

Paulo Calmon: jabuticabas verdes ou já podres na lei de abuso

05/09/2019

Aguarda a sanção ou o veto presidencial o PLS n. 7.596/17, que traz novas disposições sobre os crimes da abuso de autoridade.

Após um tramitar claudicante, ao sabor dos interesses políticos, das questões relacionadas a operações de repressão à corrupção (e de outros vetores de pressão menos nobres), o PL foi aprovado da noite para o dia (ou melhor, da noite para a madrugada), em votação simbólica na Câmara dos Deputados.

Traz algumas jabuticabas. Que parecem muito verdes ou já podres. E um enorme potencial de criminalizar (e inibir) a atividade rotineira das autoridades envolvidas com a persecução penal (policiais, promotores, juízes de todas as instâncias).

Esqueceu-se do básico: eventual impunidade em temas de abuso de autoridade decorre não da falta de lei, mas da falta de efetividade das inúmeras já existentes. O afã de produzir uma lei nova, gerou a pior possível, em que se optou por amputar a perna para cuidar de um calo no pé.

Querem ver uma jabuticaba podre?

Esse projeto diz que é crime, punido com 1 a 4 anos de prisão, por exemplo, “*deixar de deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível*”. Aos ouvidos do leigo, do homem de boa-fé, isso soa bem (afinal, não vamos manter na cadeia quem não deve ficar lá!), mas ao iniciado nos labirintos do Direito um pé vai logo para trás.

Direito não é matemática; afinal o que seria uma liminar (ou “habeas corpus”) “cabível”? É aquilo que um ministro do Supremo (STF) diz que é, depois das outras instâncias dizerem que não é? É o que um desembargador do Tribunal diz ao mandar soltar, por exemplo, um suspeito de ser um famigerado latrocida por achar que, no fato concreto, não estão presentes os requisitos da custódia preventiva (ao contrário do juiz que os entendeu presentes)?

Ahh... espera aí: a lei fala em “*manifestamente...*”. OK, mas, afinal, quem mede o que é ou não “manifestamente cabível”? Trata-se de uma expressão aberta, uma superlativação indeterminada, não é fórmula aritmética, depende de alguns “sensores”; bons para uns, nem tão bons para outros. Varia de intérprete para intérprete, aplicador para aplicador, enfim, de freguês para freguês.

Vou dar um exemplo que reflete casos parecidos que ocorrem aos borbotões. Determinado juiz (primeiro grau) condena um indivíduo por narcotráfico. Ao sopesar algumas causas e circunstâncias, aplica-lhe a pena de 4 anos de reclusão, em regime semiaberto. Uma turma de três desembargadores (segundo grau) confirma a sentença e manda expedir mandado de prisão para levar o condenado ao sistema semiaberto. Com base na posição prevalente nas cortes superiores, em casos como esse poderia ser cogitada a substituição da pena por outras que não

privativas de liberdade. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao conceder a liberdade em habeas corpus, não raro usa expressões análogas, quando não a própria: “a concessão da ordem libertária, aqui, é *manifestamente cabível*, à luz de nossa jurisprudência, etc”.

E o que isso quer dizer?

Significa que o STJ, nesse exemplo, já terá balizado a ocorrência de um tipo penal: os julgadores da base – e até eventualmente os demais que de algum modo concorreram conscientemente para o indivíduo ser preso (promotor, policiais, pessoal de apoio) – cometeram... um crime!

Opa! Alto lá: há um dispositivo da lei que sinaliza que a mera divergência hermenêutica, “por si só”, não configura o crime (§2º de seu art. 1º). Ou seja, existe uma causa excludente do crime; no caso, uma excludente da tipicidade, na esfera do elemento “de vontade” do agente.

O problema é que formalmente já se tem o crime tipificado: houve abuso de autoridade(s) porque impediu-se a liberdade de alguém quando ela era “manifestamente cabível” (segundo o entendimento de “alguém”, no caso, o STJ); a excludente, a seu turno, muitas vezes, tem que ser discutida, valorada; ainda mais sob os limites da expressão “por si só”, que lhe diminui a força e lhe retira a automaticidade. Havendo o “crime tipificado” já se tem base mínima para discutir, acionar ou representar contra os agentes públicos envolvidos. Uma vez que a autoridade passe ela mesma a ser processada (se transforme em Ré), já não poderá mais atuar no caso de origem: estará impedida, quando não, sob “suspeição jurídica”.

Na prática, o que se vislumbra é um golpe mortal na jurisdição criminal. Os profissionais que puderem escolher, mesmo os especialistas mais vocacionados, terão fortes motivos para mudar de área, se isso lhes for possível. Poucos suportarão ficar despendendo energia para se defender das aberrações que contra eles serão viabilizadas pela futura lei (e, sempre sob o risco de, ao final, se submeter a interpretações diferentes do topo da pirâmide judicante, do Ministro A, de linha mais garantista, ou do Ministro B, de linha mais punitivista). Os que ficarem, seres humanos que são, no caso de dúvida de como se posicionarão as instâncias superiores, tenderão a posturas liberalizantes, ainda que contrariando sua consciência jurídica.

O risco de se praticar uma conduta ilícita, quando se trata do titular do ofício em si, como um juiz criminal que cuida de dezenas de prisões diárias, passa a ser brutal, daí porque não se pode simplesmente “criminalizar a jurisdição” – assim como não se pode criminalizar a política, pelo só exercício ordinário das atividades respectivas.

É razoável exigir do juiz, tendo alguma dúvida de qual seria o entendimento dos órgãos superiores (mesmo sem ter dúvida alguma quanto ao seu próprio entendimento!), mantenha alguém custodiado, na medida em que um posicionamento diverso do dele poderia significar que ele próprio praticou um crime? É certo pedir que no lugar do ofício isento e independente de “dizer o direito” (ou de “promover a Justiça”), o agente público tenha que abandonar seu convencimento jurídico para adivinhar se isso pode ser ou não considerado crime por outros órgãos superiores?



Em suma: mantendo-se o acusado preso poderá sempre haver quem entenda que a autoridade responsável cometeu um crime por abuso. Soltando-o, esse risco não há.

Qual o recado que a futura Lei estaria querendo passar aos responsáveis pela aplicação do Direito Penal?

É hora de soltar os presos?

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-set-05/paulo-calmon-jabuticabas-verdes-ou-podres-lei-abuso/>