o Direito Penal do Inimigo, em contraposição ao Direito Penal do cidadão (2003, p. 38-41).⁶

Os adeptos deste tipo de pensamento mais ligado aos movimentos de lei e ordem, acabam por apontar as estreitas ligações do tráfico ilícito de entorpecentes com outros delitos, alertando para a formação de grandes e potentes organizações criminosas, afastando-se conseqüentemente, dos indicadores constitucionais para enfrentamento do problema.

Dentro de tal contexto, parece-nos que uma e outra vertentes teóricas (abolicionista e funcionalista sistêmica), em suas formas puras, parecem equivocadas diante dos direitos e garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Importante salientar, entretanto, que, ainda que inadmissíveis certos corolários do funcionalismo sistêmico (tal como seria o caso do Direito Penal do Inimigo, construção evidentemente afrontosa à Constituição Federal e o seu princípio fundante: a dignidade da pessoa humana), não se pode negar que o tratamento mais rigoroso ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes deita raízes na própria Constituição (*e. g.*, artigo 5º, XLIII; artigo 243, parágrafo único), a impossibilitar a sua derrogação absoluta mediante simples alteração infraconstitucional; de todo modo, a descriminalização de condutas ligadas ao uso de substâncias entorpecentes (os dispositivos que tratam da matéria são bastante contraditórios) ou, até mesmo, ao comércio de quantidades pequenas de drogas ilícitas, podem, ao menos, ser objeto de discussão e revisão pelo legislador ordinário.

Assim entendendo, temos que a orientação axiológica extraída da Magna Carta justificaria não somente a apenação mais severa do tráfico de substâncias entorpecentes (*e. g.*, regime inicialmente fechado, impossibilidade de substituição de pena como regra geral), mas também mandamento positivo de criminalização para o legislador ordinário, a impedir a total abolição deste tipo de infração penal.

⁵ O termo migração delinquencial, cunhado pelos autores, se propõe a definir um fenômeno que a cada dia se torna mais comum no meio das ilegalidades penais, qual seja, a mudança de local e/ou atividade criminosas.

⁶ Farto material sobre o Direito Penal do inimigo pode ser encontrado em Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez (2006).

Dessa maneira, propõe-se, entre um meio termo entre teorias mais radicais (de um lado, a criminologia crítica latino-americana abolicionista⁷; de outro, o funcionalismo sistêmico alemão), a análise do problema colocado sob as lentes de marcos teóricos que atribuem primazia aos direitos fundamentais, mormente aqueles que consideram as características singulares da Constituição Brasileira⁸.

A solução teórica aqui adotada passaria, necessariamente, pela análise do pensamento garantista que, segundo Luigi Ferrajoli, decorre da existência de princípios que, ao longo do tempo, foram positivados nas Constituições democráticas, frutos da tradição histórica do iluminismo e do liberalismo (2010, p. 37).

Diferentemente do abolicionismo, que nega qualquer legitimidade ao sistema penal, Ferrajoli defende que o Sistema Garantista (SG) é o modelo teórico capaz de legitimar o Direito Penal tanto em uma perspectiva interna como externa.

Pertinentemente à legitimação interna (“quando e como punir”; “quando e como proibir”; “quando e como julgar”) esta decorre dos princípios da tradição histórica do iluminismo e do liberalismo, que podem ser divididos em 10 axiomas ou princípios fundamentais do Direito Penal e do Processo Penal (A1 a A10), totalmente dependentes entre si e indispensáveis para o reconhecimento de um sistema penal garantista.⁹

Quanto a uma perspectiva externa (“por quê punir”), Ferrajoli afirma que o Direito Penal, no Sistema Garantista, justifica-se pela prevenção de delitos e pela prevenção de penas informais; em palavras outras: o sistema de garantias justifica a utilização do Direito Penal quando o mal que a pena causa é inferior ao somatório de: 1) delitos que, pela intimidação (prevenção geral), deixam de ser cometidos; e 2) a reação “informal, selvagem espontânea, arbitrária, punitiva (...) que na ausência de penas poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele” da vingança privada ou de sangue, que existiria na ausência do Direito Penal, se adotada uma perspectiva abolicionista (2010, p. 309).

A primeira função (prevenção de delitos) indicaria o “limite mínimo” do Direito Penal, arrimado no “interesse da maioria não desviante”; e a segunda função (prevenção da vingança arbitrária) um “limite máximo”, ou “interesse do réu ou de quem é suspeito ou

⁷ Sobre o tema, cfr. Hulsman (1989).

⁸ Para melhor entendimento do pensamento dos autores, consultar GUIMARÃES (2007), (2009) e (2010).

⁹ São exemplos de “axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG”, “garantista, cognitivo ou de legalidade estrita”, entre outros princípios (Ferrajoli, 2010, p. 91): “*Nulla poena sine crimine*” (A2) e “*Nulla probatio sine defensione*” (A10). Dos axiomas resultam três grupos de teoremas (T11 a T55, T56 a T65 e T66 a T75); para um maior aprofundamento a respeito do tema, sugere-se a leitura de Ferrajoli (2010, p. 107-109).

acusado de sê-lo”. Tanto o limite máximo como o limite mínimo, traduz-se na “lei do mais fraco” ou a “proteção do fraco frente ao mais forte”; no primeiro caso, proteção da vítima contra o autor do delito; no segundo, proteção do réu contra o Estado, a sociedade e as forças sociais ligadas à vítima (FERRAJOLI, 2010, p. 310-311).

Em um último registro digno de nota sobre o autor italiano, Ferrajoli conceitua o “Garantismo” como um sistema em que a legitimidade da atuação do Estado, quer na criação das leis, quer em sua aplicação, decorre da estrita obediência aos direitos fundamentais previstos na Constituição, mesmo contra os interesses da maioria e contra a arbitrariedade das proibições e punições (2010, p. 312).

A supracitada teoria tem, no Brasil, forte aceitação. Sem receio de errar, pode-se dizer que o Garantismo Penal, juntamente com a Criminologia Crítica, são as teorias criminais mais estudadas nos Programas de Graduação e Pós-Graduação das Academias brasileiras.

Há quem teça severas ao garantismo ensinado no Brasil, afirmando que se trata não de um autêntico garantismo, na exata precisão do seu termo (proteção de direitos fundamentais), mas sim um “Garantismo Hiperbólico Nuclear”, destinado tão-somente à proteção de direitos fundamentais de primeira geração, relacionados ao réu ou ao investigado. Mais: afirma-se que a aludida modalidade de garantismo exacerbada tem levado a uma desproteção dos direitos fundamentais de primeira e outras gerações, conclamando os operadores do direito a abraçarem um verdadeiro garantismo, que seria o garantismo penal integral (FISCHER, 2010, p. 26-27).

De modo semelhante, a Nova Escola Penal Brasileira,¹⁰ conforme admitem os seus próprios fundadores, não é uma escola *antigarantista*. Pelo contrário: se autoproclama como

¹⁰ Tarefa difícil é atribuir um nome ou designação para um novo modelo de pensamento ou escola que ainda está ganhando força. Utiliza-se, aqui, o nome “Nova Escola Penal brasileira” conforme denominação sugerida no próprio livro de Feldens, em prefácio escrito por Ingo Wolfgang Sarlet; em miúdos, a Nova Escola Penal, para Sarlet, seria a corrente teórica que parte da “premissa de uma constitucionalização do Direito Penal que tenha a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos que lhe são correlatos como um escopo permanente” (FELDENS, 2012, p. 10). Talvez, o melhor nome para designar a aludida escola seja “garantismo penal integral”; no mais, o nome “Nova Escola” nada diz sobre o pensamento do seus fundadores e, se vier a consolidar-se, o que atualmente é “novo”, pode vir a ser considerado “velho” amanhã; contudo, prefere-se utilizar, por ora, o termo “Nova Escola” para diferenciar o garantismo proposto por Feldens do garantismo dos autores anteriormente citados (Calabrich e Fischer), já que tais garantismos são bem diferentes em relação à crítica a Ferrajoli, a nosso ver, mais presente na obra de Feldens. As seguintes passagens bem ilustram a diferença de pensamento entre os autores em relação ao garantismo proposto pelo autor italiano: “Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República. Todavia, ‘*garantismo penal*’ – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima.” (FISCHER, 2010, p. 26). “No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata um *modelo* de Direito Penal que se traduz em *uma determinada versão* do garantismo, a qual não parece corresponder à

uma escola garantista e fundamenta a função do direito penal na proteção de direitos e garantias fundamentais. Sua diferença, contudo, em relação ao garantismo penal proposto por Ferrajoli, é que, enquanto este vê a intervenção penal como um mal necessário, dotando o direito penal de uma carga meramente negativa (de proteção contra a atuação do Estado) e unidirecional (visando apenas à proteção do investigado), a nova escola propõe um equilíbrio entre atuação passiva do legislador, na proteção de direitos fundamentais de primeira geração, e atuação ativa do legislador, destinada à criação de instrumentos (penais) necessários à proteção de direitos fundamentais de primeira e outras gerações (FELDENS, 2012, p. 10 e 56).

Tal escola defende que a configuração de um direito de liberdade não pode ser feita de forma autocrata e isolada, em que o indivíduo traça uma luta perene com um mundo hostil; e sim mediante a consagração da liberdade de outros indivíduos que compõem a comunidade. A realização dos direitos fundamentais se dá – precisamente – na relação de um indivíduo com outro. O princípio do Estado Constitucional de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa destes direitos e liberdades contra quaisquer poderes sociais de fato (FELDENS, 2012, p. 54-57).

Nessa perspectiva, a Constituição funciona como: (i) *limite material do Direito Penal*, erigindo barreiras ao processo criminalizador (limite normativo superior); (ii) *fonte valorativa do Direito Penal*, funcionando como legítimo paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal (fundamento axiológico); e (iii) *fundamento normativo do Direito Penal*, apontando zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal (limite normativo inferior) (FELDENS, 2012, p. 65).

Tal abordagem se assemelha a outra teoria funcionalista alemã, bem diferente, contudo, daquela preconizada por Günter Jakobs (funcionalismo sistêmico). Está-se a falar, *in casu*, do funcionalismo axiológico preconizado por Claus Roxín. Nessa modalidade de funcionalismo, a finalidade do direito penal não é simplesmente reafirmar o valor da norma (como no funcionalismo sistêmico), mas sim utilizar o direito penal, como *ultima ratio*, para a afirmação de valores extraídos da Constituição e das declarações de direitos humanos (ROXÍN, 2002, p. 62-64, 231 e 232).

Em síntese, adotado o entendimento de que os cânones garantistas têm, obrigatoriamente, que alcançar todo o fenômeno criminal, ou seja, proteção dos direitos e

multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais. Daí por que o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo menos com ele não se confunde totalmente. Dizendo de outro modo: embora inequivocamente exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se reduz à compreensão que dele faz Ferrajoli.” (FELDENS, 2012, p. 56).

garantias individuais como também proteção dos interesses da sociedade, necessário faz-se investigar, no caso de ocorrência concreta de choque entre os mesmos, qual destes deve prevalecer.

3. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROBLEMA SOCIAL INVESTIGADO

Apresentados os marcos teóricos que alicerçam o presente trabalho, enaltecendo-se o entendimento deles derivado de que a Constituição Federal se configura como limite à atuação estatal e como mandado imperativo de criminalização destinado à proteção de direitos fundamentais, necessário se faz, por via de consequência, que sejam traçados os contornos constitucionais do fenômeno social estudado¹¹.

De um lado, a Constituição Federal consagra, no artigo 5º, inciso LXI, o princípio da reserva jurisdicional da prisão, seja esta cautelar, seja definitiva (decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado). Seriam exceções ao princípio da prisão mediante ordem judicial apenas a prisão decorrente de flagrante delito, de transgressão disciplinar e a de crime propriamente militar. Em dispositivo seguinte (artigo 5º, inciso LXIII), a Constituição Federal assegura ao preso o direito de permanecer calado. Dispositivo que, para alguns, mais do que o direito ao silêncio, consagra, na verdade, o princípio da não-obrigatoriedade de autoincriminar-se.¹²

Conjuntamente às referidas garantias constitucionais, a Constituição da República consagra, também, o direito à segurança (artigo 5º, *caput*), colocando a segurança pública, mais adiante (artigo 144), como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

¹¹ Um aprofundado estudo sobre os princípios que norteiam a aplicação da lei criminal pode ser encontrado em Ashworth (2009). Cfr., também, Ávila (2004), Bedê Jr. e Senna (2009).

¹² Para outros, contudo, a Constituição Federal consagraria apenas o direito ao silêncio, enquanto que o direito da vedação à autoincriminação seria decorrente do artigo 5º, §2º, da Lei Fundamental ou do próprio princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior). Queijo (2003 p. 69-81) além de indicar raízes do princípio da não-obrigatoriedade de autoincriminar-se nos Tratados Internacionais, defende que o referido princípio pode ser extraído, também, do princípio do devido processo legal, direito à defesa (ampla defesa), presunção de inocência e dignidade da pessoa humana. Quantos aos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, pode-se dizer que o referido princípio pode ser extraído do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose da Costa Rica*). Confirmam-se:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992).

ARTIGO 14 (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de *San Jose da Costa Rica*), de 22 de novembro de 1969 (promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992).

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Nesse contexto, a criminalização do tráfico de substâncias entorpecentes possui importância fundamental no processo de garantia de direitos fundamentais. A referida modalidade de delitos, como já dito, possui mandado expresso de criminalização (artigo 5º, XLIII, da CR), isso porque, sem dúvida, o crime de tráfico de drogas constitui um dos maiores males da sociedade contemporânea, pelos efeitos nefastos causados não apenas à saúde individual,¹³ mas também ao seio social, catalisador e fomentador de crimes cometidos com brutal violência: violência praticada entre traficantes, pela disputa entre os melhores pontos de tráfico; entre estes e policiais; entre traficantes e usuários mais vulneráveis, na cobrança de dívidas referentes ao tráfico; entre usuários-dependentes e terceiros, para a obtenção da pecúnia necessária ao pagamento da dívida com traficantes, entre outras tantas violências daí derivadas¹⁴.

Diante de tal quadro, considerando-se, por um lado, o imperativo de realização de políticas eficazes de repressão por parte do Estado e, por outro lado, os direitos e garantias fundamentais concernentes à persecução penal, chega-se à seguinte pergunta: *como coibir o tráfico internacional nos aeroportos, naqueles casos em que o transportador engole a substância entorpecente?*

Para responder a tal pergunta, necessário que se chame a atenção para o seguinte ponto: se aquele que engole a substância entorpecente chega ao “*fundo do poço*” no que pertine ao trato da própria dignidade, porquanto age como mero objeto a serviço de organizações criminosas envolvidas no tráfico internacional de drogas, as instâncias de controle penal, no trato de casos tais, devem ter especial cautela para que, em sua investigação, durante a colheita da prova necessária à configuração da materialidade do crime, não vulnerarem garantias constitucionais estreitamente relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, mormente o direito de liberdade, intangibilidade corporal, intimidade, garantia de vedação à autoincriminação e reserva jurisdicional da prisão (cautelar)¹⁵.

¹³ A respeito dos males causados à saúde individual, leciona o médico legista Campos Neto (2011, p.13): “A pasta base de cocaína é uma matéria-prima que contém alta concentração da droga, da qual são feitos os seguintes produtos: o cloridrato de cocaína, o *crack* e a merla. Sob a forma de sal, o cloridrato de cocaína é solúvel em água e a droga pode ser aspirada ou dissolvida em água para uso endovenoso. Sua nocividade é tão grande que o dependente químico não se recupera das mais graves lesões do sistema nervoso mesmo depois da cura pela desintoxicação.”

¹⁴ Sobre a questão das intercorrências entre violência criminal e violência estrutural, imprescindível a leitura de Baratta (2002).

¹⁵ Nunca demais lembrar a advertência feita por Müssig (2001, p. 66), fundamentado nas idéias de Horkheimer, de que “El individuo sólo es real en el contexto del todo al que pertenece”.

4. O EXAME RADIOLÓGICO, O SCANNER CORPORAL E AS GARANTIAS DA INTANGIBILIDADE CORPORAL E DA VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO

É comum afirmar-se que o princípio da intangibilidade corporal e o direito de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*) vedam a obtenção de: a) provas invasivas, sem o consentimento do investigado, mesmo com ordem judicial; e b) provas que, apesar de não-invasivas, dependem de uma colaboração positiva do suspeito (que impliquem um *facere*).¹⁶

Quanto à intangibilidade corporal, o Supremo Tribunal Federal já chegou a afirmar que o investigado, mesmo no processo civil, não pode ser conduzido coercitivamente para a realização de exame de DNA (HC nº 71.373, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994) e, com base na garantia de vedação à autoincriminação, já chegou a afirmar que o suspeito não é obrigado a: a) participar de atos destinados à reconstituição do crime: RHC 64.354, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1987, e HC 69.026, Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991; b) fornecer material grafotécnico: HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, e HC 83.960, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005; c) fornecer voz para comparação: HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/11/2003; e d) submeter-se a exame de alcoolemia: HC 93.916, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008; entre outros tipos de provas.

O entendimento do Supremo não está indene a críticas. Se determinadas provas invasivas como o teste falométrico¹⁷ e a endoscopia são evidentemente afrontosas ao princípio da dignidade da pessoa humana, por consistirem intensa intervenção sobre a integridade física e moral do investigado (além do que, dificilmente justificáveis em um caso concreto, porquanto podem ser facilmente supridas por outros meios de prova, não resistindo à análise dos princípios da adequação e da necessidade); de outra banda, a extração de sangue ou o corte ínfimo de pelos, por serem intervenções mínimas sobre o corpo do investigado, não podem ser comparadas àquelas, não constituindo qualquer lesão significativa à integridade física ou moral. Como bem adverte Marteleto Filho (2009, p. 118) não se concebe como possa o acusado ser privado de sua liberdade no processo, ter sua vida monitorada por

¹⁶ Para um maior aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de Queijo (2003), Fiori (2008), Albuquerque (2008), Trois Neto (2011) e Marteleto Filho (2012).

¹⁷ Teste falométrico é o exame destinado a ver a reação do pênis do investigado a determinado estímulo sexual, mediante a utilização de um erectômetro. Mais a respeito do tema, confirmam-se Marteleto Filho (2012, p. 117) e Queijo (2003, p. 307).

interceptações telefônicas, ser conduzido coercitivamente para a audiência, mas dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que o consinta.

Também está a merecer críticas a atual conformação jurisprudencial do princípio da vedação à autoincriminação, que tem chegado a níveis que colocam em descrédito a administração da justiça, o que pode vir a comprometer a “força moral”¹⁸ do Poder Judiciário. Já se afirmou, por exemplo, que do direito a não se autoincriminar decorre o direito de mentir, sem qualquer censura (REsp 54.781/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 09/10/1995). Por conseguinte, pode o réu praticamente escarnecer do Ministério Público e da autoridade judiciária durante o seu interrogatório, criando, de maneira jocosa, versões evidentemente mendazes e afrontosas ao bom senso, sem que sua pena possa ser agravada ou o acusado possa ser censurado durante o seu ato de autodefesa, gerando, assim, situação de descrédito da instituição judiciária para aqueles que assistem ao ato judicial¹⁹.

Seja como for, a submissão do investigado a exame radiológico com o propósito de verificar a ingestão de substâncias entorpecentes, ainda que sem o seu consentimento, não vulnera nenhum dos aludidos princípios: não consiste na introdução de qualquer instrumento ou substância sobre o corpo do acusado e, por isso, não constitui prova invasiva; tampouco depende de sua cooperação ativa para que o exame possa ser realizado, não vulnerando, assim, o *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, cite-se Queijo (2003, p. 253, *passim*) a qual, conquanto defensora da inadmissibilidade de provas invasivas, faz referência à possibilidade do exame radiológico como espécie do gênero busca pessoal, “utilizada para constatação de entorpecente no organismo, na forma de pílulas, cápsulas e saquinhos”; para a autora, seriam invasivas (e, portanto, inadmissíveis sem a aquiescência do investigado) apenas as buscas pessoais realizadas mediante a introdução de objetos no corpo do investigado, tendentes à localização de objetos no reto ou vagina (vaginoscopia ou retoscopia)²⁰.

¹⁸ Pertinentemente à força moral da autoridade judiciária, vale a pena citar Tocqueville (1998, p. 110), para quem o objetivo da justiça é substituir a ideia do direito pela força da violência, tornando a utilização da força material do Governo cada vez mais rara. É o que acontece, p. ex., nos processos de reintegração de posse, no qual a Administração, podendo utilizar-se da força que possui e, inclusive, autorização legal (CC, artigo 1.210, §1) para reaver o imóvel invadido, prefere valer-se de uma ordem judicial, que determine a desocupação do prédio. Boa parte das vezes, a ordem de reintegração é cumprida com a simples leitura da decisão pelo oficial da Justiça, sem a necessidade de utilização de força policial.

¹⁹ Sobre o tema, imprescindível a leitura de Merton (2009).

²⁰ Sobre o tema Müssig, (2001), para quem a função social do Direito Penal deve ser levada em consideração para que se possa conceber a determinação do sentido social da normatividade. Nas palavras do autor “Esta cuestión relativa a la configuración y función social de las normas constituye el elemento de vinculación para la unidad de la teoría del derecho penal y de la sociedad; simultáneamente, es el fundamento imprescindible de una

Pertinentemente ao princípio da vedação à autoincriminação, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional da 1ª Região já decidiram que a submissão do investigado à realização de exame radiológico, ainda que sem seu consentimento, não vulnera o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Confirmam-se: STJ, HC 149.146/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/04/2011; STJ, HC 247.763/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 20/11/2012; TRF1, HC 0050137-40.2008.4.01.0000/DF, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, julgado em 10/11/2008.

Nos aeroportos, ao invés da radiografia, tem-se utilizados equipamentos de scanner corporal (body scanner), que permitem a verificação ou ocultação de substâncias entorpecentes ou armas, ocultadas nas vísceras ou sobre a roupa do passageiro e são mais adequados ao intenso fluxo de pessoas, pois dispensam a gravação de imagem em filme fotográfico, aparecendo a imagem em tempo real na tela de computador. Equipamento, esse, que semelhantemente à máquina de raios-x, não pode ser utilizado em mulheres grávidas, pessoas que estão fazendo tratamento de radioterapia ou que utilizem marcapasso.

Ocorre, todavia, que são poucos os aeroportos do País que dispõem de scanner corporal. Aliás, em alguns aeroportos onde o aparelho foi instalado, o equipamento não foi adquirido pelo Governo Brasileiro, e sim recebido mediante doação do Governo dos Estados Unidos, provavelmente preocupado com a droga que chega ao seu Território, utilizando-se de vôos com partida do Brasil.

Surge, então, a seguinte indagação: nos aeroportos em que não há equipamento de body scanner e/ou raio x, é possível a autoridade policial conduzir coercitivamente o suspeito de ingestão de cápsulas de substância entorpecente para um hospital para a realização do exame?

5. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO DOS SUSPEITOS DE INGESTÃO DE CÁPSULAS CONTENDO SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Passa-se, então, à investigação do fenômeno da condução coercitiva do suspeito para fora das dependências do aeródromo para a realização de exames radiológicos com o propósito de verificar a ingestão de substâncias entorpecentes, indagando-se se a aludida condução seria simples condução coercitiva possível de se realizar sem prolação de ordem

judicial ou se seria, na verdade, uma espécie de prisão cautelar, a depender de prévia ordem judicial.

A questão ganha ainda mais relevo quando se constata que o Brasil, de modo diferente de países de tradição constitucional semelhante, não autoriza a detenção policial do suspeito de prática de crime, mas apenas a prisão em flagrante (independentemente de mandado) ou prisão temporária ou preventiva, decorrentes de ordem judicial.

5.1 As prisões para averiguações, a Constituição Brasileira de 1988 e o surgimento da prisão temporária

É comum dizer-se que a Constituição de 1988, no que pertine às garantias individuais contra a prisão, teve o mérito de por uma pá de cal na prisão para averiguações, abolindo-a completamente (nesse sentido, PACHECO, 2009, p. 769).

Mas o que seria a prisão para averiguações? Pode-se dizer que a prisão para averiguações seria um terceiro gênero em relação às prisões cautelares e à prisão em flagrante delito, na qual, não encontrados elementos justificadores da prisão em flagrante (artigo 302 do CPP), procede-se a detenção provisória do suspeito, sem autorização judicial, por determinado prazo, até que sejam encontrados elementos de prova que autorizem a prisão em flagrante ou afastadas as suspeitas que recaem sob o conduzido.

A aludida modalidade de detenção (detenção policial) é albergada expressamente pela ordem constitucional de alguns países estrangeiros.

Diz-se que na Itália, o artigo 13 da Constituição consagra o *fermo*, vale dizer, a retenção (*fermare*) do investigado.²¹ A respeito da aludida modalidade de prisão, leciona Freitas (2009, p. 62):

Uma vez retido o investigado, nas quarenta e oito horas seguintes, a polícia deverá pedir ao Judiciário a convalidação do ato. (...) De qualquer modo, o art. 386.3 do Código de Processo Penal italiano determina que a polícia deverá colocar o detido a disposição do Ministério Público o mais rápido possível, ou no máximo em vinte e quatro horas, entregando junto o correspondente “atestado” policial. Esse é o prazo aceito e aplicado, não obstante a constituição italiana preconizar o prazo de quarenta e oito horas.

A Constituição Portuguesa também permite a detenção policial sem mandado judicial, apenas durante o tempo necessário à realização da identificação do suspeito, conforme norma que se extrai do artigo 27.3, “g”.²²

²¹ Art. 13. La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

De modo semelhante, a Constituição Espanhola, que permite a detenção cautelar do investigado que não esteja em caso de flagrante delito pelo prazo máximo de 72 (setenta e duas horas).²³

No Brasil, em que pese a ausência de previsão no Código de Processo Penal Comum, a prisão para averiguações é modalidade de detenção autorizada na Lei de Segurança Nacional, artigo 33, e no Código de Processo Penal Militar, artigo 18.

Com o advento da Constituição de 1988, a prisão cautelar do investigado fora das hipóteses previstas no artigo 5º, LXI, da Constituição da República passou a ser, evidentemente, inconstitucional. Note-se que a redação do artigo 5º, LXI, da Constituição de 1988 fala em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; diferentemente da Constituição de 1946 (artigo 141, §20), que mencionava apenas a autoridade competente.

Assim, a partir da Constituição da República de 1988, as prisões para averiguações previstas no CPPM e na LSN tornaram-se, evidentemente, incompatíveis com a Constituição, já que não pode haver detenção cautelar do suspeito não-militar decorrente de ordem da autoridade administrativa (nesse ponto, ressalte-se que o próprio artigo 5º, LXI, admite que a

²² Artigo 27.º Direito à liberdade e à segurança

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

a) Detenção em flagrante delito;

b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.

5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

²³ Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

detenção por ordem da autoridade administrativa ainda persiste nos casos dos crimes propriamente militares²⁴ ou transgressões disciplinares militares, previstas em lei).

Justamente para suprir a lacuna decorrente da inadmissibilidade de prisões para averiguações ao alvedrio de ordem judicial é que, para alguns autores, foi editada a Medida Provisória nº 111, de 24.11.1989, que veio a ser convertida na Lei nº 7.960, de 21.12.1989, que regula a prisão temporária.²⁵

A situação dos “barrigueiros” do tráfico, mormente quando estrangeiros em passagem pelo País, pode se adequar a todos os requisitos específicos da prisão temporária, contidos nos incisos I, II, e III do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989. Confirmam-se: 1) imprescindibilidade da detenção temporária do suspeito – em relação ao qual não há certeza de que se encontra em situação que permita o anúncio da prisão em flagrante –, para a colheita de provas que permitam a efetiva conclusão quanto à materialidade do crime (apreensão da droga); 2) ausência de residência fixa no País (como é o caso dos suspeitos estrangeiros); 3) fundada suspeita de participação ou cometimento em um dos crimes enumerados pela lei disciplinadora. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o artigo 1º, incisos I, II e III, alínea “n” da Lei nº 7.960, de 1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

(...)

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

Todavia, resta ainda questionar qual deve ser a postura da autoridade policial nas investigações de barrigueiros do tráfico nos casos em que, existindo suspeitas de que transporta substância entorpecente, não há elementos configuradores para prisão em flagrante, tampouco elementos autorizadores ou tempo hábil para requerer a prisão temporária, antes

²⁴ Quanto aos crimes propriamente militares, a corrente majoritária é aquela que aponta que são crimes militares aqueles previstos exclusivamente no CPM e praticados por militar (o que excluiria, assim, a hipótese de crime de insubmissão – artigo 183 do CPM – que apesar de previsto exclusivamente no Código Militar, é praticado por civil). Mais respeito do tema, confirmam-se Lobão (2006) e Giuliani (2006).

²⁵ A respeito do assunto, vale a pena conferir as lições de Pacheco (2009, p. 769), Campos (2009, p. 115), Rangel (2008, p. 648 e 649) e Lopes Jr (2010b, p. 145 e 146). Lima diverge: para o autor a prisão temporária não serviu para “legalizar” a prisão para averiguações, pois tais restrições de liberdade possuem orientações metodológicas distintas. A prisão temporária “parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada. Já a prisão para averiguações parte de uma pessoa para levantar fatos, aleatoriamente” (2009, p. 588).

que o suspeito embarque no transporte para o local de destino ou se perca de vista na multidão²⁶.

5.2. Possibilidade de condução coercitiva do investigado independentemente de ordem judicial para realização de exames não-invasivos (poderes implícitos, proibição de proteção insuficiente, ponderação de princípios e deveres constitucionais e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais)

Se não houver tempo hábil para se requerer a prisão temporária, defende-se o cabimento da condução coercitiva do suspeito a hospitais e, até mesmo, a alguma Delegacia (no último caso, se for necessário a realização de identificação criminal: artigo 5º, LVIII, da CR c/c Lei 12.037, de 1.10.2009). Todavia, em tais casos, o suspeito não poderá ser recolhido ao cárcere enquanto não constatada a existência de crime ensejador da prisão em flagrante delito; e, se após o exame radiológico, verificar-se que não houve qualquer cometimento de crime pelo investigado, a autoridade policial deverá garantir o seu imediato embarque no próximo vôo ao país de destino, arcando com os custos de hospedagem e alimentação durante o período de permanência extra no País.

A aludida modalidade de detenção, ainda que sem o recolhimento do suspeito ao cárcere, é ponto controvertido na doutrina e na jurisprudência, e as dúvidas quanto aos limites da utilização do aludido instituto densificam-se quando se constata que o aludido instrumento de investigação (condução coercitiva), até o presente momento não foi regulamentado em relação à autoridade policial.

Nesse sentido, observe-se que, nada obstante a condução coercitiva seja expressamente facultada ao Ministério Público, independentemente de ordem judicial,²⁷ conforme se extrai dos artigos 26, I, “a” da Lei nº 8.625/1993, e artigo 8º, I, da Lei Complementar nº 75/1993; e à autoridade judiciária (artigos 201, §1º, 218, 260, parágrafo único, do CPP); tal instrumento não foi expressamente regulado em relação à autoridade policial, justamente ao órgão do sistema de controle formal a quem cabe a primazia da investigação criminal.

Na doutrina, levantam-se vozes contra a condução coercitiva sem mandado judicial²⁸. Na jurisprudência o tema também é controvertido. O próprio Supremo Tribunal

²⁶ Para melhor entendimento da problemática, imprescindível a leitura de Campbell (2002) e Ikpa (2007).

²⁷ Ao menos segundo previsão legal, já que, conforme há de se demonstrar a seguir, há entendimento jurisprudencial que desabona a condução coercitiva sem mandado judicial (STF, HC 94173, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009).

²⁸ Nesse sentido, os comentários de Nucci (2009, p. 564) ao artigo 260 do CPP:

Federal, em dois julgados relativamente recentes, adotou teses diametralmente opostas. Em determinado julgado, a Segunda Turma afirmou que, por força da garantia insculpida no artigo 5º, LXI, da CR, a prerrogativa investigatória do Ministério Público (e, logicamente, da Polícia), não autorizaria a condução coercitiva do investigado, a qual dependeria de ordem judicial: HC 94173, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009; e, em outro, a Primeira Turma assentou que a condução coercitiva (de testemunhas) seria, no

“5. Autoridade competente para determinar a condução coercitiva: atualmente, somente o juiz pode determinar a condução coercitiva, visto ser esta uma modalidade de prisão processual, embora de curta duração. E a Constituição é taxativa ao preceituar caber, exclusivamente, à autoridade judiciária a prisão de alguém, por ordem escrita e fundamentada (art. 5º, LXI). O delegado, quando necessitar, deve pleitear ao magistrado que determine a condução coercitiva do indiciado/suspeito ou de qualquer outra pessoa à sua presença. Lembremos que nem mesmo a edição da Lei 11.419/2006 (informatização do processo judicial) alterou tal situação, vale dizer, é imprescindível a intimação pessoal, no processo criminal, ao menos de réus e testemunhas, visto poder gerar, caso não atendida a condução coercitiva”.

Semelhante é o posicionamento do processualista quanto à abordagem de suspeitos em locais públicos (NUCCI, 2011, p. 558):

“A prisão para averiguação

Trata-se de um procedimento policial desgastado pelo tempo, pelo incremento dos direitos e garantias individuais e, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, LXI, preceitua dever ocorrer a prisão somente em decorrência de flagrante e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Assim, não mais tem cabimento admitir-se que a polícia civil ou militar detenha pessoas na via pública, para ‘averiguá-las’, levando-as presas ao distrito policial, onde, como regra, verifica-se se são procuradas ou não. Trata-se de instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter a garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere.

É lógico que o Estado mantém o seu poder de polícia, investigando e cuidando de obter dados de pessoas suspeitas, em atitudes estranhas à normalidade, sob pena de se tornar inviável prender qualquer sujeito procurado, pois nem mesmo os documentos um policial poderia exigir de alguém. O que se deve evitar é a privação da liberdade de uma pessoa, a pretexto de investigar sua vida pregressa.

A prisão somente pode ser realizada diante de flagrante delito ou porque um juiz expediu ordem nesse sentido. No mais, deve a polícia cumprir o seu mister, abordando, se preciso for, pessoas na via pública, solicitando identificação e procedendo à verificação necessária no mesmo lugar onde houve a abordagem, sem delongas e exageros, que possam configurar atentado à liberdade de locomoção. Constitui crime de abuso de autoridade (art. 4º, *a*, da Lei 4.898/65), “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

Oliveira e Fischer (2012, p. 502 e 504) adotam entendimento semelhante: “A condução coercitiva é medida de evidente tangenciamento da liberdade individual. E é assim para a testemunha e também para qualquer pessoa que tenha de atuar no processo penal.

Por isso, somente a autoridade judiciária pode determinar a adoção da providência, devendo constar no mandado judicial os requisitos do art. 352, do CPP, que cuida do mandado de citação. E, dentre aqueles mais importantes (requisitos do mandado), impõe-se a completa identificação do processo e da finalidade do ato (fins específicos de reconhecimento de pessoa)”.

De modo semelhante, Machado (2012, p. 96): “Note-se que, se o ofendido ou as testemunhas não atenderem à convocação do delegado de polícia, este não poderá mandar conduzi-los coercitivamente, cabendo-lhe apenas solicitar ao juiz a ordem para a condução coercitiva”.

Ávila afirma ser crime a privação da liberdade injustificada do suspeito de cometer crime, mas admite a condução coercitiva nos casos de fundada suspeita de envolvimento em flagrante delito: “Prisão para averiguação. É a privação momentânea da liberdade, sem que seja hipótese de flagrante e sem autorização judicial, apenas para “checar” uma situação. É inadmissível tal procedimento, configurando abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965, art. 3º, *a* e *i*). O simples fato de uma pessoa estar sem identidade, mas sem qualquer suspeita concreta e razoável de envolvimento em flagrante delito ou de se estar cumprindo ordem judicial de prisão não justifica sua condução coercitiva à delegacia de polícia para averiguação da identidade” (2009, p. 390). Alerta, mais adiante, que a “fundada suspeita” ensejadora da medida de busca pessoal, não pode se dar a partir de critérios meramente subjetivos (p. 468).

mínimo, poder (“não-implícito”) decorrente do artigo 6º, V, do CPP: HC 107644, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011.

Em nosso sentir, a possibilidade de condução coercitiva (de testemunhas e de investigados) independentemente de ordem judicial e a despeito da garantia insculpida no artigo 5º, LXI, decorre da teoria dos poderes implícitos e da vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais.²⁹

Quanto à teoria dos poderes implícitos, sabe-se que sua origem é antiga e remonta à promulgação da Constituição Americana, quando, nos *Federalist Papers* (série de 85 artigos publicados na imprensa norte-americana, com o propósito de preparar a opinião pública norte-americana para receber favoravelmente a instituições republicanas delineadas na Constituição), James Madison assinalava que, para promover a defesa e bem-estar comuns, em uma atribuição de poder inclui-se a autorização para utilizar os meios necessários para alcançar os fins pretendidos.³⁰ A aludida teoria veio a ser afirmada expressamente pela Suprema Corte Norte-Americana no julgamento *McCulloch v Maryland 17 U.S. 316 (1819)*, em que se decidiu que, apesar de não previsto expressamente, o Congresso norte-americano teria poderes para estabelecer um Banco Nacional.

No caso brasileiro, se a Constituição atribui à Polícia Federal (e por que não à Civil?) a atribuição de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (artigo 144, §1º, II), infere-se da própria Constituição que o órgão investigativo possui poderes, ainda que não previstos expressamente (poderes implícitos), de se valer de todos os meios necessários à realização da investigação, desde que – evidentemente – os meios selecionados sejam legítimos e não ofensivos ao núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

²⁹ Nesse ponto, esclareça-se, aqui, a existência de três situações que exigem diferenciação. A condução coercitiva do investigado para realização de identificação civil ou exame radiológico (no último caso, diante de fundadas suspeitas de portar substância entorpecente), a qual prescinde de mandado judicial; a condução coercitiva de testemunhas ou do investigado que, uma vez intimado para comparecer à polícia, deixa de fazê-lo e não justifica a ausência de comparecimento, a qual, em nossa dicção, também independe de ordem judicial, mas pressupõe notificação prévia; e a condução coercitiva do investigado que não se encontra em suspeita de portar objeto de crime e não é previamente intimado, mas cuja obtenção da prova exige o reconhecimento ou a colheita de depoimentos simultâneos; caso em que é imprescindível a condução coercitiva mediante ordem judicial. Esse artigo destina-se, evidentemente, ao estudo da primeira hipótese.

³⁰ Quanto aos poderes implícitos, Madison sintetiza de forma lapidar, no *Federalista*, n. 44: “Não há princípio mais universalmente recebido pelas leis e pela razão do que este: que, quando o fim é necessário, os meios são permitidos; que todas as vezes que a lei confere o poder geral de fazer uma coisa, todos os poderes particulares necessários para esse fim se acham implicitamente compreendidos nessa disposição.” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p. 281 e 282); e, em nota de rodapé, para afastar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, Madison esclarece: “Esses princípios, pela maneira por que está expresso, é falso. São permitidos os meios, contando que sejam justos e honestos; de outro modo, temos de novo em campo a máxima execrável de que a natureza do fim santifica os meios” (p. 281). A respeito do tema, confira-se também Wolfe (1991, p. 38-40).

Como não bastasse, como bem leciona Streck (2005, p. 176-177), o princípio da proporcionalidade, tão valioso à ponderação de princípios constitucionais, tem dupla face: de um lado, o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*); de outro, o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). O direito penal, assim, não deve ser interpretado como se existisse apenas um garantismo negativo, mas deve ser interpretado também sob os influxos de um garantismo positivo; ou seja: não apenas destinado à proteção das garantias fundamentais do investigado, mas também de outros membros do corpo social.

Mais: os direitos fundamentais possuem caráter relativo, podendo ser limitados tanto por outros direitos fundamentais quanto por deveres de envergadura constitucional. Nesse ponto, insta salientar que a vedação à tortura (artigo 5º, III, da CR), apontada por alguns como uma garantia fundamental que não se pode relativizar, trata-se, na verdade, do núcleo essencial ao direito da integridade física e psíquica e, por isso, não pode ser vulnerado.

Em suma: a liberdade e os direitos fundamentais de cada indivíduo no grupo social pode ser limitada até certo ponto, desde que: 1. tal delimitação decorra da ponderação ou colisão com outros princípios ou deveres constitucionais; e 2. mesmo limitado, o núcleo essencial do direito fundamental permaneça intocável.

Pertinentemente ao nosso objeto de estudo, pode-se seguramente afirmar que a condução coercitiva de suspeitos de portarem substância entorpecente em seu abdômen atende aos princípios da segurança, saúde e integridade física (do próprio investigado, que poderá vir a falecer se romper alguma das cápsulas que leva no abdômen³¹), bem como aos deveres de investigação da autoridade policial e ao princípio da proteção suficiente do direito penal.

Todavia, ainda que possível a condução coercitiva, deve ser observado o núcleo essencial do princípio da reserva jurisdicional da prisão cautelar (artigo 5º, LXI) e o princípio da vedação à autoincriminação (artigo 5º, LXIII), de maneira tal que, mesmo conduzido a Delegacia, enquanto não verificada a ocorrência de flagrante delito, o investigado não poderá ser submetido à prisão e, quando colhido o seu depoimento, deve se alertado do seu direito de não se autoincriminar.

Ademais: se submetido a exame radiológico (ou scanner corporal) e verificada a existência de corpos estranhos no abdômen do suspeito indicativos de ingestão de invólucros de substância entorpecente, enquanto não constatada a natureza e a substância da droga, não é possível a lavratura do auto de prisão em flagrante (artigo 50, §1º, da Lei nº 11.343/2006); por essa razão, também não é recomendável a decretação da prisão em flagrante decorrente da

³¹ Para conhecimentos mais profundos a respeito do tema, recomenda-se a leitura de Campos Neto (2011).

simples constatação de objeto estranho mediante *scanner corporal*, ainda que, a rigor, essa seja cabível com amparo no artigo 302, IV, do CPP. Em casos tais, não havendo aquiescência do investigado quanto à ingestão de medicamento destinado a acelerar a evacuação da substância, torna-se imperioso o requerimento da prisão temporária. Isso porque, em nosso entender, não é possível a decretação de prisão em flagrante delito sem a certeza de que o investigado tenha ingerido substância entorpecente, tampouco se pode ministrar a medicação sem o seu consentimento.³²

Acrescente-se que a busca de substância entorpecentes no corpo do investigado encontra-se inserida no gênero busca pessoal (artigo 240, §2º, do CPP), a qual, por expressa previsão legal, prescinde de mandado judicial (artigo do 244 do CPP), quando houver fundada suspeita de que o investigado esteja na posse de objeto que constitua corpo de delito (que, no caso do crime de tráfico, é a própria substância entorpecente). Porém, reitere-se: a norma contida no artigo 244 do CPP deve ser compatibilizada (interpretação compatível) com a garantia constitucional de reserva jurisdicional da prisão cautelar (artigo 5º, LXI), de maneira que o investigado, ainda que levado à Delegacia de Polícia por força de condução coercitiva, não deve ser recolhido ao cárcere sem que antes ao menos se constate, no exame radiológico ou no scanner corporal, a presença de sacos ou cápsulas em seu abdômen, que façam presumir que ele está a carregar substância entorpecente.

Nossa posição pode até vir a ser tachada, por alguns, de desnecessariamente policialesca, remanescente da ditadura, caudatória da prisão por averiguações e, finalmente, inconstitucional. Porém, não o é. Tal posição assegura o núcleo essencial da garantia fundamental da reserva jurisdicional da prisão cautelar (artigo 5º, LXI, da CR), porquanto não admite a prisão do investigado, mas apenas a sua condução para exame radiológico ou mediante scanner corporal.

Por fim, podemos nos questionar se tal posição pela inconstitucionalidade da condução coercitiva é capaz de resistir ao xeque-mate de dado dilema moral; entendido esse (dilema moral) como determinada situação em que o problema colocado faz um teste de força quanto à nossa percepção daquilo que é certo ou errado, quando colocamos a toda prova um princípio por nós abraçado,³³ buscando, assim, o seu núcleo de resistência (no caso, aqui, o núcleo essencial de dado direito fundamental). Exemplifica-se com uma indagação: se não se admitiria a condução coercitiva sem mandado judicial para submeter suspeitos de ingerirem substância entorpecente a exame de raio-x fora das dependências do aeródromo, ainda que tal

³² Também se opõe ao uso de medicamento sem a aquiescência do investigado Lopes Jr (2010, p. 710).

³³ Mais sobre os dilemas morais, sugere-se a leitura de Sandel (2009, p. 36-39).

suspeita estivesse fundamentada em “fundadas razões”, o que fazer se a substância ingerida não é uma substância entorpecente, mas uma bomba capaz de explodir o avião³⁴?

8. CONCLUSÕES

De tudo que foi exposto, podem-se retirar as seguintes conclusões:

a) o princípio da vedação à autoincriminação não impede a realização de exame mediante a utilização de *body scanner* e/ou raio x nas dependências do próprio aeroporto; contudo, os referidos exames não podem ser realizado se da sua efetivação colocar-se em risco a integridade física do nascituro ou do investigado (e. g., caso de mulheres grávidas e de suspeitos que portam marca-passo ou que estejam em tratamento radioterápico);

b) no caso de aeroportos que não possuem aparelho, caso o suspeito se recuse a acompanhar a autoridade policial onde possa fazer o exame, poderá a autoridade policial requerer a sua prisão temporária ao Juiz Plantonista, diante da demonstração de fundadas razões de que o investigado esteja praticando crime de tráfico ilícito de entorpecentes;

c) poderá a autoridade policial, também, conduzir coercitivamente o suspeito a hospital ou delegacia para a realização do exame, desde que: c.1) não seja recolhido ao cárcere, enquanto não verificados elementos configuradores da prisão em flagrante; e c.2) nada sendo nada encontrado com o investigado, seja garantido o seu embarque no mesmo ou em outro vôo com a maior brevidade possível, arcando a autoridade policial com eventuais despesas de estadia e de alimentação decorrentes da prolongação do tempo de permanência do investigado no País.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não-autoincriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Thiago Bottino. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 6 edition. London: Oxford University Press, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal*. 15. ed. Brasília: Vestcon, 2009.

³⁴ Denso material sobre o tema pode ser encontrado em Newburn (2009).

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BEDÊ Jr., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. HC 0050137-40.2008.4.01.0000/DF, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, julgado em 10/11/2008, e-DJF1 p.794 de 21/11/2008. Também disponível em <www.trf1.jus.br>. Acesso em 09/09/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 54781/SP, Rel. Ministro LUIZ Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 09/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4093. Também disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 08/09/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 149.146/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 19/04/2011. Também disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09/09/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 247.763/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 23/11/2012. Também disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09/09/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 77135, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/09/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 69026, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04-09-1992 PP-14091 EMENT VOL-01674-04 PP-00734 RTJ VOL-00142-03 PP-00855. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 107644, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 71373/RS, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 10/11/1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 22-11-1996 PP-45686. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83096, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 12-12-2003 PP-00089 EMENT VOL-02136-02 PP-00289 RTJ VOL-00194-03 PP-00923. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83960, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00305 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 369-377. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28.6.2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 93916, Relator(a): Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008

EMENT VOL-02325-04 PP-00760. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94173, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 64354, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1987, DJ 14-08-1987 PP-16086 EMENT VOL-01469-01 PP-00082. Também disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

CAMPBELL, Juan Colombo. *El Debido Proceso Constitucional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, 94 p.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *A prisão temporária e a justiça federal*. In: Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 12, n. 148, p. 115-133, 2009.

CAMPOS NETO, Manoel Francisco de. *"Mulas humanas" no narcotráfico internacional Bolívia Brasil: suicidas em potencial*. Campinas: Millenium, 2011.

CANCIO MELIÁ, Manoel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Derecho Penal del Enemigo* (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação. (coleção pensamento criminológico)*. Rio de Janeiro: REVAN, ICC, 2005.

ESPAÑA. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=1>>. Acesso em: 28/06/2013.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo penal (integral)?*In: CALABRICH, Bruno; FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. *Direito Penal Militar*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006.

GUIMARAES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. A Culpabilidade Compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 184, p. 55-65, out/dez 2009.

_____. *Constituição, Ministério Público e Direito Penal*. A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 8, 1994, p. 50, out./dez. 1994.

HULSMAN, Louk et al. *Abolicionismo penal*. Traducción por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, 149 p.

IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice Principles and Due Process Rights in Order to Reform the Criminal Justice System. *Journal of Law and Policy*, v. 24:301, p. 301-305. 27 de março de 2007. Disponível em: <http://law.wustl.edu/journal/24/ikpa.pdf>. Acesso em 07/02/2013.

ITALIA. LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 28/06/2013.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1 e 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a (Vol. 1) e 2010b (Vol. 2).

MACHADO, Antonio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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.

MERTON, Robert K. Social structure and anomie. In: NEWBURN, Tim. (Org.) *Key readings in criminology*. London: Willan Publishing, 2009, p. 165-168.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, 69 p.

NEWBURN, Tim. (Org.) *Key readings in criminology*. London: Willan Publishing, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 9. ed. rev. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PELLELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: juspodium, 2010, p. 25-50. disponível em: metajus.com.br/.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc. Acesso em 25/06/2013.

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 28/06/2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8. Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, n. 97, Porto Alegre, p. 170-202, março de 2005.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.