



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

GUSTAVO PONTINELLE DA SILVA BARBOSA

**CONDUÇÃO COERCITIVA SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO A LUZ DA LEI 12.403/2011:
A APLICAÇÃO DE CONCEITOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.**

CAMPINA GRANDE - PB

2017

GUSTAVO PONTINELLE DA SILVA BARBOSA

**CONDUÇÃO COERCITIVA SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO A LUZ DA LEI 12.403/2011:
A APLICAÇÃO DE CONCEITOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me Fabrício Meira Macedo.

CAMPINA GRANDE - PB

2017

GUSTAVO PONTINELLE DA SILVA BARBOSA

**CONDUÇÃO COERCITIVA SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO A LUZ DA LEI 12.403/2011:
A APLICAÇÃO DE CONCEITOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.**


NOTA: 9,5

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Especialização em Prática Judiciante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judiciante.


Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovado em: 06/11/2014


BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Fabricio Meira Macêdo (Orientador)
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa.
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar



Prof. Dr. Giovanni Magalhães Porto (Examinador)
Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB),
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.



Profª Dra. Adriana Barreto Lossio de Souza (Examinadora)
Especialista em Direito pela Universidade Potiguar

CAMPINA GRANDE – PB

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da

B238c Barbosa, Gustavo Pontinelle da Silva.

Condução coercitiva sem prévia intimação a luz da Lei 12.403/2011: [manuscrito] : a aplicação de conceitos do direito penal do inimigo no ordenamento processual penal brasileiro / Gustavo Pontinelle da Silva Barbosa. - 2017

41 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa,

"Orientação : Prof. Dr. Fabrício Meira Macêdo, Academia Escola."

1. Medidas Cautelares. 2. Democracia. 3. Processo penal. 4. Direito.

21. ed. CDD 345.05

AGRADECIMENTOS

Desde nosso nascimento, nossa vida é composta de ciclos. A cada novo ciclo, já nos primeiros passos, ainda na mais tenra idade, descobrimos novos caminhos, vislumbramos novos horizontes, respiramos ares diferentes, conhecemos novas pessoas, construímos novas amizades, caminhamos e seguimos em frente, até, completar um, e, iniciar outro desses ciclos de vida. Assim, penso, que nós somos o resultado das experiências do ontem, do trabalho e dedicação do hoje e dos sonhos que temos para o amanhã e nesses instantes de reflexão, me vêm a mente como é bom chegar até aqui!

Ao concluir o Curso Preparatório à Magistratura promovido pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba, bem como, a presente Pós-graduação em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba, meu peito é um misto de dois, daqueles que creio, são dos mais importantes e intensos sentimentos: GRATIDÃO E FELICIDADE!

Gratidão a Deus, o nosso Pai Celeste, pela “centelha divina” que habita em cada um de nós.... Pelo dom da vida, que nos permite estar aqui hoje! Agradecer pela saúde, pela paz de espírito, pela disposição para trabalhar, estudar e bem viver! Agradecer ao Criador pelo presente que é ter uma família que sempre me apoia, cobra e incentiva, e aí, não há como não erguer as mãos aos céus e com júbilos AGRADECER!

AGRADECER a Minha Amada Mãe.... Mainha.... Dona Maria Anunciada, que com seu esforço quase sobre-humano (Também pudera, o que esperar de um Anjo que Deus colocou na terra para nos guiar e estimular a crescer?) dedicação, trabalho e coragem de sonhar, conseguiu vencer barreiras, quebrar paradigmas, sendo combustível para todas as vitórias que me fizeram poder hoje chegar até aqui.. MUITO OBRIGADO MAINHÃ, RECEBA MEU AMOR E O DIPLOMA ADVINDO COM ESSE TCC COMO SIMBOLO DO MEU AGRADECIMENTO.

Agradecer, as minhas queridas irmãs, Flávia, esse exemplo de perseverança, coragem, determinação, outro verdadeiro Anjo de Luz a me guiar aqui na terra e Marcela, igualmente irmã tão querida! Manas, que, cada uma ao seu modo, muito me estimularam a chegar ao vitorioso dia de Hoje.

Agradecer “In Memoriam” ao meu Pai querido, “Seu Silvestre Barbosa”, homem guerreiro, batalhador, honrado e honesto, que tanto me ensinou acerca dos reais valores da vida, bem como, aos queridos Professor José Adelmo Gama e Ayde M. A. Gama, que foram em vida como pais não sanguíneos, com quem tive o privilégio de muito aprender, e, assim, igualmente tiveram uma importante participação nessa caminhada, e com certeza, devem estar nos Céus vibrando de alegria com tão importante conquista.

Agradecer aos Amigos diletos e queridos, Pe. José Vanildo Medeiros, Eufrásio de Arruda Câmara e Eurico de Arruda Câmara, Hindemburgo José de Almeida Gama, Fernando José de Almeida Gama, bem como ao querido tio José Barbosa de Lucena, pelo apoio e amizade constante, ontem e hoje e com as graças de Deus de sempre.

Agradecer a todos os colegas de turma na pessoa do colega Mauro Oliveira da Costa, figura extraordinária que muito nos ensinou com sua generosa amizade, assim como a todo corpo docente da ESMA por sua Coordenadora Ana Christina Soares Penazzi e demais colaboradores da instituição, nas pessoas das Servidores Ana Lucia Leão Teberge e Vera Lucia de Pontes Silva. Finalmente quero agradecer com especial ênfase ao Prof. Orientador Deste Trabalho Acadêmico, Prof. Me. Dr. Fabrício Meira Macêdo, por todo suporte e apoio ofertado para a concretização deste estudo, assim como a Prof^a Dra. Adriana Barreto Lossio de Souza e Prof. Dr. Giovanni Magalhães Porto, pela generosa atenção de compor a presente banca de avaliação.

Enfim, a todos e todas, MUITO OBRIGADO! ESTE MOMENTO REPRESENTA PARA MIM, FELICIDADE!

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a condução coercitiva de acusados que não foram intimados para os atos processuais aos quais foram compelidos a participar, a luz da Constituição Federal e das demais normas processuais penais, bem como compreender se a utilização desse instituto nesses moldes significaria uma mera interpretação ampliada da Lei Processual Penal ou se poderia configurar a materialização da aplicação de princípios do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

Palavras-chave: Medidas Cautelares. Democracia. Processo Penal. Direito.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the coercive conduct of defendants who were not summoned to the procedural acts to which they were compelled to participate, in the light of the Federal Constitution and other criminal procedural norms, as well as to understand if the use of this institute in such ways would mean a mere broad interpretation of the Criminal Procedure Law or it could be configured the materialization of the application of principles of the Criminal Law of the Enemy in Brazil.

Keywords: Precautionary Measures. Democracy. Criminal Proceedings. Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	REVISÃO DE LITERATURA	9
2.1	PROCESSO PENAL: PUNIR X GARANTIR	9
2.1.1	Dos Sistemas Processuais Penais	11
2.2	DO ADVENTO DA LEI 12.403/2011	12
2.3	DO INSTITUTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO BRASILEIRO	17
2.3.1	Condução Coercitiva e a Interpretação da Norma Processo Penal	18
2.3.2	Da Condução Coercitiva na Operação Lava Jato	21
2.4	A LIBERDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL	25
2.5	DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	27
2.5.1	Aplicação Conceitual do D.P. do Inimigo na Condução Coercitiva	29
3	CONCLUSÃO	38
	REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é considerada um dos maiores problemas do Brasil e seus registros históricos datam da época em que o país ainda era a principal colônia portuguesa.

Nos últimos anos, entretanto, essa terrível chaga tem sofrido importantes revezes, seja pela consolidação das instituições de combate a corrupção, onde notadamente se destacam o fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público, seja pelo endurecimento das normas legais no que se refere a apuração e punição dos crimes perpetrados a partir do chamado “colarinho branco”, especialmente após o advento das leis 12.846, de 1º de Agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, que versa sobre a responsabilização civil das pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos a administração pública e da Lei 12.850 de 02 de Agosto de 2013, que dentre outras providências, define as chamadas organizações criminosas, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal a ser adotado.

Tais avanços tornaram fértil o terreno para o surgimento de várias investigações de combate a corrupção, dentre as quais a Operação Lava Jato, que por sua envergadura e alcance, se tornou parâmetro exemplificativo principal para o aprofundamento e exemplificação do estudo ora positivado.

Notadamente, um dos institutos penais utilizados pela referida operação, assim como por diversas outras operações destinadas a apuração de crimes de corrupção, bem como, de combate a criminalidade organizada, não se encontram positivados enquanto norma processual, sendo a aplicação destes, mais fundamentada na interpretação da lei processual penal aos olhos do Julgador, que na letra de Lei propriamente dita, caso da **Condução Coercitiva de Acusados**, sem que estes tenham sido anteriormente intimados para os atos requeridos, a saber, o objeto principal de estudo do presente trabalho acadêmico.

Destarte, buscaremos com o presente estudo, analisar e compreender a luz da Lei que implementou as Medidas Cautelares, diversas da prisão em nosso ordenamento jurídico, a saber Lei 12.403 de 04 de Maio de 2011, se o ato de aplicação da Condução Coercitiva, nos moldes em que é utilizado no âmbito dessas investigações e ações penais, tem se adstrito apenas ao cumprimento da lei propriamente dita, através da interpretação extensiva da norma, ou, se através do

poder discricionário do julgador, se verifica, ainda, que em menor escala, a aplicação prática da Teoria do Direito Penal do Inimigo, através da supressão ou flexibilização de direitos ou garantias fundamentais solidificados no direito pátrio, mais precisamente o direito a liberdade de locomoção, conforme disposto na Constituição Federal.

Ao utilizarmos como fundamentação para lastrear a construção do presente trabalho acadêmico a Constituição Federal, o Código de Processo Penal Brasileiro, bem como demais leis pertinentes ao tipo, buscamos compreender o que a norma disciplina sobre o tema e estabelecer parâmetros que apontem: A condução coercitiva de acusados não intimados previamente é uma rotina permitida no ordenamento jurídico pátrio, ou vai além dos limites positivados, invadindo a seara dos direitos fundamentais, (a exemplo da liberdade de locomoção) tornando-os vulneráveis e representando uma faceta processual da Teoria do Direito Penal do Inimigo, capaz de macular todo processo penal?

Igualmente buscaremos compreender se é possível a aplicação de fundamentos do Direito Penal do Inimigo em atos processuais específicos, a exemplo da condução coercitiva de não intimados, bem como, se tal conduta contaminaria outros atos processuais, ou se, finda a condução o processo poderia voltar a seguir seu ritmo normal sem qualquer mácula.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PROCESSO PENAL: PUNIR X GARANTIR

Segundo nos ensina o Professor Fernando Capez, “O Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição de lides penais, por meio da aplicação do Direito penal Objetivo” (CAPEZ, 2015, p. 41).

Assim, quando o Estado vier a apurar e punir o qualquer ato tido como delituoso perpetrado por qualquer cidadão, deverá fazê-lo tendo como parâmetros a norma e a lei objetiva vigente.

Imperioso salientar, contudo, que apesar do ramo processual penal ter a norma objetiva como norteadora, sua aplicação efetiva tende a ser conduzida a partir da interpretação que os operadores dão a norma. Destarte, não raras vezes o texto positivado na letra de lei, acaba por ser substituído por interpretações extensivas da norma, que podem ter como intento flexibilizar ou enrijecer a intervenção estatal penal no caso concreto.

A razão para a ocorrência desse tipo de flexibilização penal pode ter várias causas, as quais naturalmente não teremos como aprofundar a análise no presente estudo, contudo, possuem origem, ao nosso ver, na forma como as partes enxergam o processo penal e seus desdobramentos. Tal fato ocorre porque, conforme os ensinamentos do Professor Antônio Alberto Machado em qualquer ramo do direito, a efetiva sistematização das normas positivadas estão intimamente ligada ao modo como o sistematizador compreende o próprio direito e seus objetivos, o que faz com que na seara processual penal, usando o termo exemplificativo do próprio Prof. Machado, a condução do processo penal acaba por ter em seu escopo, muito do que o operador do direito acumulou em sua formação jurídica quanto aos objetivos e finalidades do direito penal.

Destarte, em apertada síntese, teremos no mínimo dois posicionamentos bem claros, capitaneados por aqueles que creem em uma atuação estatal mais ativa, sobretudo no que tange a repressão e punição de um lado e do outro aqueles que vislumbram o direito como sendo um mecanismo de garantia de direitos em prol da construção de uma sociedade mais humana e socialmente justa, que por tal característica acabam por ter posicionamentos mais garantistas, sobretudo, no que

se refere a efetivação e cumprimento por parte do Estado, para com seus cidadãos. Em qualquer cenário dos direitos e garantias fundamentais que lhe são devidos. Assim, para os filiados nessa linha de pensamento a regra processual penal objetiva serve muito mais para servir de parâmetro para o cumprimento e respeito as garantias e liberdades do indivíduo, que para demonstrar a força punitivo/repressiva do Estado (MACHADO, 2009).

O Professor Fernando Capez, ensina que o Estado detém a Exclusividade da Jurisdição Penal, sendo o ente Estatal, portanto, o único agente autorizado a exercer a O “Jus Puniendi” até mesmo nos casos de Ação Penal privada, onde a parte ofendida, apenas tem a faculdade de ser legítima para iniciar, o processo, sendo toda sua condução, entretanto, executada, pelo Estado (CAPEZ, 2015), sempre a partir do cumprimento da norma e dos princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Conforme nos ensina Capez (2015), os chamados princípios constitucionais do processo servem de garantia para as partes, notadamente no que se refere a garantia que a lide terá um julgamento justo, feito pelo Juiz natural da causa, que conduzirá o feito de modo assegurar sua publicidade, respeitando direitos consagrados, a exemplo do contraditório processual e da ampla defesa do Réu.

Desta feita alguém só pode ser tecnicamente considerado como sendo acusado de algum delito, após a consecução da acusação formal, momento que segundo o referido autor também coincide com o oferecimento da Denúncia ou a formulação da Queixa-crime. Destarte, em tese, ao menos tecnicamente se falando, ninguém pode ser considerado, acusado, réu ou mesmo imputado, antes desse marco inicial do processo (CAPEZ, 2015).

Por outro norte, o processo deve ser conduzido respeitando-se sempre as premissas constitucionais, bem como o respeito integral as garantias e direitos individuais dos cidadãos.

2.1.1 Dos Sistemas Processuais Penais

Conforme nos ensina o Professor Antônio Alberto Machado, são três os sistemas processuais penais, a saber, inquisitivo, acusatório e misto. No sistema Inquisitivo,, os procedimentos adotados para a elucidação dos fatos atribuídos ao autor, como a própria denominação aponta é de inquisição, ou seja, a principal característica desse modelo processual é que não existe a possibilidade de contraditório por parte do acusado, sendo o ente Estatal detentor da hegemonia total do processo, acusando, defendendo e julgando o indivíduo, sem que este tenha participação efetiva em sua defesa e conforme anteriormente dito, sem a existência do contraditório. Outra característica marcante desse sistema diz respeito a produção de provas que não obedece a regras estabelecidas pela norma, sendo consideradas válidas todas as provas produzidas pelo aplicador da norma, mesmo que obtidas através de meios violentos como a tortura (MACHADO, 2009).

O sistema acusatório por sua vez tem como características centrais a existência do contraditório, a isonomia entre as partes, a publicidade dos atos e procedimentos referentes ao processo, o regramento positivado em norma acerca dos métodos válidos para obtenção e apreciação das provas, bem como de toda lide processual, além de uma clara delimitação processual no que se refere as funções que cabem a cada uma das partes envolvidas. Assim, contrariamente ao que ocorre no sistema inquisitório, a acusação, defesa e julgamento da lide são feitas por entes processuais diversos, sendo a função de cada um desses entes devidamente delimitada (MACHADO, 2009).

Finalmente, conforme nos ensina o Prof. Machado, existe o sistema processual misto. Este modelo processual penal surgiu no ano de 1808, com o Código de Instrução Criminal Francês, o popularmente conhecido como Código Napoleônico. Nesse sistema o processo estaria dividido em duas fases distintas, na primeira que, seria uma fase de cognição ou investigação, por assim dizer do fato, o Magistrado faria o Juízo de Instrução processual penal, tendo o papel de inquisidor, não havendo espaço para garantias como o contraditório. A fase seguinte, que era conduzida por um outro Magistrado, era a fase de julgamento da causa propriamente dita, havendo nessa etapa a possibilidade de se ter o contraditório e a ampla defesa, nos moldes do sistema acusatório puro (MACHADO, 2009).

O pensamento da Doutrina no que se refere ao nosso sistema, não é unânime, já que parte dos doutrinadores, a exemplo de Hélio Bastos Tornaghi compreende que existem procedimentos inquisitórios, como o que ocorre âmbito do inquérito policial, que acabariam por ter o condão de transformar o nosso sistema em misto (MACHADO, 2009).

Apesar de no Estado Brasileiro, não existir de modo expressamente positivado na Constituição Federal o sistema processual penal que o país adota, compreendemos, que se pode extrair a partir da análise dos princípios constitucionais resguardados, assim como pela norma positivada em vários dos artigos lá encrustados, sobretudo a partir da clara delimitação de funções das partes, que em nosso país o modelo processual penal vigente é do tipo acusatório. Destarte, no nosso processo penal, dentre outras características, cada uma das partes processuais tem sua função devidamente estabelecida em lei, de modo, por exemplo, que, não pode o Juiz exercer o papel de acusador ou de defensor do Réu, devendo o Magistrado se limitar a julgar o processo de acordo com a norma legal e as provas nele produzidas.

2.2 DO ADVENTO DA LEI 12.403/2011

Para compreender até que ponto a aplicação do instituto da Condução Coercitiva destinada a levar a presença do Juízo investigados, sem que estes houvessem sido intimados anteriormente intimados a comparecer em juízo, bem como compreender o amparo legal que lastreia tal medida, torna-se imperioso o estudo e compreensão da Lei nº 12.403 de 04 de Maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a saber o Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e deu outras providências. Tal norma surgiu de fato, a partir da necessidade de se ampliar o leque de opções disponíveis ao Magistrado para que fosse possível alcançar os objetivos do processo, respeitando a premissa de que o direito a liberdade deve ser tratado como regra e não exceção, algo difícil de se materializar na norma antiga, que não oferecia outra opção cautelar, que não a prisão.

Conforme se extrai do positivado na Obra *Prisões e Outras Medidas cautelares*, comentários a Lei 12. 403 de 04 de maio de 2011, coordenada pelos Professores, Luiz Flávio Gomes e Ivan Luiz Marques, a partir do advento da referida lei, o Magistrado passou a ter a sua disposição um leque de Medidas cautelares diversas à prisão, em uma clara primazia do direito a liberdade em detrimento ao encarceramento e tendo como parâmetros centrais sempre o cumprimento dos princípios da Legalidade e da proporcionalidade em consonância com o caso concreto (BIANCHINNI et al., 2011).

O fato é que historicamente o sistema processual penal brasileiro, no que se refere a prisão cautelar, se caracterizou por possuir um viés binário, que oscilava entre a liberdade e a prisão, havendo quase que uma imposição aos Magistrados, que diante do caso concreto e em Meio a escassez de alternativas cautelares, muitas vezes tinham que decretar prisões nem sempre essenciais ao bom andamento processual (BIANCHINNI et al., 2011), realidade profundamente modificada com o advento da Lei 12.403/2011, que notadamente trouxe, ao Juiz um farto leque de opções no sentido dar encaminhamento ao processo, sem a necessidade de invadir de forma tão intensa, as garantias individuais do acusado, a ponto restringir fisicamente seu direito à liberdade.

Ocorre, que em determinadas circunstâncias, o Magistrado poderia vislumbrar a necessidade de proferir uma medida cautelar para garantir o andamento processual, sem que necessariamente fosse preciso a decretação da prisão do acusado, contudo, ante a falta de previsão legal, restava ao aplicador ou se conformar e simplesmente decretar a prisão ou buscar na sua margem de liberdade interpretativa do direito soluções menos gravosas e ao mesmo tempo que pudessem colaborar para a solução da lide.

Nesse sentido, seria razoável compreender ser possível em vez de Decretar a prisão de determinados acusados, se determinar a condução coercitiva dos mesmos, diante da escassez de alternativas, a condução ser, a grosso modo um tipo de privação de liberdade que duraria apenas o tempo necessário para a obtenção do ato processual buscado, não representando qualquer tipo de prejuízo ao acusado, sobretudo, diante do risco concreto de em não ser decretada a condução, ser determinada sua prisão, naturalmente algo muito mais traumático.

Notadamente com o advento da referida Lei, esse cenário mudou, visto que foram criadas várias medidas cautelares, no sentido de viabilizar a instrução processual, sem que fosse preciso restringir a liberdade dos acusados. Tal norma surgiu como que deixando claro a vontade do legislador em diante da nova realidade, limitar a margem de interpretação da lei por parte do Magistrado.

Além das possibilidades de prisão preventiva, temporária e domiciliar, a nova lei elencou nove medidas cautelares diversas da prisão, a saber: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial e a monitoração eletrônica, podendo as medidas serem aplicadas individual ou cumulativamente, a depender da compreensão do Magistrado quando da análise do caso concreto.

Segundo positiva o Prof. Capez (2015, p. 353), “são hipóteses que permitem ao Magistrado a aplicação de Medidas cautelares de cunho individual, as seguintes situações: a) Para a aplicação da Lei Penal; b) Para garantir a Investigação ou Instrução Criminal; c) Para evitar a prática de infrações penais”. Em um primeiro momento, a partir da análise desses critérios, não nos parece conveniente, sobretudo diante da gama de medidas cautelares positivadas a partir do advento da Lei 12.403/2011, a interpretação extensiva da norma, no sentido de aplicar a condução coercitiva de agentes que além de não haverem sido intimado, sequer

ainda constam no polo processual. Isso, porque, como qualquer medida de cautela, a aplicação de tal instituto deveria ser revestida de irretocável fundamentação jurídica, sobretudo, por restringir um bem que de tão precioso, foi o principal responsável pela própria Lei que trouxe a nossa norma jurídica a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, que é o bem jurídico liberdade. Alguém pode defender tese contrária, alegando que não há supressão desse direito de forma subjetiva, posto ser tal flexibilização apenas para a colheita do depoimento, contudo, na essência, indiscutível é que durante aqueles momentos, o sujeito teve sua liberdade tolhida, além do constrangimento moral que o ato representa.

Por outro norte, a própria Lei estabelece, conforme se extrai dos ensinamentos do Prof. Capez (2015), que em respeito ao cumprimento da garantia legal ao contraditório, o Magistrado ao receber o pedido da decretação da Medida Cautelar, intimará parte contrária, devendo inclusive estarem anexas à intimação tanto o Requerimento formulado, quando demais peças que se façam necessárias, situação fática que terá como ressalvas apenas a Urgência da Medida, ou o Risco da Ineficácia. O fato é que em sentido amplo, torna-se difícil crer que uma condução coercitiva de alguém que sequer é parte no processo, atenda a todos os requisitos legais propostos, sobretudo tamanho a rigidez importa pela lei quando da aplicação das medidas cautelares no espectro penal.

Destarte, diante do fato do Magistrado ter um leque de opções para poder dar sequência ao andamento processual, sem ter que necessariamente chegar ao ponto de tomar uma medida mais gravosa como a restrição da liberdade do acusado, a condução coercitiva de acusados que não havia sido intimados para os atos processuais aos quais foram compelidos a participar passou a ser algo questionável, sobretudo quando tal instituto é aplicado como se regra fosse e não exceção.

Notadamente as Medidas Cautelares por sua natureza instrumental, estão a serviço da aplicação da Lei Penal, bem como da eficácia do Processo, não representando, portanto, pena (BIANCHINI et al., 2011).

De outro norte, a aplicação do instituto da Condução Coercitiva, nos moldes tratados no presente estudo, como sendo Medidas Cautelares amparadas no legítimo direito exercido pelo Magistrado, no sentido garantir a satisfação dos objetivos do processo enquanto medida cautelar pode ser fundamentada na ideia de que o requisito primordial para a decretação de qualquer medida cautelar é exatamente a prova da existência de um crime, consubstanciado por indícios

suficientes de autoria. Entretanto, mesmo diante dessa flexibilização em relação a possibilidade de interpretação extensiva do rol de Medidas cautelares previstas pela Lei, a regra é a liberdade, sem nenhuma restrição, devendo sempre o Magistrado pautar suas decisões pelos critérios da necessidade e adequação (BIANCHINI et al., 2011).

Nesse aspecto, há que se levar em consideração que a Condução Coercitiva é uma medida de privação de liberdade temporária, mesmo com duração restrita ao tempo da colheita do depoimento, sendo, portanto, um tipo de privação de liberdade que não se encontra positivada na norma, mesmo depois do advento da nova lei.

Ainda, no que se refere as possibilidades de medidas cautelares previstas no Artigo 282, o Parágrafo 3º da referida norma aduz que: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o Juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias...” , ou seja, em regra mais uma vez se oferece ao acusado a oportunidade de se pronunciar sobre a medida cautelar em questão, direito que é absolutamente negado aqueles que são conduzidos coercitivamente nos moldes da Operação.

Surge então uma questão interessante: o ato de conduzir coercitivamente alguém que não foi intimado para o ato processual para o qual foi compelido a ir, seria a positivação efetiva de um dos princípios do Direito Penal do Inimigo, ante a restrição de sua liberdade sem previsão legal? Mais que isso, tal vício teria impacto no corpo processual, ou apenas representaria um vício naquele ato específico? Notadamente, a resposta para essas questões demandariam um debruçar ainda mais apurado sobre o tema, contudo, arriscamos supor que a depender do caso concreto, tal procedimento poderia sim ter influência nos demais atos processual, isso porque ao se flexibilizar o direito a liberdade de locomoção do indivíduo de forma injustificada, de certa forma o Estado quebra aquilo que foi estipulado como regra processual esperada, podendo a “surpresa” praticada naquele ato se reproduzir em outros, ao menos no prisma hipotético. Ou seja, mesmo que não haja um efetivo dano a outros direitos do acusado, o simples fato de não se seguir o rito preestabelecido pelo processo penal pode gerar questionamentos e insegurança jurídica.

Outro ponto que merece especial atenção no que se refere a fundamentação das Medidas cautelares é a necessidade que a decisão que as positiva, traga em

seu corpo de forma clara a finalidade a ser alcançada pela medida, devendo sempre os fins a serem alcançados serem legítimos (BIANCHINI et al., 2011).

Finalmente compreendemos que o advento da Lei nº 12.403/2011 ofereceu ao Juiz importantes alternativas processuais no sentido de dar sequência ao processo, sem vilipendiar o direito a liberdade de locomoção do sujeito, razão pela qual, em tese não se deveria utilizar como regra um instituto que sequer se encontra previsto na norma, nos moldes em que vem sendo aplicado, sobretudo colocando-o no bojo das medidas cautelares, que há de se salientar, se encontram devidamente elencadas e rigidamente regulamentadas.

2.3 DO INSTITUTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O Instituto da Condução Coercitiva, se encontra positivado de forma expressa no Direito Brasileiro no Parágrafo 1º, do Artigo 201 e nos Artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal, tratando respectivamente dos seguintes sujeitos processuais: Ofendido, testemunha e acusado.

Destarte, vamos nos deter no presente estudo, a analisar a possibilidade da utilização desse instituto no âmbito das testemunhas e dos acusados. Assim, vejamos o que diz o Código de Processo Penal sobre o tema:

Artigo 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública [...].

Artigo 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Destarte, a partir do positivado na norma, o instituto da condução coercitiva denota uma privação momentânea da liberdade de locomoção do acusado, de modo a que este possa ser compelido a comparecer a autoridade que o convocou e assim prestar os esclarecimentos devidos a elucidação dos fatos investigados. Destarte, temos que sob a égide legal, a aplicação do referido instituto no caso do acusado, está condicionada à sua recusa em atender a intimação da Justiça para comparecer a quaisquer dos atos processuais para os quais vier a ser convocado/intimado.

Este instituto contudo, tem sido praticado com frequência no âmbito processual penal brasileiro, sobretudo em investigações destinadas a apurar delitos perpetrados por organizações criminosas, a exemplo do que ocorre na operação Lava jato, trazendo a baila, a reflexão, se tal aplicação condiz com a estrita da aplicação da norma, podendo o Magistrado ampliar o leque de medidas cautelares, diversas a prisão, previstas nos Artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, ou se a aplicação do Instituto nos moldes em que vem ocorrendo é um excesso, podendo acarretar severas ameaças ao exercício de direitos e garantias fundamentais por parte dos acusados.

De qualquer forma, a lei prevê que a liberdade individual ou liberdade de locomoção é regra em nosso ordenamento, razão pela qual, qualquer tipo de restrição a esse direito deve ser tratado como exceção, sendo a liberdade um bem tão importante, que tanto o ordenamento pátrio como o internacional, possuem rígidos critérios quando se trata de restringir a liberdade de alguém (BIANCHINI et al., 2011). Assim, resta claro que a restrição a liberdade mesmo que por alguns momentos, durante a prática do ato para o qual o agente foi coercitivamente levado, é um atentado a sua liberdade de locomoção, sendo uma forma de se aplicar um tipo de Medida Cautelar, que conforme se sabe, em verdade não se encontra positivada expressamente na norma.

2.3.1 Condução Coercitiva e a Interpretação da Norma Processual Penal

Conforme demonstrado a partir da análise realizada no item, 2.2, do presente estudo, sobre os alcances normativos da Lei nº 12.403/2011, verificamos que a referida lei não contempla como Medida Cautelar positivamente disponível ao Magistrado a Condução coercitiva em moldes diversos aos legalmente previstos, que em apertada síntese, possuem como gatilho para sua decretação, a negativa da parte intimada (seja ela acusado, ofendido, ou testemunha) para o ato processual para o qual sua presença foi requerida pelo Juízo.

Ocorre que como bem ensina o Professor Antônio Alberto Machado, a interpretação quando tem um caráter integrador a Lei Processual Penal, deve ter como objetivos fundamentais suprir os pontos onde a norma foi formulada de modo

muito vago, bem como quaisquer outras omissões por ventura existentes na Lei. Notadamente quando uma norma legal é omissa, ou em demasia genérica, fazendo com que o subjetivismo impere sobre os objetivos reais pretendidos com a edição da referida lei, temos de um norte uma grave ameaça a segurança jurídica e de outro um forte estímulo a liberdade de interpretação por parte daquele que vai aplicar a norma, fato que conforme explica o professor Machado pode fazer com que este, acabe por imprimir quando da interpretação da norma valores seus, carregados de sentimentos e ideologias, que indiscutivelmente podem contaminar a norma com valores inerentes ao íntimo crer do seu intérprete (MACHADO, 2009).

No nosso entendimento no que se refere ao Magistrado, este é incontestavelmente, um dos mais importantes interpretes da Lei, posto ser, quem efetivamente aplica a norma positivada. Destarte, muito mais que alguém que extraí da norma legal os conceitos estruturantes que o legislador quis alcançar quando da positivação da norma, o Juiz é o doutrinador-mor das lides que se encontram sob seus auspícios e julgo, por efetivamente aplicá-las e fazer valer. Tal fato notadamente pode fazer com que por vezes, o Magistrado em casos de Interpretação integrativa da norma, acabe por ocupar os espaços vazios com decisões que por melhores que sejam os interesses e as intenções, não teriam guarida sob a ótica do espírito que buscou ser tutelado e protegido quando a norma foi positivada.

Especificamente no caso das conduções coercitivas de pessoas que não haviam sido intimadas para os atos processuais aos quais foram forçosamente levadas a comparecer, objeto central do presente estudo, resta claramente demonstrado, que anteriormente ao advento da Lei 12.403/2011, conforme exposto no item, 2.2, deste trabalho acadêmico, no caso dos acusados, tal medida acabava por ser muito mais benéfica, posto que o hiato existente se dava entre a plena liberdade e a prisão cautelar nos moldes até então permitidos, ou seja, entre estar efetivamente preso e estar livre, nos casos onde o Magistrado verificasse ser a prisão instituto em demasia gravoso para o caso concreto e na ausência de outras medidas que pudessem suprir a necessidade da investigação ou do regular andamento processual, a aplicação de tal medida acabava por em tese não ser uma afronta aos direitos daquele que fora coercitivamente conduzido.

Ocorre, que o legislador, provavelmente impulsionado pela necessidade emanada dos tribunais de medidas cautelares diversas da prisão, trouxe com a

referida Lei 12.403/2011, um vasto conjunto de medidas cautelares com o objetivo central de possibilitar ao Juiz da causa não ter que centralizar suas decisões entre o restrito binário de deixar a parte totalmente livre ou aplicar a extrema medida de prisão.

Outro debate pujante e que de fato ainda não tem um norte definitivo sob o prisma doutrinário se refere ao caráter das Medidas cautelares positivadas com o advento da Lei 12.403/2011, sobretudo no que cerne a se seriam taxativas ou apenas exemplificativas. De todo modo, a Lei buscou contemplar praticamente todos os espaços, possibilitando ainda ao Magistrado aplicá-las isolada ou cumulativamente, o que em tese poderia não tornar necessário que o aplicador da norma tivesse que usar sua criatividade para ampliar ainda mais tal rol, posto, estarem cobertos os principais aspectos que poderiam estar presentes nos casos em concreto (BIANCHINI et al., 2011).

Outro ponto que merece destaque é a Condução Coercitiva daqueles que sequer fazem parte do polo processual, posto tecnicamente ainda não terem contra si, o oferecimento da denúncia por parte do competente órgão. Assim, é aceitável, que, alguém que além da presunção de inocência, se encontra em pleno gozo de todos os seus direitos, venha a ser compelido através de escolta policial a prestar esclarecimentos sem, sequer ter sido anteriormente intimado para tal ato?

Apenas como ilustração a fim de exemplificarmos uma situação concreta, observemos o caso da Condução Coercitiva a que foi submetido o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na 24^a fase da operação, na manhã da sexta-feira, 04 de março, notadamente um dos fatos que trouxe a baila sob o prisma jurídico, quanto ao cabimento ou não da condução coercitiva sem que o agente tenha sido anteriormente intimado.

Ao analisarmos tópico do despacho do Juiz Sérgio Moro que autorizou a referida condução, o Íncrito Magistrado positivou que: “Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção, visto que dirigida apenas a tomada de depoimento” destacando que “Mesmo ainda com a condução coercitiva, mantém-se o direito ao silêncio dos investigados”. Ao analisarmos a primeira assertiva observamos que o Juiz, como que em um reconhecimento da não possibilidade do cerceamento sem a devida fundamentação do direito à liberdade de locomoção do conduzido, aduz que a condução coercitiva não implica em um cerceamento a liberdade de locomoção, algo que com as devidas vênias, não pode

ser tido como plausível, sobretudo ante ao fato do cidadão não ter opção de escolha, a não ser acompanhar os responsáveis pela condução, que conforme notadamente sabido, poderão inclusive, utilizar da força para dar cumprimento a efetivação do Mandado de condução. Na segunda, assertiva é positivado, que mesmo com a medida o direito ao silêncio, deve ser resguardado, nesse caso, seria algo até desnecessário, posto não ter o aplicador da norma como se confrontar a tal direito constitucionalmente acolhido após a Constituição Cidadã de 1988.

De qualquer forma, em que pese ser tal medida defendida por parte do Judiciário, assim como pelo Ministério Público, a nosso ver a Condução Coercitiva não tem assento constitucional, tampouco sua aplicação pode ser fundamentada na lacuna da lei processual penal, sobretudo diante do advento da Lei 12.403/2011 que ao nosso ver possibilitou uma gama importante de medidas cautelares ao magistrado, para cada vez mais diminuir na nossa compreensão, a necessidade do Juiz criar novas medidas a partir de sua própria interpretação dos objetivos buscados pela norma.

2.3.2 A Condução Coercitiva na Operação Lava Jato

A operação Lava Jato é uma operação de investigação, conduzida por Procuradores Federais do Paraná que apura um esquema de corrupção na PETROBRAS.

Deflagrada em 2014, e tendo como alicerce jurídico a 13ª Vara Federal de Curitiba, vara especializada na apuração de crimes financeiros e lavagem de dinheiro, a operação investiga um grandioso esquema de corrupção e desvio de dinheiro público, envolvendo políticos, empresários e grandes empreiteiras.

Com ações ousadas e uma cobertura midiática constante, a Operação Lava Jato trouxe ao Brasil, uma importante sensação de justiça, seja por conta do ativismo judicial, positivado através de prolação de medidas judiciais ousadas, rápidas e pouco usuais no direito penal brasileiro, seja pelo forte apelo popular das decisões determinadas por aqueles que estão a frente de sua condução, sobretudo, no que se refere ao tratamento penal dado aos acusados pelos atos delituosos investigados pela referida operação.

Notadamente, conforme anteriormente mencionado um dos principais pontos a serem observados quando da análise do forte apoio popular emprestado aos atos

emanados pela chamada “República de Curitiba” se deve ao envolvimento dos órgãos de mídia, notadamente dos grandes conglomerados de comunicação na cobertura dos atos da Força Tarefa, responsável pelas investigações, assim como pela condução da própria ação penal.

Tal cobertura faz com que a repercussão das medidas processuais penais, aplicadas contra os réus, alcance todo o País, criando a ideia de que a operação em seu rigor punitivo, atinge a todos, dos envolvidos menos aquinhoados socioeconomicamente, às figuras de notória importância política, social e econômica do país, razão pela qual, se cria pela referida ação midiática, o conceito, que, está é uma operação “sem falhas” que tem como objetivo único, banir a corrupção das terras “tupiniquins”, de modo que, quem é contra qualquer procedimento ou ato perpetrado sob os auspícios da Operação Lava-jato, passa a ser tratado como conivente com a corrupção e por conseguinte inimigo do País.

De todo modo, muito embora o instituto da Condução Coercitiva sem prévia intimação já fosse uma realidade presente nos tribunais brasileiros, a Operação Lava Jato, diante da expressiva quantidade de procedimentos realizados nessa área, fez com que tal instituto, até então pouco conhecido, ganhasse notoriedade, passando a despertar a atenção da população e do próprio meio jurídico, quanto a regularidade ou não do procedimento na forma como vem sendo adotado. .

A questão é polêmica e deveras palpitante, tanto que chegou ao Supremo Tribunal Federal, que deverá a partir do julgamento de duas Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, movidas pelo Partido dos Trabalhadores, a saber ADPF 395, e pela Ordem dos Advogados do Brasil, ADPF 444, decidir se a aplicação do referido instituto é ou não amparado pela norma constitucional brasileira.

Mas antes mesmo do tema ter sido levado a baila na Suprema Corte nacional, o Ministro Marco Aurélio de Mello, o um dos mais antigos magistrados daquela Egrégia Corte, se posicionou de forma firme e contundente sobre a aplicação da condução coercitiva em meados de 2016, quando da utilização do instituto para colher o depoimento do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sem que este houvesse sido intimado: — **Eu só concebo condução coercitiva se houver recusa do intimado para comparecer. É o figurino legal. Basta ler o que está no código de processo** — ponderou o Ministro Marco Aurélio, complementando: — **Uma medida de coerção que deve ser o último recurso**

para ouvir alguém. Você hoje, por exemplo, é um cidadão e pedem que você seja intimado para prestar um depoimento. Em vez de expedirem o mandado de intimação, podem conduzir coercitivamente, como se dizia antigamente, debaixo de vara? O ministro ainda ponderou que: — Quando se potencializa o objetivo a ser alcançado em detrimento de lei, se parte para o justicamento, e isso não se coaduna com os ares democráticos da Carta de 88 (Constituição).

De outro norte, a utilização da medida tem sido largamente defendida por importantes representantes do meio jurídico, sobretudo os que defendem uma maior flexibilidade de poderes no âmbito da Operação Lava Jato, sobre o tema o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot afirmou que: - **Em nenhum momento a privação da liberdade, que deve ser autorizada somente pelo Judiciário, poderá gerar violação de direitos fundamentais do conduzido, que somente poderá ser interrogado se desejar falar, e, ainda assim, na presença de advogado. Dessa maneira, o exercício do direito ao silêncio é garantido. Todavia, não decorre de tais circunstâncias suposto direito a não ser conduzido, mormente se restar demonstrada a necessidade da medida como forma de não frustrar a colheita de provas.**

Notadamente a condução coercitiva do ex-presidente LULA foi emblemática e trouxe para os holofotes da grande mídia e, por conseguinte da população, o instituto da Condução Coercitiva. Entretanto, esse instituto, que aos olhos do senso comum, só era utilizado em casos onde o intimado se negava a comparecer, no âmbito da Operação Lava Jato, nunca foi exceção, muito ao contrário, segundo dados do Ministério Público Federal, tal procedimento foi o terceiro mais utilizado desde o início da operação, que realizou 881 BUSCAS E APREENSÕES, 303 PEDIDOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, 222 CONDUÇÕES COERCITIVAS, 158 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA COM PESSOAS FÍSICAS, 111 PRISÕES TEMPORARIAS, 101 PRISÕES PREVENTIVAS, 67 ACUSAÇÕES CRIMINAIS, 10 ACORDOS DE LENIÊNCIA, 06 PRISÕES EM FLAGRANTE, 01 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA em um total de 1.765 procedimentos realizados, até 23 de outubro de 2017. Se levarmos em consideração apenas as medidas direcionadas a alcançar resultados cautelares, as conduções coercitivas foram o segundo procedimento mais utilizado, ficando atrás apenas das buscas e apreensões, razão pela qual, se observa que tal instituto é utilizado praticamente como regra de atuação no âmbito da operação.

Outra defensora da legalidade da aplicação do instituto da condução coercitiva no âmbito da investigação judiciária é a Subprocuradora Regional da República Silvana Batini, que em entrevista à Revista Época (2016), positivou acerca da condução coercitiva do Ex-presidente Lula que: (Grifo Nosso):

O Código de Processo Penal prevê hipótese de condução coercitiva quando **a testemunha, a vítima, a pessoa intimada** se recusa a comparecer. Também há um artigo que trata **do réu que se recusa a comparecer diante de um juiz**. O código, **porém, não fala nada sobre o comparecimento de investigado perante autoridade policial, justamente o que aconteceu**. Essa condução coercitiva tem outra natureza. A lei prevê que quando houver algum risco para a coleta da prova, deve-se decretar a prisão temporária do réu, pressuposto que já existe desde 1990. Nesse caso concreto a prisão temporária é muito pesada, então a condução coercitiva é decretada como uma coisa menor, proporcional àquela necessidade.

Destarte, o debate que se trava no seio jurídico sobre a legalidade de sua aplicação é pertinente, sobretudo diante da evolução de teorias como a do Direito Penal do Inimigo que buscam flexibilizar os direitos daqueles que são acusados de romperem, o que grandes pensadores contratualistas definiram como sendo o “contrato social” que regula a vida em sociedade.

O Professor Fernando Capez, ensina contudo, que mesmo após o indivíduo estar no polo passivo da ação penal, enquanto acusado, este tem o direito ao chamado contraditório e ampla defesa, garantias que com seu delinear, asseguram ao sujeito dentre outros direitos o de ser citado e intimado de todos os atos processuais, garantia essa cuja única exceção prevista seria a decretação da revelia (CAPEZ, 2015).

Tais ensinamentos, nos fazem crer primeiramente ser obrigatória a citação ou intimação das partes, acerca de todos os atos do processo, assim como aponta como sendo extremamente grave, a metodologia de apuração penal adotada por algumas investigações criminais, sobretudo que se refere a utilização de institutos como o da Condução Coercitiva de agentes, que além de não terem sido intimados para os atos processuais para os quais foram compelidos por meio da força a participar, ou como disse o Ministro Marco Aurélio de Mello em entrevista amplamente publicada, em 2016, nos meios de comunicação “Debaixo de vara” (fazendo alusão a condução coercitiva do ex-presidente LULA) sem que os referidos

indivíduos sejam sequer “partes” no processo, representando tal medida, ao nosso ver uma grave flexibilização do Direito a Liberdade de ir e vir do indivíduo.

2.4 A LIBERDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A condução coercitiva sem prévia intimação do cidadão, alcança e suprime pelo lapso temporal que durar o ato a plena liberdade de locomoção do sujeito, subtraindo assim, várias garantias que estão asseguradas no texto constitucional, a exemplo do direito consagrado no Artigo 5º, inciso XV, que garante ao cidadão poder em tempos de paz, se locomover livremente sem qualquer embaraço. Tal conduta igualmente colide de forma direta, com outros dispositivos constitucionais encrustados no mesmo Artigo 5º, a exemplo do positivado no Inciso II, que aduz *in verbis* que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Por outro lado, de forma indireta, a utilização de tal instituto de modo injustificado e sem contundente fundamentação, também vai de encontro a outros direitos, que se encontram positivados em nossa Constituição (CF, 1988), como por exemplo o gravado no Artigo LIV, que aduz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, afinal, durante todo o processo de condução coercitiva, o sujeito, perde o direito de gozar como bem quer de sua liberdade. Ainda sob o prisma indireto, a condução coercitiva, de cidadãos que não foram previamente intimados para os atos processuais, aos quais foram forçados a comparecer igualmente atenta e vai de encontro ao positivado no Artigo X da Constituição Federal que assevera *in verbis* que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”, ou não seria uma agressão a honra de um cidadão inocente (tomando por primazia a presunção de inocência) ter seu sono interrompido, bem como de seus familiares, nas primeiras horas, para ter que dar cumprimento a uma condução coercitiva para um ato que não foi intimado?.

O fato é, que somos sabedores, a liberdade é um dos principais direitos que o homem possui. Em verdade é um direito humano fundamental de primeira ordem, tanto que ocupa uma posição central nos direitos humanos de primeira geração, posto que sua supressão ameaça e agride fortemente suas capacidades tanto civis

como políticas, representando qualquer ameaça a seu exercício um grave retrocesso, sobretudo por ser um direito natural do homem, que aliás, conforme bem descreveu o Prof. Machado, advém de antes mesmo de sua positivação e acolhimento por parte do Estado (MACHADO, 2009).

Por sua importância o Direito a liberdade é reconhecido pelos mais importantes documentos internacionais de defesa dos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É portanto, um direito consagrado e inalienável e sendo sua supressão sem o respeito a norma positivada e ao devido processo legal uma afronta ao sentimento internacional positivado em tais documentos. Mais que isso, por ser a liberdade um bem que assegura ao cidadão, o pleno exercício e gozo a outros direitos, a exemplo dos civis e políticos, no nosso entendimento, sua supressão pode ameaçar a essência dos princípios que sustentam o próprio Estado de Direito.

Destarte, o respeito aos direitos humanos, sobretudo nos dias atuais, onde as mais diversas nações positivaram através de documentos diversos, sua proteção bem como aos valores por eles protegidos, a exemplo da liberdade, representa o mais claro sinônimo de Democracia. Notadamente, os regimes ditos democráticos, têm a obrigação quase que inexorável, para que assim possam ser considerados sob o prisma internacional, de implementarem e respeitarem em seus territórios os direitos humanos, sendo tal atitude, praticamente uma condição *sine qua non* para que tais regimes sejam tidos na esfera da política internacional como Democráticos, de modo que a violação desses princípios, representaria não apenas um risco a Democracia, como também, ameaçam os objetivos de construção de uma sociedade mais humana, equilibrada e socialmente justa (MACHADO, 2009).

Deste modo, ao analisarmos tal realidade sob a ótica do objeto de estudo do presente trabalho acadêmico, vislumbramos que a violação de quaisquer direitos humanos, sobretudo, de valor conceitual tão importante como é o direito a liberdade, mesmo que por um curto espaço de tempo, sem haver o cidadão dado causa legal para isso, como ocorre no âmbito das conduções coercitivas sem prévia intimação, temos um sério risco a manutenção dos fundamentos básicos que sustentam o Estado Democrático de Direito em nosso país.

Finalmente, há que se ressaltar que a ameaça ao pleno exercício da liberdade, enquanto direito humano fundamental, contexto no qual enquadramos o objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, a liberdade de locomoção que é

suprimida do sujeito quando este é conduzido coercitivamente, em nome da segurança, ou mesmo da ordem ou controle social, sem que haja uma aprofundada fundamentação para tal ato é uma grave ameaça para o próprio estado de direito. A supressão de direitos fundamentais, foi inclusive combustível que alimentou e deu corpo as ditaduras mais perversas da história recente da humanidade (MACHADO, 2009).

2.5 DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada pelo Jurista e filósofo alemão Günther Jakobs. Pela teoria, em simplificada síntese, a bem da manutenção da paz social é possível ao estado tratar de modo diferente aquele a quem se considera cidadão, dos indivíduos, que, por reiteradas condutas delituosas, assumiram a condição de inimigos do Estado, sobretudo quando o tipo penal das referidas condutas tem o condão de ameaçar o equilíbrio e a paz social em voga.

Segundo positivou o Professor Luiz Flávio Gomes (s/d), notório crítico da Teoria, em Artigo denominado O Direito Penal do Inimigo (Ou inimigos do Direito Penal) para Jakobs “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”.

É importante destacar, contudo, que mesmo positivando a existência de significativas diferenças de posicionamento com relação ao pensamento semeado por importantes pensadores que o antecederam, Jakobs firma como alicerce de sua teoria do Direito Penal do Inimigo, o extrato conceitual, podemos assim dizer, do conteúdo emanado a partir do pensamento de importantes filósofos, sobretudo de ícones do pensamento contratualista como Kant, Rosseau, Fichte e Hobbes, que em suas obras delineavam a forma de agir do estado para com quem não se adequava ao cumprimento do pacto social vigente.

Um bom exemplo disso se verifica no tópico 2 da Obra, intitulado “Alguns esboços iusfilosóficos”. Inicialmente, nesse capítulo, Jakobs denomina o direito como sendo “o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres” positivando ainda que “a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 25).

Ao analisarmos as reflexões de Jakobs, sobretudo no que se refere aos termos conceituais construídos a partir dos ensinamentos de Kant, vislumbramos a necessária conexão entre o direito e a delegação normatizada para o Estado empregar a coação como forma de controle dos cidadãos (JAKOBS; MILIÁ, 2007).

O Pensamento anterior é corroborado também a partir de posições e ensinamentos de Rosseau (apud, JAKOBS; MILIÁ, 2007, p. 25-6), defendia que: “Qualquer << Malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser <<membro>> do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”. Desta feita, a consequência principal, segundo se pode concluir é que, o culpado deve morrer para o Estado como inimigo e não mais como cidadão.

Jakobs, busca ilustrar os fundamentos filosóficos de sua Teoria, utilizando igualmente pensamentos, ao seu prisma, semelhantes emanados da obra de Fichte, notadamente o princípio conceitual segundo o qual quando o cidadão nega ou vai de encontro ao contrato social, independentemente das razões que o levaram a assim se portar, nos preceitos onde se esperava que ele agisse de modo diligente, ele deixa de contar com o amparo e proteção que até então lhe eram assegurados pelo Estado. Ainda, se reportando aos ensinamentos de Fichte (apud JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 26), aduzem que “a falta de personalidade, a execução do criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança”.

Jakobs, entretanto, aponta em sua obra pontos que considera como diferenciais de concepção em relação aos pensadores que o antecederam, defende primeiramente que o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso, e aponta duas razões para isso, primeiramente aduz que o “delinquente” tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, destarte, não deve perder o status de cidadão. De outro norte, afirma Jakobs (2007, p. 27), o “delinquente tem o dever de proceder a reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, assim, segundo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, o delinquente não pode arbitrariamente despedir-se da sociedade com seu ato”.

Destarte, a partir do pensamento destes importantes pensadores, Jakobs, construiu sua Teoria, de modo a demonstrar que a aplicação do direito ou da norma jurídica, pode e em certos casos, a partir da realidade apresentada pelo caso concreto deve ter sua interpretação flexibilizada, isso porque, Jakobs, demonstra acreditar na cognição comportamental do indivíduo, bem como, no que ele

denominou de “Expectativa normativa”, fenômeno, que, em apertada síntese seria a probabilidade fática (construída a partir da cognição), de um indivíduo delinquir, seja de modo ocasional, por uma forte emoção, ou qualquer apelo externo que o fez modificar seu comportamento habitual de retidão no cumprimento de seus deveres de cidadão ou, seja, pelo fato deste ter como costume o cometimento de crimes, sendo portanto, neste caso, mais provável que manterá contínuo seu comportamento voltado para realização de delitos. Ele positiva que “há muitas outras regras do Direito Penal, que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição de tratar o delinquente como pessoa” (idem, p. 34).

Para Jakobs, o Direito Penal, conhece duas tendências em suas regulações, assim dispostas: “por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estágio prévio, a quem se combate por sua periculosidade”. (JAKOBS; MILIÁ, 2007, p. 37).

2.5.1 A Aplicação Conceitual do Direito Penal do Inimigo na Condução Coercitiva

Muitas ações de combate ao crime organizado no Brasil, a exemplo da operação Lava Jato, têm utilizado em larga escala, como se regras fossem, métodos de investigação até então pouco utilizados na Lei Processual Penal no Brasil, a exemplo da condução coercitiva de acusados que não foram anteriormente intimados a comparecerem aos atos processuais.

Além disso, a chamada força-tarefa que conduz a operação utiliza um forte apelo midiático para atingir os objetivos jurídicos pretendidos, algo que merece ser refletido, diante dos interesses econômicos envolvidos, sobretudo, por parte dos conglomerados internacionais, e suas fortes relações com os grandes meios de comunicação brasileiros, notadamente os maiores responsáveis pela repercussão dos atos da operação.

De outro norte é imperioso ressaltar que nos últimos anos a norma legal foi significativamente melhorada sobretudo no que se refere a responsabilização civil e penal de envolvidos em crimes contra o patrimônio público, o que em tese tornaria

desnecessário aplicar métodos investigativos ou processuais penais que não estivessem expressamente positivados na norma.

No caso em estudo, podemos compreender que a aplicação do instituto da Condução Coercitiva para indivíduos que não foram intimados processualmente, (em que pese a justificativa para a utilização desse instituto, sem que haja previsão normativa disposta no Código de Processo Penal ou nas demais normas reguladoras do tipo apontar para ser tal procedimento uma resposta do Estado, que utiliza seu poder de coação para compelir aqueles que se negam a participar da solução de determinada lide) pode de fato significar uma flexibilização da interpretação da norma, notadamente, contrária ao direito individual da parte envolvida a liberdade de locomoção, ocorrendo tal restrição em tese em prol do direito subjetivo da coletividade.

A questão chave, portanto é dimensionar, o ponto em que a Condução Coercitiva de não intimados, passa de mero avanço da aplicação do direito processual penal, para a materialização da aplicação objetiva do Direito Penal do Inimigo, já que serve de medida experimental para outras, que em dado momento podem ser aplicadas em desfavor dos direitos e garantias individuais.

Demonstrações de como podem ocorrer essas flexibilizações do direito a liberdade de locomoção supostamente em prol da ordem social, podem ser identificadas em diversos trechos positivados na Teoria do Direito Penal do Inimigo. Entretanto, um fator que merece ser relatado, diz respeito a como Jakobs (2007, p. 39), apresenta o acusado no Direito processual Penal, onde ele positiva que “O imputado por um lado, é uma pessoa que participa, quem costumeiramente recebe a denominação de sujeito processual, isto é, precisamente, o que distingue o processo reformado do processo inquisitivo” completando seu raciocínio mencionando como direitos inerentes a tal condição a “tutela judicial, o direito a solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios e, especialmente, não ser enganado, coagido e nem submetido a determinadas tentações” (idem, p. 39).

Nesse espectro, não há como não fazer menção a imensa “tentação” que seria para um acusado preso a meses a fio, a título de medida cautelar preventiva, poder ter sua liberdade devolvida mediante uma “colaboração” para elucidar os fatos investigados, contudo, como tal debate poderia alargar demais nossa análise, deixemos para uma próxima oportunidade e tentemos focar na questão principal proposta pelo presente estudo, que é exatamente até que ponto, a condução

coercitiva de alguém que não foi intimado para qualquer ato processual poderia se notabilizar como a positivação material da teoria do Direito penal do inimigo. Pois bem, Jakobs vai além e positiva que existem múltiplas formas de coação que podem ser aplicadas dentre as quais a prisão preventiva e custódia de segurança por exemplo (medida que nos parece ser a mais adequada para a comparar com a condução coercitiva). Jakobs (2007, p. 40), afirma que “esta coação não se dirige a contra a pessoa em direito – esta não oculta provas nem foge – mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos, põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo”. Assim, certas medidas de coação, segundo o que se pode compreender a partir do que positiva Jakobs seriam na verdade uma resposta mais enérgica do Estado para aqueles que de alguma forma tentariam com seus atos dificultar a elucidação dos tipos penais apurados no processo, sendo tal intento uma atitude digna de um inimigo e não de uma pessoa, razão pela qual, por reciprocidade, deve o Estado, assim considerar o referido sujeito.

Em verdade para Jakobs (op cit.), o Estado mesmo sem adotar a nomenclatura do Direito Penal do Inimigo, tem suas próprias formas de aplicar sanções e coações que conseguem ter um lastro de alcance que por vezes invade aquilo que se consideram como direitos, assim, o ente Estatal utiliza de seu poder para de modo juridicamente ordenado, eliminar direitos, sem que para isso, tenha a necessidade de utilizar a nomenclatura pouco simpática que é tratar o indiciado, como inimigo.

Destarte, para Jakobs (op cit.), a melhor forma que o Estado possui para tratar dessa questão seria decompor os indivíduos em duas categorias distintas. A primeira formada por aqueles que por uma fatalidade acabaram por delinquir ou cometer um determinado delito, pessoas contudo que não apresentam risco a ordem social, merecendo portanto, serem tratados como cidadãos.

O segundo grupo seria formado por aqueles que seriam delinquentes contumazes, indivíduos, que com suas ações poderiam ser ameaças diretas a manutenção do sistema, representando um risco ao Estado, que deve através da coação impedir que os mesmos destruam o ordenamento jurídico.

Por outro norte, se extraí do escopo teórico defendido por Jakobs (op cit.), que em muitos dos Estados, ocorrem violações a outros direitos humanos fundamentais sem que tais violações causem maiores espantos ou sobressaltos.

Observando por esse prisma e trazendo tal reflexão para a realidade nossa, acabamos por compreender de certo modo, a razão pela qual, muitas pessoas não vislumbram como violação a um direito fundamental, por exemplo, a privação de liberdade que advém da condução coercitiva de alguém que não foi intimado para um ato processual, mesmo sendo esta uma premissa no direito pátrio para a utilização desse instituto. Isso porque, em meio a realidade de países como o Brasil, onde cotidianamente o cidadão comum, observa tantas formas de desrespeito aos direitos humanos, onde tantos compatriotas estão sujeitos a situações de fome, miséria, violência, exploração de toda sorte, acesso deficiente a serviços públicos elementares de saúde, educação, moradia, dentre outras mazelas, torna-se difícil para muitos, acolher a ideia de que alguém, que de algum modo pode ter qualquer responsabilidade por um ato delitivo tenha direito a ver respeitados seus próprios direitos.

Nesse sentido, na *Direito Penal do Equilíbrio*, o Doutrinador Rogério Greco, bem descreve a cobrança social pela aplicação do direito penal como instrumento de punição por parte de significativa parcela da sociedade, sendo a mídia um importante combustível para o aumento nas pessoas do desejo de uma vingança penal, muito mais que pela efetiva aplicação da lei, positivando Greco que “Definitivamente o discurso penal agrada a sociedade, pois que ela nele deposita as suas esperanças. A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atroz, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta a eles, pugna por um direito penal mais severo, mais radical em suas punições” (GRECO, 2009, p. 5).

Voltando a Teoria de Jakobs, não obstante o fato do autor aparentar compreender que para o processo não ter um caráter inquisitivo, ele deve oferecer ao acusado a possibilidade de participar dos atos processuais, fazendo jus a denominação de “sujeito processual”, tal participação não significaria “per si” que todos os acusados teriam assegurados um rito processual igualitário. Depreende-se da Teoria, que em existindo dois tipos de possíveis indivíduos, devem igualmente haver duas formas de conduta estatal para com cada um deles, de modo que aqueles de quem o Estado pode esperar uma boa conduta comportamental, devem ser tratados como pessoas, enquanto, que, aqueles de quem o Estado não consegue vislumbrar a possibilidade de obter cognição comportamental favorável a não delinquirem, devem ser tratados como inimigos. Isso porque, Jakobs defende,

utilizando palavras suas, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia, de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.” (idem, p. 45).

Contudo, o autor reconhece que ambas as perspectivas possuem acertos e erros que podem refletir em consequências legítimas ou equivocadas a depender do caso e da aplicação em concreto.

Assim, para ele, a personalidade como construção exclusivamente normativa seria algo irreal. Ele compreende, que aquele que não presta uma segurança cognitiva de seu comportamento e conduta não deve esperar ser tratado como pessoa, mas sim como inimigo. Jakobs (op cit.), vai além e positiva que o Estado não deve tratar tais elementos como pessoa (o que lhes tiraria, portanto, a garantia de serem respeitados direitos humanos básicos), visto que se assim o fizesse acabaria por tornar vulnerável o direito das demais pessoas.

O Autor defende que o pólo de alcance do que se convencionou denominar de direitos humanos é algo relativo, apontando para o fato de que a defesa da prevalência de tais princípios em âmbito global é uma característica que é defendida em alguns Estados ocidentais, não sendo portando uma convergência de fato global, o reconhecimento do que de fato seriam tais direitos.

Por esse prisma, o ato de conduzir coercitivamente alguém, restringindo a liberdade de locomoção do sujeito, não aparenta ser algo deveras muito danoso, em que pese ser o direito à livre locomoção, um dos mais consagrados em nossa norma positivada, sendo sua supressão ou flexibilização uma notória afronta a um outro princípio consagrado no direito internacional, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, conforme bem positivou O Professor Rogério Greco “Embora o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tenha sede constitucional, sendo, portanto, considerado como um princípio expreso, percebemos, em muitas situações, a sua violação pelo próprio estado” (GRECO, 2009, p. 60). Destarte, a partir de tal reflexão, podemos compreender que quaisquer dessas violações que sejam perpetradas pelo ente estatal, tornam-se, mesmo que aparentemente pequenas, ínfimas, enfim, por menores que sejam, tornam-se mais gravosas sob o prisma ético/social e normativo, por serem cometidas, por aquele que deveria garantir ao cidadão, o exercício e o gozo pleno dos direitos e garantias que lhe são assegurados pela norma legal positivada, mais que isso, tais violações constituem-

se em uma verdadeira ameaça ao estado de direito puro, merecendo, portanto, severas reprimendas.

A questão fundamental, portanto, é compreender se a flexibilização de direitos consagrados em âmbito processual penal, a exemplo do direito à livre locomoção, quando da aplicação da condução coercitiva, em casos não previstos pela norma, seria apenas o exercício legítimo da margem de interpretação da norma, constante no Poder Discricionário do Magistrado, ou se a aplicação de tal instituto tornaria vulnerável o direito dos acusados, representando assim, um risco a segurança jurídica e a manutenção do estado de direito em seu estado mais puro.

Destarte, compreendemos que a interpretação da Lei Processual Penal, trazendo medidas extremas não expressamente previstas, sobretudo quando aplicadas em larga escala, como se fossem regra legal e não exceção processual, a exemplo da **Condução Coercitiva de Acusados sem que estes tenham sido anteriormente intimados**, passa a ser uma forma de aplicação prática da Teoria do Direito Penal do Inimigo, não devendo ser utilizado esse instituto tendo como base apenas a margem interpretativa da norma, disponível ao Magistrado.

Para se buscar elucidar essa inquietante questão, primeiramente é importante destacar, que, em relação ao instituto da condução coercitiva de acusados não intimados, sua aplicação não é uma criação da referida operação. Em verdade, há tempos a medida era deferida por diversos juízos criminais do país, sobretudo por conta da ausência até a edição da Lei 12.403/2011, da previsão legal de medidas cautelares diversas da prisão, que garantissem o interesse da sociedade, através do regular andamento processual, e ao mesmo tempo salvaguardasse o direito a liberdade do acusado, evitando prisões que não fossem essenciais ao bom andamento processual.

Ocorre, que com a materialização no processo penal brasileiro da supracitada lei, o legislador optou por regulamentar de forma positivada as medidas cautelares, delimitando em tese, o espaço do Magistrado para ampliar o leque de medidas cautelares que de alguma forma alcançassem o direito a liberdade dos acusados, caso que claramente ocorre com a condução coercitiva.

Igualmente a possibilidade de condução coercitiva não é mencionada em outras importantes normas que vieram a fortalecer o combate aos crimes de corrupção no país, notadamente nas leis 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção e Lei 12.850/2013, essa última inclusive que versa sobre as chamadas organizações

criminosas, regulamentando a investigação criminal, bem como os meios de obtenção de prova e o todo o procedimento criminal a ser adotado em casos da espécie.

Destarte, retirar a liberdade de locomoção de um acusado, ainda que de forma temporária representaria a luz do direito uma mera interpretação extensiva da norma ou uma agressão estatal a princípios constitucionais como esculpido ainda no preâmbulo constitucional, assim como no caput do artigo 5º, bem como nos Incisos XLVI, a, LIV, LXVIII?

O Doutrinador Rogério Greco (2008) faz alusão a ideia da concepção na Teoria de Jackobs de dois tipos de direito penal distintos, a saber, o Direito Penal do Cidadão, cuja visão garantista tem prevalência, sendo assegurado ao agente ver respeitado o cumprimento por parte do Estado de todos os seus direitos fundamentais, e, o segundo, o chamado Direito Penal do Inimigo, conjunto normativo que estaria despreocupado com o cumprimento ou a garantia de normas ou princípios garantistas por parte do Ente estatal, destinado aqueles que por sua conduta seriam inimigos do Estado, razão pela qual não mereceriam ser tratados como cidadãos e sim como inimigos.

Greco, igualmente ainda demonstra que tal teoria, encontra guarida na legislação de vários países, sobretudo naqueles onde a criminalidade e a insegurança trouxeram a população uma sensação de guerra urbana. Desta feita, como nas guerras clássicas, os defensores da aplicação do Direito Penal do inimigo formulado por Jakobs, creem que no Estado de guerra não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, assim, em casos extremados, quaisquer leis mais garantistas poderiam ser flexibilizadas, apontando Greco, como exemplo no caso da legislação brasileira da Lei 9.034/95, que versa sobre o combate ao crime organizado.

De fato, a conduta Estatal em casos de Guerra, não é a mesma vivenciada em tempos, de paz, tanto assim, que até países notadamente tidos no cenário internacional como pacifistas e não adeptos as políticas beligerantes, a exemplo do Brasil, onde o direito a vida é tido como inalienável, a ponto de fazer parte das chamadas cláusulas pétreas, prevêm exceções nos casos, de Guerra, onde a pena capital é acolhida em âmbito constitucional como possível, conforme disposto no Inciso a, do parágrafo XLVII do Artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, na nossa visão, não é possível, estender a compreensão literal do que se chamaria

Estado de Guerra, com o intuito exclusivo de flexibilizar ou suprimir quaisquer direitos ou garantias fundamentais de qualquer indivíduo, apenas para responder a clamores sociais, muitas vezes apaixonadamente efêmeros.

Analisando sob o prisma científico é de significativa importância o despertar da academia para discutir e debater um tema de tamanha relevância, a saber, a possibilidade de relativização de um direito humano tão consagrado que é o direito a liberdade em sua plena definição, bem como quais as formas e critérios de se definir quem deve ser considerado inimigo ou cidadão para o Estado.

Nesse espectro, Greco (2008, p. 20), formula um inteligente questionamento, cuja essência merece ser avaliada por todos os estudiosos do direito, a saber: “quem poderá ser considerado inimigo, para que assim o Estado possa subtrair-lhe direitos, ou mesmo flexibilizá-los?” Indo adiante na reflexão, ponderamos nós: Como e quais seriam os critérios do estado para no intuito de aplicar os conceitos principiológicos da Teoria formulada por Jakobs, suprimir ou flexibilizar os referidos direitos? Seriam critérios objetivos ou vagariam nos mares da subjetividade e discricionariedade do aplicador da norma, sem que a letra da lei, construísse uma previsão normativa clara acerca de tais procedimentos? São meras reflexões, mas que deveras merecem ser aprofundadas, sob pena de vermos seriamente ameaçados todos os avanços que a humanidade tem alcançado em termos de direitos humanos.

Em um primeiro momento, compreendemos, que o ato de conduzir coercitivamente alguém, restringindo a liberdade de locomoção do sujeito, ainda que de modo temporário, pode não aparentar ser algo deveras muito danoso, em que pese ser o direito a livre locomoção, um dos mais consagrados em nossa norma positivada, entretanto, o que se precisa analisar é o alcance que tal medida pode tomar no caso concreto.

Notadamente a flexibilização de direitos consagrados em âmbito processual penal, a exemplo do direito a livre locomoção, quando da aplicação da condução coercitiva, em casos não previstos pela norma, deixa de ser apenas o exercício legítimo da margem de interpretação da norma, constante no Poder Discricionário do Magistrado, para configurar-se na aplicação conceitual do Direito Penal do Inimigo, posto, tornar vulnerável o direito a liberdade de locomoção dos acusados, representando assim, um risco a segurança jurídica e a manutenção do estado de direito em seu estado mais puro.

Compreendemos finalmente, que tal medida em verdade, deveras muito se assemelha ao que está proposto na Teoria do Direito Penal do Inimigo, sendo a aplicação prática, ao menos de parte dos princípios nuclearmente defendidos por Jakobs quando a formulou, sobretudo quando se observa uma alta escala de incidência de aplicação do instituto da Condução Coercitiva de acusados, anteriormente não intimados para os atos processuais aos quais foram compelidos a participarem, a exemplo do que ocorre no âmbito da Operação Lava Jato.

3 CONCLUSÃO

O Judiciário brasileiro indiscutivelmente vive um momento de notável destaque. O ativismo judicial surgiu como um alento a minimizar os sofrimentos de uma sociedade que vê a imagem da classe política se diluir em um verdadeiro “mar de lama”, por conta dos diários escândalos de corrupção que abalam a República.

Nesta perceptiva, a Operação Lava Jato, dentre outras, com peculiares métodos de atuação, mudaram profundamente a forma do cidadão brasileiro observar o Poder Judiciário, possuindo os atos, especificamente, praticados pela Operação baseada em Curitiba, bem como os agentes públicos, que conduzem, amplo apoio popular. Contudo, vários desses atos, a exemplo do objeto de estudo deste trabalho científico, são controversos e polêmicos, gerando dúvidas inclusive no meio Jurídico, sobretudo, pelo fato de não serem usualmente utilizados em nosso direito. Por outro lado, imperioso salientar, que o anteriormente citado Ativismo Judicial existente na condução da referida operação, tem trazido importantes debates ao meio jurídico, no que cerne a quais os limites para a interpretação da norma.

Ocorre que em determinados momentos, a operação aparenta atuar como se não tivesse margens ou limites a seguir, sendo a interpretação ampla e irrestrita da norma uma constante, a ponto do TRF4 deliberar que a Operação não teria que seguir as regras dos processos comuns.

No que se refere ao objeto de estudo do presente trabalho, a questão primordial é que a condução coercitiva apesar de largamente utilizada na Operação Lava Jato, bem como em outras da mesma espécie, não encontra respaldo diretamente positivado nem na Lei 12.403/2011, que trata das medidas cautelares que estão disponíveis ao Magistrado, no Código de Processo Penal, tampouco nas Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, ou na Lei 12.850/2013, que versa sobre as organizações criminosas. Assim, tal instituto é utilizado como se a operação pudesse deliberar a sua escolha, como proceder a interpretação extensiva do Código de Processo Penal.

Tal fato traz à baila o pensamento do Jurista Günther Jakobs quando construiu a Teoria do Direito Penal do Inimigo, na qual faz referência a dois tipos ideais de direito, o **Direito Penal do Cidadão** e ao **Direito Penal do Inimigo**,

positivando, contudo, que dificilmente ambos serão vistos na realidade em sua forma pura.

Tal assertiva é bem fundamentada, sobretudo, pelo fato de que nos tempos atuais dificilmente a sociedade aceitaria a separação do que deve ser simplesmente o direito.

Compreender, se os atos praticados na operação, de fato se resumem ao cumprimento estrito da lei, se existe uma interpretação lastreada no poder discricionário do Magistrado, ou se há alguma exacerbação da forma como as investigações são conduzidas em âmbito judicial, podem ser elementos importantes para identificarmos se a operação tem cumprido seu papel de promover a justiça ou se de algum modo pode estar ameaçando direitos e garantias individuais, consagradas em âmbito constitucional.

Vislumbramos, a partir dos conhecimentos obtidos com a realização do presente estudo, que a utilização desmedida de certos institutos, a exemplo da Condução Coercitiva de acusados, sem que estes tenham sido anteriormente intimados, não representam um avanço positivo na interpretação da lei penal, simbolizando na verdade um perigoso retrocesso no que se refere ao cumprimento por parte do Estado, de princípios e garantias devidamente solidificados na nossa norma, o que pode trazer sérios prejuízos a sociedade brasileira, merecendo assim uma especial atenção por parte de todos que atuam no direito.

Compreendemos que quaisquer políticas judiciais que venham a suprimir direitos fundamentais devem ser questionadas, no que se refere à condução processual penal. Defender o direito penal do inimigo é isentar o Estado das responsabilidades por toda sorte de mazelas que advém da inércia ou omissão estatal.

Finalmente, a função jurisdicional é algo sublime e de primordial importância para o equilíbrio social, razão pela qual, deve o magistrado se pautar prioritariamente na seara processual penal, de forma a fundamentar suas decisões, tendo como parâmetro a norma legal positivada, a justiça, o respeito, as garantias e direitos individuais, e, sobretudo, em prol da construção de uma sociedade mais humana e socialmente justa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Helena Vicentin de. **Leia o despacho de Sérgio Moro determinando a condução coercitiva de Lula.** Disponível em: <<https://helenavicentini.jusbrasil.com.br/noticias/311138045/leia-o-despacho-de-sergio-moro-determinando-a-conducao-coercitiva-de-lula>>. Acessado em: 21 out.2017.

BATINI, Silvana. A condução coercitiva de Lula foi legal? **Revista Época.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/03/conducao-coercitiva-de-lula-foi-legal-sim.html>>. Acessado em: 17 jul. 2017.

BIANCHINNI, Alice; MARQUES, Ivan Luiz; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIE, Sílvio. **Prisão e Medidas Cautelares:** Comentários à Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Coordenação: Luiz Flávio Gomes e Ivan Luiz Marques. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em Números no Paraná.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acessado em: 25 out. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 12403.** 04. maio. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acessado em: 17 jul. 2017.

BRASIL Presidência da República. **Lei 12846.** 1º. ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acessado em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 12850.** 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acessado em: 17 jul. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONJUR. **Efetividade da Lei:** para PGR condução coercitiva de investigado não viola liberdade individual. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/pgr-conducao-coercitiva-nao-viola-liberdade-individual>>. Acessado em: 17 jul. 2017.

CONJUR. **"Lava jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acessado em: 08 out. 2017.

DECRETO-LEI. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689 . htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acessado em: 18 maio 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acessado em: 22 out. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acessado em: 08 out. 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói – RJ: Impetus, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2. ed. Tradução. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODAS, Sergio; GRILLO, Brenno. **PF contrariou até ordem de Sergio Moro ao conduzir Lula coercitivamente**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/pf-contrariou-ordem-moro-conduzir-lula-coercitivamente>>. Acessado em: 05 jul. 2017.

SOUZA, Andre de. 2016. **Ministro do STF critica condução coercitiva de Lula**. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-stf-critica-autorizacao-para-conducao-coercitiva-de-lula-18808285>>. Acessado em: 17 jul. 2017.