

Ofício nº. 235/2016/AMB/GAB

Brasília, 17 de agosto de 2016.

Excelentíssimo Senhor

Senador Romero Jucá

Relator do PLS 280/2016

Senado Federal

Brasília/DF

Assunto: Nota Técnica – Projeto de Lei do Senado Federal nº 280 de 2016.

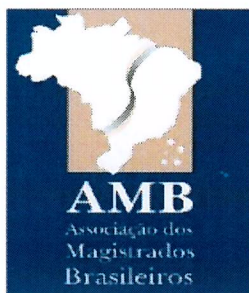
Senhor Senador,

Em atenção ao ofício nº1/2015 – Presidência da CERC/SF, de 11 de julho de 2016, encaminho a Nota Técnica elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sobre o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 280/2016.

Apresento protesto de elevada estima e distinta consideração.

Cordialmente,


João Ricardo dos Santos Costa
Presidente da AMB



NOTA TÉCNICA

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 280 DE 2016.

1. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, apresenta a seguinte Nota Técnica referente **Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 280/16**, que objetiva redefinir crimes de abuso de autoridade. Em síntese, as mudanças propostas visam a: (a) dar nova definição aos crimes de abuso de autoridade, de modo a (b) alterar integralmente o regime estabelecido pela Lei n. 4898/65.

2. Em primeiro lugar, cumpre referir que a discussão parlamentar a respeito deste tema encontrava-se travada desde o ano de 2009 e que nesse momento, o país se encontra sob particularíssimas circunstâncias, dada a investigação e os consectários de incontáveis casos de corrupção no âmbito público. Portanto, a pretensão de alteração legislativa neste momento, reacende a percepção da sociedade de que se está buscando refrear a atuação dos órgãos de persecução penal, contribuindo com a sensação de impunidade.

3. Para a AMB, a apuração de crimes tão graves, e cuja magnitude da lesão mostra-se, a cada dia, surpreendente, deve levantar a discussão sobre o aumento de garantias aos agentes públicos que os combatem, dada a intensidade da pressão a que estão submetidos, e não, pelo revés, ao cerceio potencial e à obstrução de sua atividade, em virtude da ameaça de incriminações que, como veremos na sequência, ademais afiguram-se inconsistentes.

4. No PLS 280/16, e em seu respectivo Substitutivo, diversos mandamentos da legística não foram atendidos. Os tipos penais, em sua maior parte, são vagos, no modo como a doutrina criminal os qualifica de tipos penais abertos. Essa carência de pormenorização dos dados objetivos torna a sua caracterização suscetível de manipulações e macula o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente. É que, o princípio da legalidade, para mais de aduzir a necessidade de lei prévia, está em requerer

do comando normativo que escorreitamente defina o crime, potencializando segurança jurídica e, tanto quanto possível, afastando os riscos de, pela via interpretativa, fazer abarcar condutas variadas e que não afetam o interesse protegido.

Essa a lição da doutrina, no ponto: “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios” ¹.

5. Além disso, nos casos especificamente alusivos a magistrados, há confronto de variados dispositivos do PLS com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a qual, ostentando a condição de Lei Complementar, obviamente sequer é passível de alteração por Lei Ordinária, como é o caso do PLS. A tal asserção bastaria citar o art. 41 da LC 35/79, que, expressamente, assenta que: “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”.

6. Seja como for, se essa análise geral convoca a rejeição do PLS 280/16, ou, quando menos, a suspensão dos debates para um momento em que a discussão deveras revelar-se oportuna, na sequência tratar-se-á de alguns aspectos que, não obstante pontuais, revelam-se igualmente problemáticos e convergem para a inoportunidade da discussão deste projeto. Ademais, há normatividade suficiente, na atualidade, para a repressão de práticas que, de algum jeito, sinalizarem abuso de autoridade. Tanto a Lei n. 4898/65, quanto o Código Penal e diversas leis esparsas, dão cobertura para as hipóteses em que se extravase o cumprimento das funções e se caminhe para a ilegalidade.

7. Feitas essas considerações, cabe apontar dispositivos específicos e os riscos que lhes são subjacentes.

a. ao fixar-se que os crimes definidos na Lei serão de ação penal pública condicionada, o PLS comete equívocos à jusante e à montante. É que tem sido tendência, para evitar-se a impunidade por constrangimento da vítima, que as ações penais sejam, em regra, de natureza pública incondicionada. Com isso, evita-se que representações descabidas, com o mero intuito de criar embaraços, ou afastar por alegações de suspeição ou impedimento, sejam realizadas. É sempre preciso lembrar que a natureza das funções públicas muitas vezes produzem desagrado, contrariam interesses, de modo

¹ ASSIS Toledo, Francisco de. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 29.

que o sistema normativo não pode abrir permitir a fragilização de suas atribuições, consentindo com representações indevidas.

b. a previsão do art. 4º do PLS é completamente desnecessária, em conta de dispositivos equivalentes no Código Penal e Código de Processo Penal. Essa prática, de diplomas normativos meramente repetirem o que noutros já está configurado, contribui, apenas, para dúvidas interpretativas e dissídios na jurisprudência.

c. o art. 9º do PLS padece de incontornável inconstitucionalidade. Não apenas por mostrar-se com vagueza excessiva, mas, sobretudo, por não demarcar com exatidão a situação a que se direciona. Veja-se que, ao prever-se como crime o fato de “ordenar a prisão fora de suas hipóteses legais”, tanto se poderá pretender incriminar o magistrado, que, após a decretação de uma prisão preventiva, vê essa sua decisão alterada por algum Tribunal, como, também, o policial que realize uma prisão em flagrante, eventualmente não homologada pela autoridade judicial.

Num caso ou noutro, em completa violação ao princípio da ultima ratio, traz-se o Direito Penal como um mecanismo de constrangimento à atuação policial ou judicial, que, todos sabem, são mesmo praticadas às vezes em situações com divergências de interpretação jurídica, sem que haja má-fé de qualquer dos envolvidos.

d. dos mesmos vícios padece o inciso II do art. 9º, e alertamos que será certa a tentativa de responsabilização de juízes que, ao negarem pedidos de liberdade provisória, verem, estas, sendo concedidas pelos respectivos Tribunais. Trata-se, por isso, de dispositivo que confunde a autoridade judicial com o próprio sujeito criminoso, embaraçando a atividade interpretativa e constrangendo ou direcionando a reflexão que se deve pautar pelas balizas do caso concreto.

e. o art. 10, IV, do PLS não possui nenhum sentido normativo que lhe possa conferir idoneidade. Deixar de liberar o preso, no mesmo dia em que expedido o alvará de soltura, permite, de um lado, na hipótese em que o preso em favor do qual se expediu o alvará às 08 hs da manhã, acaso permaneça encarcerado indevidamente até as 23 hs, nada aconteça. Já no caso em que o alvará foi expedido às 23 hs, e o preso apenas é liberado três horas depois, falar-se-ia em crime.

f. o art. 12 do PLS não leva em consideração que os tipos penais, além de possuírem uma potencialidade de adequação imediata, também incidem mediatamente, ou seja, também comete o crime quem não realiza a figura típica, mas se afigura como partícipe. Ora, profissionais da imprensa, a depender do caso, ficam ameaçados de responderem por essa previsão legal, quando, no exercício de um trabalho que lhes é

próprio, obtiverem ou divulgarem imagens de um Júri popular ou de uma audiência, por exemplo. Quer dizer, por via indireta, a disposição normativa embaraça e interdita a liberdade de atuação profissional dos órgãos de comunicação social.

g. no tempo em que vivemos, e bastar-nos-ia a leitura de críticas cediças a algumas investigações em curso, quem seria capaz de afirmar que a previsão do art. 13 do PLS não seria usada para tentar incriminar os agentes que atuam na negociação de colaborações premiadas? Vejamos o risco: o indivíduo preso, e que se torna um colaborador, adiante propende a incriminar quem decretou a sua prisão aduzindo o art. 13 do PLS. Apenas essa hipótese já haveria de afastar qualquer tentativa de fazer valer um dispositivo como este.

h. o tipo penal do art. 14 é daqueles que cria a hipótese da chamada prova diabólica. Com efeito, de que maneira haverá a autoridade de demonstrar que se identificou ao preso? Passar-se-ia a exigir que todos os atos de prisão e de interrogatórios fossem filmados? Se esse é o intento do artigo, a carência de meios tornará inevitavelmente réus justamente aqueles que efetuam a prisão de quem comete delitos, dado que ficará muito difícil demonstrar, diante de uma leviana acusação, de que identificação não houve, que essa, deveras, realizou-se.

i. o mesmo vale para o art. 15, porquanto não se clarifica de que maneira a a resistência à prisão ou a ameaça de fuga deveriam ser documentadas. Ou seja, determinado indivíduo é preso, algemado, e posteriormente alega terem os policiais utilizado algemas desnecessariamente. O que seria necessário para afastar a afirmação? Se se disser que basta uma declaração a posteriori dos policiais o dispositivo simplesmente não teria razão de ser; se isto não for suficiente, à mingua de comprovação por imagens, sempre haverá o risco de os policiais tornarem-se réus. Justamente essa dificuldade semântica, máxime quando já há dispositivos do Código de Processo Penal e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, tratando do caso, que tornam o dispositivo arriscado e desnecessário.

j. o art. 28 enseja o risco de que certas comunicações estabelecidas no âmbito de uma interceptação telefônica, ao serem inseridas no bojo do processo criminal, configurem crime. É de se notar que a jurisprudência tem admitido que comunicações feitas com advogados, quando por si mesmas sejam alusivas a práticas criminosas, façam parte do processo, porque não situadas na órbita do sigilo. Ou seja, naqueles casos em que a atuação profissional tiver sido desvirtuada para um nível de participação ou coautoria delitiva, a juntada aos autos dos diálogos mostrar-se-ia admissível. O que se tem, porém, com a previsão normativa, é o risco de fazer ruir o entendimento

jurisprudencial, e criar uma imunidade total aos diálogos concernentes aos profissionais relacionados no dispositivo, ainda que estejam a tratar não de suas atuações, enquanto resguardados pelo sigilo, mas, sim, de condutas por si sós criminosas.

k. o art. 30 do PLS encerra um dos maiores equívocos do Projeto. Torna-se ameaça a toda e qualquer autoridade que meramente pretenda investigar fatos, quando, a rigor, ao início das investigações efetivamente, e por evidente, o que se tem é, ainda, alguma carência de elementos de provas. Afinal, é para obter provas que servem as investigações. Ocorre que eventualmente essas resultam na verificação de que não havia crime, ou que o investigado não era o seu autor. Nestes casos, excluída qualquer má-fé, o certo é que a previsão normativa permite cogitar-se da prática de crimes por quem somente almejava investigá-los.

l. o art. 31 do PLS avança na criação de crime quando meramente medidas administrativas poderiam dar conta de eventual excesso de prazo nas investigações. Aqui, aliás, é até mesmo difícil depreender-se qual o interesse tutelado, sendo certo que, nas hipóteses mais extremas, para o efeito de se as coibir, já há o crime de prevaricação.

Ao fim, vê-se que nosso encaminhamento é desfavorável à aprovação deste Projeto de Lei, porque nele se há de cogitar de inconstitucionalidades variadas, restando ausentes, ademais, as razões de interesse público consistentes em sua conveniência e oportunidade.

A AMB alerta para a necessidade de se aprofundarem as discussões, o que torna completamente destituída de razoabilidade qualquer tramitação em termos de urgência, pois tem-se que uma das virtudes da política, e dos políticos, é a compreensão do espírito do tempo (Zeitgeist), porquanto agem em representação aos interesses da população. Como poucas vezes, o PLS 280/16 desvirtua essa perspectiva, e vem na contramão do anseio dos brasileiros, que querem ver investigados e punidos os demandos e os atos de corrupção que inequivocamente causam prejuízos incontáveis ao país, e não aqueles que atuam em sua apuração.



João Ricardo dos Santos Costa
Presidente da AMB