



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

**NOTA TÉCNICA PRELIMINAR – CSP E CDHAJ DA OAB/RJ –
PROJETOS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL DO
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

– I –

A Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil realizou, através de suas Comissões de Segurança Pública (CSP), de Direitos Humanos e Assistência Judiciária (CDHAJ) e de Processo Penal (CPP), no último dia 16 de fevereiro, no plenário Evandro Lins e Silva, audiência pública para debater o conjunto de propostas de alteração da legislação criminal (direito, processo e a execução penal) recém-apresentadas pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional. Com ampla divulgação, principalmente através das redes sociais, o evento, que durou cerca de cinco horas, contou com a participação presencial de aproximadamente duzentas pessoas, tendo sido, ainda, transmitido e disponibilizado através do canal da entidade na internet.

Diversas instituições foram formalmente convidadas, dentre as quais o Ministério da Justiça, a Procuradoria Regional da República da 2ª Região, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública da União, as Secretarias Estaduais de Polícias Civil e Militar, o Instituto dos Advogados Brasileiros, o Conselho Penitenciário, a Anistia Internacional, a *Open Society Foundation*, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto Carioca de Criminologia, o Instituto Sou da Paz, o Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e mandatos parlamentares.

A metodologia dos trabalhos dividiu a audiência pública em duas partes, sendo a primeira dedicada à apresentação do tema por especialistas – ocasião em que se pronunciaram os Professores Doutores Davi Tangerino (Advogado criminalista e Professor da UERJ e da FGV), Patrícia Glioche (Procuradora de Justiça e Professora da UERJ) e Rodrigo Duque Estrada Roig (Defensor Público e Professor da UCAM) – e a segunda à manifestação dos representantes das entidades convidadas. Ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, presente nas pessoas das Promotoras de Justiça



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

Somaine Patricia Cerruti Lisboa e Roberta Maristela Rocha dos Anjos, foi franqueado tempo de exposição igual aos dos especialistas.

Os projetos de lei debatidos na audiência pública e mais adiante analisados não contêm nem exposição dos motivos e tampouco identificação de seu(s) autor(es), de modo que não é possível identificar com a certeza necessária os fundamentos dogmáticos, sociais, políticos e econômicos que os sustentam. De igual maneira, suas apresentações ao Congresso não foram precedidas de amplo debate com as agências do sistema de justiça ou de abertura de prazo para sugestões da sociedade civil, motivos que, sem pretensões de autopromoção, fazem da iniciativa desta Seccional um momento de rara oxigenação dos temas em análise.

Após cuidadosa reflexão sobre o conteúdo de todos os posicionamentos expostos na audiência pública em questão, as Comissões de Segurança Pública (CSP) e de Direitos Humanos e Assistência Judiciária (CDHAJ) desta Seccional, principais articuladoras da audiência pública, expõem ao Presidente desta Seccional, Doutor Luciano Bandeira, sinteticamente, as principais razões de sua preocupação com o conjunto de propostas legislativas de alteração da legislação criminal (direito, processo e a execução penal) recém-apresentadas pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional.

– II –

Os três projetos de lei recém-apresentados pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional estão sofrendo um crítico escrutínio da comunidade jurídica nacional, sobretudo em razão de suas imperfeições técnicas, assim como da sua dificuldade de adequação aos princípios constitucionais e de harmonização com as demais regras do ordenamento jurídico. No entanto, este primeiro tópico de nossa breve contribuição ao debate ficará restrito ao campo da política criminal. Afinal, experiências, tanto no âmbito nacional quanto internacional, têm sistematicamente recomendado o contrário do reivindicado nos projetos.

Inicialmente, destacamos que não é nenhuma surpresa o surgimento de propostas de recrudescimento da legislação criminal no exato momento em que políticas públicas voltadas para o



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

enfrentamento da questão social são desestruturadas, direitos sociais mitigados e novos e antigos direitos fundamentais estão sob toda sorte de ataques. Ao contrário, as experiências internacionais monitoradas pelas ciências sociais nas últimas quatro décadas registraram que o desmonte das políticas de promoção do bem-estar dos mais pobres é acompanhado sempre pela ascensão de respostas punitivas para os antigos problemas¹, de modo que, apesar das particularidades locais, nos parece que o Brasil está passando pelo mesmo processo.

Além disso, todos os projetos de lei debatidos são recheados por conceitos jurídicos indeterminados e normas legais de eficácia imprevisível, logo, as propostas de alteração legislativa em análise vão de encontro frontal aos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica, marcos centrais do direito penal ilustrado. Aliás, a utilização de dispositivos legais dessa natureza é típica de ordenamentos jurídicos que dão sustentação a regimes autoritários, onde o cidadão, por qualquer motivo que o governante de plantão entenda pertinente, ainda que não previsto na lei de forma restrita e objetiva, pode ser objeto de um processos/pena².

Apesar da assustadora intensidade do movimento atual, vivemos situações semelhantes nos últimos anos. Por exemplo, as sucessivas ampliações do rol de crimes hediondos, a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado de cumprimento de pena, o avanço do direito penal na regulação de condutas cujo tratamento dado pelos outros ramos do direito é notadamente mais eficaz, entre tantos outros. Insistimos em um remédio cuja eficácia é sabidamente reduzida, ou seja, apostamos na solução penal de um problema nos quais a origem, os efeitos e, sobretudo, os indicativos de superação ultrapassam os debates mezinhos do campo jurídico-penal. É possível que os projetos de lei em análise possam ter alguns aspectos positivos, mas, no geral, nos parece um museu de grandes novidades no qual não devemos depositar nossas esperanças.

¹ BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007; GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

² Segundo o professor Nilo Batista, “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘clausulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas a



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

Ainda no campo da política criminal e em tempos de máxima redução dos gastos públicos, convém destacar que, embora as alterações sugeridas detenham inegável potencial de ampliar a população carcerária brasileira, hoje a terceira maior do mundo, não se lê qualquer estimativa acerca do seu impacto orçamentário.

– III –

Superadas nossas breves anotações preliminares, nos deteremos sobre as questões dogmáticas que entendemos de maior relevância. Sem qualquer intenção de exaurir todas as alterações propostas pelo Ministério da Justiça na legislação criminal, trabalharemos nas próximas linhas com a temática da legítima defesa ampliada em favor de agentes de segurança, da execução provisória da pena privativa de liberdade, da discricionariedade judicial na temática recursal, da implementação indiscriminada da audiência por vídeo conferência, da importação acrítica de institutos jurídicos americanos e da gravação de entrevistas entre advogados e réus/apenados.

É inadmissível, na linha do que vem sistematicamente se manifestando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no âmbito de ações de controle de constitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que se pretenda legislar contra cláusula pétrea. A garantia da presunção de inocência possui assento constitucional indiscutível e dela emana a proibição de prisões em decorrência de sentenças condenatórias antes do trânsito em julgado.

Curiosamente, o projeto de lei pretende regular tema que está pautado para julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal no próximo mês (abril), de modo que é crível supor que ele atenta contra a autonomia de nossa corte constitucional, a quem realmente cabe, em última instância, a tarefa de interpretação do alcance das normas de nossa carta política. Essa intervenção indireta afeta de maneira contumaz a necessária independência e harmonia dos poderes da República.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH

No mesmo sentido, não se concebe, no direito penal brasileiro, a figura da legítima defesa presumida e muito menos legítima defesa presumida exclusivamente em favor de agentes de segurança pública, criada pelo projeto na evidente perspectiva de imunizar agentes de segurança pública de responsabilizações jurídico-penais. Trata-se de dispositivo que fere o racional de normas domésticas e internacionais orientadas por premissas exatamente opostas: agentes de segurança pública, porque mais preparados e treinados no uso e manuseio de armas de fogo e para ação racional em situações de altíssimo nível de tensão, se submetem a regras de legítima defesa mais restritivas.

O emprego de conceitos vagos e indeterminados na definição de regimes prisionais viola o princípio da legalidade e resgata, na prática, o conceito de “pena indeterminada”. Não se recomenda que o Poder Judiciário, ainda mais hipertrofiado, produza a morte civil de pessoas presas, depositando-as em cadeias cujo estado já fora declarado inconstitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal (MC-ADPF 347). Causa, em nosso entender, profunda insegurança jurídica o fato de que cidadãos em mesma situação fático-jurídica possam ter decisões distintas em relação ao efeito suspensivo de seus recursos. Esse alargamento desmedido da discricionariedade judicial em matéria de efeito suspensivo pode criar situações caóticas. Exemplificativamente, até mesmo o insuspeito Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, presente em nossa audiência pública, defende, na contramão dos projetos, que os recursos em sentido estrito manejados contra decisões de pronúncia devem suspender o julgamento pelo Tribunal do Júri.

As medidas importadas acriticamente do direito norte-americano, como o *plea bargain* e o acordo penal, dialogam pouco com a sistemática brasileira. São expedientes com aptidão de mitigar o contraditório e a ampla defesa, prejudicando enormemente réus em situação de fragilidade econômica e dificuldade de acesso à assistência advocatícia. Registrou-se em nossa audiência, inclusive, que esses institutos vêm sofrendo críticas severas em seu país de origem, onde já existe uma espécie de consenso relativamente à sua ineficácia e necessidade de revisão.

Muito embora reconheçamos que excepcionalmente a participação do réu em audiência criminal através de videoconferência seja o instrumento recomendado para preservação de interesses maiores, entendemos que a pretensão da banalização de tal expediente é um grave



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

atentado tanto ao devido processo legal quanto aos mecanismos de prevenção à tortura e maus tratos da população em situação de cárcere. Em relação ao primeiro aspecto, destacamos que o direito do réu ser julgado por um tribunal isento e independente e, assim, disposto a considerar seus argumentos técnicos e pessoais em seu julgamento é um marco da superação das práticas e procedimentos penais dos regimes monárquicos absolutos. Para que isso se torne realmente possível, o réu tem necessariamente de ter o direito de participar de todos os atos processuais e de se comunicar diretamente com seu juiz.

Para que a defesa pessoal possa ocorrer com efetividade, é preciso que o réu tenha o direito de estar em todos os atos processuais e de se comunicar diretamente com o juiz, ademais, a utilização de videoconferência para quase toda sorte de hipóteses de réus encarcerados, ao fim e ao cabo, criará dois tipos de réus: os em liberdade, que exercem seu direito de defesa nos marcos constitucionais, e os presos, cuja defesa é prejudicada pela utilização de videoconferência.

Como bem estabelecido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 (ADI 5240) e da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (MC ADPF 347), destacamos a constitucionalidade e a imperiosa necessidade de apresentação direta do preso em flagrante, no prazo máximo de 24 horas, a um juiz, seu defensor e o Ministério Público, isso como meio de verificação da legalidade da prisão e de prevenção à tortura e maus tratos da população em situação de cárcere. Como esse tipo de tratamento degradante não ocorre apenas no momento da prisão em flagrante, muito embora haja uma percepção leiga de que se realize mais intensamente nesse momento, a constante presença do réu na mesma sala que seu defensor, que o representante do *Parquet* e na presença do magistrado é mais um importante expediente para sua prevenção.

Em oração sugestiva de generosidade, compromisso público e certa dose de complacência, o anteprojeto, no que propõe para o artigo 3º, §5º da lei nº 11.671/08, preceitua que “as gravações de atendimentos de advogados (nos presídios federais) só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada”. O uso do advérbio “só” faz parecer ao leitor incauto que, previamente ao anteprojeto, o ordenamento tolerava gravações de atendimentos de advogados sem autorização judicial, o que não é verdade. Conversas havidas entre clientes e advogados são cobertas pelo manto



*Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Segurança Pública – CSP
Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária – CDH*

da confidencialidade (arts. 133 e 5º, inc. LV da CR/88 e art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.906/94), da mesma forma como se protegem as confissões em ambientes religiosos e as sessões de terapia psicológica ou psicanalítica. Está-se propondo a relativização de um sigilo essencial ao estado democrático de direito, sem o qual o processo penal se transforma em jogo de cartas marcadas, com desprezo absoluto pela defesa e o múnus advocatício.

– IV –

Pelos motivos expostos e a partir das manifestações recolhidas no curso de nossa audiência pública, as Comissões de Segurança Pública e Direitos Humanos e Assistência Judiciária desta Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, nos mesmos termos em que já se manifestaram dezenas de instituições especializadas, entende prematura a aprovação de projetos de lei desse alcance em matéria jurídico-penal. Os problemas de segurança que o país atravessa não são pretextos válidos para uma reforma que, além de não apresentar remédios eficazes, importa no rebaixamento de garantias constitucionais essenciais ao nosso processo civilizatório. Cumprindo suas missões institucionais, ambas manterão suas portas abertas, especialmente para o aprofundamento de um debate que seja capaz de enfrentar os problemas do povo brasileiro, sem violação de direitos e com olhar atento para a realidade.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2019.

RAFAEL BORGES

Pres. da CSP da OAB-RJ

141435 OAB-RJ

ÁLVARO QUINTÃO

Pres. CDHAJ da OAB-RJ

88058 OAB-RJ

NADINE BORGES

Vice Pres. da CDHAJ da OAB-RJ

182003 OAB-RJ

ÍTALO PIRES AGUIAR

Sec. Geral da CDHAJ da OAB-RJ

163402 OAB-RJ