

Streck: Condução coercitiva de Lula foi ilegal e inconstitucional

Vimos um espetáculo lamentável na sexta-feira, 4 de março. Este dia ficará marcado como “o dia em que um ex-presidente da República foi ilegal e inconstitucionalmente preso por algumas horas”, sendo o ato apelidado de “condução coercitiva”. Sem trocadilho, tucanaram a prisão cautelar.

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.

Mas, em um país em que já não se cumpre a própria Constituição, o que é mais uma rasgadinha no Código de Processo Penal, pois não? Há dois dispositivos aplicáveis: o artigo 218 (caso de testemunha) e 260 (caso de acusado — Lula é acusado? Lula é indiciado? Lula é testemunha?) 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”.

Ora, até os minerais sabem que, em termos de garantias, a interpretação é restritiva. Não vale fazer interpretação analógica ou extensiva ou dar o drible hermenêutico da vaca. A lei exige intimação prévia. Nos dois casos.

Mais: a condução coercitiva, feita fora da lei, é uma prisão por algumas horas. E prisão por um segundo já é prisão. Pior: mesmo que se cumprisse o CPP, ainda assim haveria de ver se, parametricamente, se os artigos 218 e 260 são constitucionais. A resposta é: no mínimo o artigo 260 é inconstitucional (não recepcionado) porque implica em produção de prova contra si mesmo. É írito. Nenhum. Sim, sei que o Supremo Tribunal Federal disse que a condução coercitiva é possível. 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 foi instado para falar da (in)constitucionalidade do artigo 260. Mas, mesmo que o STF venha a dizer que o dispositivo foi recepcionado, ainda assim haveria de se superar a sua literalidade garantista e garantidora: a de que só cabe a condução nos casos em alguém foi intimado e não comparece imotivadamente.

Logo, o ex-presidente Lula e todas as pessoas que até hoje foram “conduzidas coercitivamente” (dentro ou fora da “lava jato”) o foram à revelia do ordenamento jurídico. Que coisa impressionante é essa que está ocorrendo no país. Desde o Supremo Tribunal Federal até o juiz do juizado especial de pequenas causas se descumpra a lei e a Constituição.

Assim, de grão em grão vamos retrocedendo no Estado Democrático de Direito. Sempre em nome da moral pública, do clamor social, etc. Quando Procurador de Justiça, os desembargadores da 5ª Câmara e



eu colocávamos a mão no ouvido para ver se ouvíamos o clamor social. Sim. Para prender, basta dizer a palavra mágica: clamor social e garantia da ordem pública. Não são mais conceitos jurídicos, e, sim enunciados performativos. É como se o juiz, usando de sua livre apreciação da prova (eis a ironia da história — 99% dos processualistas penais nunca se importaram com a livre apreciação, ao ponto de estar intacto no projeto do NCPP) — tivesse um clamorômetro ou um segurançômetro.

A polícia diz que foi para resguardar a segurança do ex-presidente. Ah, bom. Estado de exceção é sempre feito para resguardar a segurança. O *establishment* juspunitivo (MP, PJ e PF) suspendeu mais uma vez a lei. Pois é. Soberano é quem decide sobre o estado de exceção. E o estado de exceção pode ser definido, segundo Agamben, pela máxima latina *necessitas legem non habet* (necessidade não tem lei).

Espero que tudo isso sirva de lição à comunidade jurídica. Quando há mais de 20 anos eu alertava para o fato de que o livre convencimento e a livre apreciação eram uma carta em branco para o arbítrio, muitos processualistas me recriminavam, dizendo: a livre apreciação é motivada. E eu respondia: isso é um argumento retórico. Se tenho livre apreciação, depois busco uma motivação. E mais: desde quando motivação é igual a fundamentação? Hoje posso dizer: eu avisei.

Espero que os processualistas não vacilem quando discutirem o novo CPP. Simples assim!

Post Scriptum: Consta que na decisão que determinou a oitiva de Lula e outros, o juiz Sergio Moro ordenou que primeiro houvesse um convite para, só depois, em caso de recusa, fazer a coerção. Sendo isso verdadeiro, podemos concluir que a polícia cometeu abuso de autoridade. De todo modo, a ressalva de “fazer o convite” não tem o condão de superar a flagrante ilegalidade/inconstitucionalidade da condução coercitiva.

Autores: Redação ConJur