

IGOR PEREIRA PINHEIRO

Promotor de Justiça do MPCE; Especialista, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela ULISBOA; Autor dos livros “Legislação Criminal Eleitoral Comentada” (ed. JusPodivm) e “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral” (ed. Fórum); Coordenador das Pós-Graduações em Compliance/Direito Anticorrupção e Direito Político/Eleitoral da Faculdade CERS; Foi Professor da Escola Superior do MPCE na área de combate à corrupção; Foi Membro do Grupo de Atuação Especial de Defesa ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Ceará (GEDPP); Foi Coordenador do Grupo Auxiliar da Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará.

ANDRÉ CLARK NUNES CAVALCANTE

*Promotor de Justiça do Estado do Ceará.
Coordenador criminal, controle externo da atividade policial e segurança pública do MPCE. Coautor dos comentários do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais aos projetos de lei anticrime.*

EMERSON CASTELO BRANCO

Defensor Público, Prof.º de Direito Penal e Processo Penal, Doutor em Direito Constitucional e palestrante.

NOVA LEI DO **ABUSO DE AUTORIDADE**



JHMIZUNO
EDITORA DISTRIBUIDORA

1 Breve introdução sobre a evolução e caracterização do abuso de poder/autoridade no Direito Brasileiro.

O exercício abusivo do poder conferido aos agentes públicos é uma realidade histórica universal¹ que deve ser punida de maneira exemplar, já que as prerrogativas conferidas a todos os que agem em nome do Estado possuem uma vinculação finalística predeterminada à satisfação do interesse público².

Por conta disso, tanto a lei³ como a doutrina exigem o atendimento do elemento finalidade pública como condição de validade intrínseca de todos os atos administrativos. Nesse tocante, cumpre destacar que, mesmo os chamados atos políticos, antes tidos como imunes a qualquer controle judicial, vêm sendo motivo de questionamentos pela doutrina (ainda minoritária)⁴ e jurisprudência, que defendem a possibilidade de

-
- 1 Para se ter uma ideia de como essa é uma tendência natural, traz-se à tona, dentre várias ilustrativas, a seguinte citação do livro “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, que defendeu, sem pudor e receio algum, a manutenção do poder como o objetivo primordial de um governante, um verdadeiro fim em si mesmo contrário à ideia de função pública condicionada à satisfação do interesse público, ainda que para isso tivesse que praticar atos imorais, desonestos e dissimuladores, *in verbis*: “A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observado sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto, que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos.” (NICOLAU MAQUIAVEL. *O Príncipe – Tradução e Notas Leda Beck*. São Paulo: Martin Claret Edit, 2012, p.133).
- 2 “Logicamente, o ordenamento jurídico há de conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares à sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas estas indispensáveis à consecução dos fins públicos. Constituem elas os poderes administrativos. Mas, ao mesmo tempo em que confere poderes, o ordenamento jurídico impõe, de outro lado, deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Poder Público, executam as atividades administrativas.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 32ª edição, 2018, p.47).
- 3 Vide artigo 2º, “e”, da Lei nº4.717/65 e artigo 2º, *caput*, da Lei nº9.784/99.
- 4 Sobre o tema, conferir: “Em linha de princípio, possível seria que a edição de norma dissonante da Constituição se apresentasse como indicio consubstanciador da improbidade dos agentes

anulação dos mesmos quando a sua prática ocorrer em contrariedade aos chamados mandados constitucionais anticorrupção, dentre os quais se destacam os princípios constitucionais⁵.

Além disso, também deve-se referir que já não se cogita mais de qualquer imunidade penal quanto aos abusos praticados por meio dos atos políticos⁶.

que concorreram para a sua edição. Afinal, agiram ao arpejo do alicerce fundamental de sua atividade. Identificada a inconstitucionalidade da norma, deveria ser perquirido, de acordo com o caso concreto, o elemento volitivo que deflagrou a ação do órgão legislativo e a finalidade almejada com a edição da norma. A partir desses elementos, seria estabelecido um critério de proporcionalidade na conduta do legislador, o que permitiria a identificação da improbidade sempre que a norma fosse absolutamente dispensável, dissociada do interesse público e a situação fática demonstrasse que o desiderato final do agente era obter benefício para si ou para outrem com a sua edição. O principal parâmetro de verificação da adequação da lei ao padrão de probidade que deve reger os atos dos legisladores consiste na observância do princípio da moralidade, o que permitirá a identificação dos vícios de uma norma aparentemente harmônica com o texto constitucional. Como já foi possível constatar, o princípio da moralidade é amplamente estudado sob a ótica dos atos administrativos, sendo torrencial a jurisprudência sobre a sua aplicação. Em que pese a aparente adstrição do princípio à referida seara, sua observância deve assumir uma amplitude compatível com a unidade do texto constitucional, regendo as demais atividades das demais funções do Estado de Direito, em especial a legislativa” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: 7ª edição, Saraiva, 2013, p. 445).

5. Veja-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal (STF): “3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio. 5. Com maior razão se mostrava indispensável um juízo sobre o elemento subjetivo da conduta, para fins de atribuir responsabilidade civil, relativamente aos demandados que exerciam o cargo de vereador, investidos, constitucionalmente, da proteção de imunidade material (=inviolabilidade) pelos votos proferidos no exercício do mandato (CF, art. 29, VIII). Se é certo que tal imunidade, inclusive para efeitos civis, é assegurada até mesmo em caso de cometimento de crime, não se há de afastá-la em casos como o da espécie, que de crime não se trata e em que sequer a intenção dolosa foi aventada. 6. Recursos extraordinários providos. (RE 405386, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26.02.2013).
6. Nesse tocante, destacamos recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou válida a tipificação criminosa (no caso, de corrupção) de atos estritamente políticos, *in verbis*:

Pois bem, feita essa introdução, deve-se entender como abuso de poder todo comportamento (positivo ou negativo) praticado por agente estatal que, de maneira deliberada, desvie do seu dever de cumprimento do interesse público.⁷

Ora bem, sabe-se que em qualquer Estado de Direito, autoridades, eleitas ou não, estão sujeitas ao ordenamento jurídico como um todo – e não só a lei em sentido estrito (o que se chama de princípio da juridicidade) –, motivo pelo qual devem ser punidas quando desbordem de suas prerrogativas para a satisfação de objetivos ilícitos ou de mero capricho pessoal. Trata-se do conhecido princípio da responsabilidade⁸.

“A configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do referido regime, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. Tal dinâmica não é, em si, espúria, e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, uma participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. Todavia, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função pública. Na espécie, o conjunto probatório é sólido e demonstra o nexo causal entre o apoio político envidado por Nelson Meurer, na qualidade de integrante da cúpula do Partido Progressista (PP), para a indicação e manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, e o recebimento, de forma ordinária, de vantagens pecuniárias indevidas, configurando, nas oportunidades especificadas, de forma isolada ou com o auxílio de Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer, o crime de corrupção passiva.” (AP 996, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019).

- 7 “O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência. Constitui, juntamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 31ª edição, 2018, p.272).
- 8 “O princípio da responsabilidade é, deste modo, um efeito do princípio democrático, traduzindo a ideia de que o exercício do Poder é sempre um serviço, um mandato, sujeito a prestação de contas, e não um privilégio outorgado em benefício do seu titular: responsabilizar quem exerce o Poder pelo modo como esse mesmo Poder é exercido revela também uma forma de interdependência limitativa do Poder. Não há Poder limitado sem mecanismos de responsabilização do Poder: no princípio da responsabilidade reside a primeira e, simultaneamente, a última garantia do Estado de Direito Democrático.(...)”

O Brasil, mesmo em períodos nada democráticos ou republicanos, sempre seguiu essa linha (pelo menos na teoria). Apenas a título de ilustração, citamos que, já na Constituição Imperial de 1824, havia previsões expressas⁹ voltadas a punir os abusos praticados por alguns agentes estatais, muito embora naquela época ainda vigesse o dogma da irresponsabilidade do Imperador¹⁰. Naquele mesmo período, porém, aprovou-se lei específica sobre o assunto¹¹, o que virou uma tradição

Porém, uma vez que o exercício do Poder não se esgota na atividade desenvolvida pelos titulares de cargos políticos, o princípio da responsabilidade tem um âmbito subjetivo de operatividade muito mais amplo: todos os intervenientes no exercício do Poder exerçam ou não cargos políticos, são responsáveis pelas respectivas condutas.” (OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português. Coimbra: Almedina, 1ª edição, 2010, p.33).

- 9 Dizia o artigo 179, XXIX, da Constituição outorgada, que “os empregados publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.” No mesmo sentido, referenciamos a previsão de responsabilidade dos Ministros de Estado (artigo 133) por “peita, suborno ou concussão” (inciso II); “por abuso do poder” (inciso III); “pela falta de observancia da lei” (inciso IV), cuja regulamentação ficou a cargo de uma lei específica, aprovada em 15 de outubro de 1827.
- 10 Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle **não está sujeito a responsabilidade alguma**. Art. 129. Nem a Regencia, nem o Regente será responsavel.
- 11 Art 1º Os Ministros e Secretarios de Estado são responsaveis por traição: §1º Attentando por tratados, convenções, e ajustes, dentro ou fóra do Imperio, ou por outros quaesquer actos do seu officio, ou prevalecendo-se delle com dolo manifesto: 1º Contra a fórmula estabelecida do Governo. 2º Contra o livre exercicio dos poderes politicos reconhecidos pela Cosntituição do Imperio. 3º Contra a independencia, integridade, e defesa da nação. 4º Contra a pessoa ou vida do Imperador, da Imperatriz, ou de algum dos Principes, ou Princezas da imperial familia. § 2º Machinando a destuição da religião catholica apostolica romana. § 3º São applicaveis aos delictos especificados neste artigo as penas seguintes. Maxima: morte natural. Média: perda da confiança da nação, e de todas as honras; inhabilidade perpetua para ocupar empregos de confiança, e cinco annos de prisão. Minina: perda da confiança na nação, inhabilidade perpetua, restricta ao emprego, em que é julgado, e cinco annos de suspensão do exercicios dos direitos politicos. Art 2º São responsaveis por peita, suborno, ou concussão: § 1º Por peita, aceitando dadia ou promessa, directa ou indirectamente, para se decidirem em qualquer acto do seu ministerio. As penas para os delictos desgnados neste paragraho são: Maxima: inhabilidade perpetua para todos os empregos, e a multa do triplo do valor da peita. Média: inhabilidade perpetua para emprego de Ministro e Secretario de Estado, inhabilidade por 10 annos para os outros empregos, e a multa do duplo do valor da peita. Minima: perda do emprego, e multa do valor da peita. § 2º Por suborno, corrompendo por sua influencia, ou peditorio a alguem para obrar contra o que deve, no desempenho de suas funções publicas; ou deixando-se corromper o que não devem, ou deixarem de obrar o que devem. As penas para os delictos designados neste paragraho são: Maxima: suspensão do emprego por tres annos. Média: por dous. Minima: por um. O réo incorre nesta penas, ainda quando se não verifique o effeito do suborno, assim como acontece na peita. § 3º Por concussão, extroquindo, ou

nacional que subsiste até a presente data, sendo a Lei nº 13.869/2019 o último ato desse movimento secular, mesmo com o vício de finalidade publicamente declarado na sua aprovação de última hora¹².

exigindo o que não for devido, ainda que seja para a Fazenda Publica, ainda quando se não siga o efeito do recebimento. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: suspensão do emprego por seis annos. Média: por quatro. Minima: por dous. § 4º O réo, que, tendo commetido algum dos delictos especificados nos paragraphos antecedentes, os tiver levado a pleno effeito, e por meio delles abusado do poder, ou faltado á observancia da lei, soffrerá, além das penas declaradas nos ditos paragraphos, as que ao diante se declaram nos art. 3º e 4º. Art 3º São responsaveis por abuso de poder: § 1º Usando mal da sua autoridade nos actos não especificados na lei, que tenham prduzidos prejuizo, ou damno provado ao Estado, ou a qualquer particular. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: tres annos de remoção para fóra da Côrte e seu termo. Média: dous annos. Minimo: um anno. Além disso a reparação do damno á parte, havendo-a ou á Fazenda Publica, quando esta seja interessada, sem o que não voltará á Côrte. § 2º Usurpando qualquer das attribuiç~eos do poder legislativo, ou judiciario. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: inhabilidade perpetua para todos os empregos, e dous annos de prisão. Média: inhabilidade por dez annos para todos os empregos. Minima: perda do emprego. Art 4º São responsaveis por falta de observancia da lei: § 1º Não cumprindo a lei, ou fazendo o contrario do que ella ordena. § 2º Não fazendo effectiva a responsabilidade dous seus subalternos. As penas para os delictos designados neste artigo são as do art 3º § 1º, inclusive a reparação do damno. Art 5º são responsaveis pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos: § 1º Obrando contra os direitos individuaes dos cidadãos, que tem por base a liberdade, segurança, ou propriedade, marcados na Constituição, art. 179. Art 6º São responsaveis por dissipação dos bens publicos: § 1º Ordenando, ou concorrendo de qualquer modo para as despesas não autorizadas por lei, ou para se fazerem contra a fórma nella estabelecida, ou para se celebrarem contractos manifestamente lesivos. § 2º Não praticando todos os meios ao seu alcance para a arrecadação ou conservação dos bens moveis, ou immoveis, ou rendas da nação. § 3º Não pondo, ou não conservando em bom estado a contabilidade da sua repartição. As penas para os delictos designados nos arts. 5º e 6º são as mesmas applicadas aos que estão comprehendidos no § 1º do art. 3º, inclusive a reparação do damno. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm e acessado em 23/04/2019, às 15:46 horas.

- 12 Aqui, porém, uma ressalva precisa ser feita: o contexto que circundou a aprovação relâmpago da chamada “Lei do Abuso de Autoridade”, sancionada com dezenas de vetos à redação oriunda do Poder Legislativo, que foram objeto de reversão posterior, deixa muito claro que esse diploma legal não foi fruto de uma preocupação real do Parlamento em punir abusos de autoridades no contexto acima referido. Longe disso, diga-se de passagem. A bem da verdade, trata-se de uma legislação concebida originalmente na Câmara dos Deputados sob o espúrio fim de autopreservação de muitos parlamentares investigados, acusados e até mesmo condenados pela prática de diversos crimes, em especial de corrupção (basta ver quem são os seus árdus defensores), numa espécie de retaliação geral. Ocorre que, após uma grande repercussão negativa nas redes sociais e na imprensa em geral, o texto inicial foi “readequado” pelo Senado Federal, que fez incluir, diríamos nós, a grande válvula de escape contra aquela finalidade pretendida pelos parlamentares: trata-se do disposto no artigo 1º, que exige dolo específico para a consumação de todos os crimes.

Nesse tocante, cumpre destacar que **o abuso de poder/autoridade possui**, à luz da atual ordem jurídica brasileira, **diversos enquadramentos legais**, que podem, a depender de quem seja o autor do fato e/ou da finalidade desejada no caso concreto, **configurar um ou mais dos seguintes ilícitos de diversos matizes, a saber:**

- a) **“crime de responsabilidade”** (na verdade infração político-administrativa) do Presidente da República¹³, dos Ministros de Estado, Governadores e Secretários Estaduais, cujas modalidades estão tipificadas na Lei Federal nº 1.079/1950¹⁴;
- b) **“crime de responsabilidade”** (na verdade infração político-administrativa) de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Procurador-Geral da República, cuja descrição também está contemplada pela Lei Federal nº 1.079/1950¹⁵;
- c) **“crime de responsabilidade”** (na verdade, infração político-administrativa) do Governador do Distrito Federal e de seus Secretários, à luz do que dispõe a Lei Federal nº 7.106/1983¹⁶;
- d) **“crime de responsabilidade”** (na verdade, infração político-administrativa) dos Prefeitos Municipais, tal como estabelecido pelo Decreto-Lei nº 201/1967¹⁷;
- e) **“crime de responsabilidade”** (na verdade, infração penal comum) dos Prefeitos Municipais, à luz do disposto no Decreto-Lei nº 201/1967¹⁸;
- f) **“crime de responsabilidade”** (na verdade, infração político-administrativa) dos Vereadores, tipificado pelo Decreto-Lei nº 201/1967¹⁹;

13 “A jurisprudência assentada no STJ, inclusive por sua Corte Especial, é no sentido de que, ‘excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º.’” (REsp 1108490/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016).

14 Vide, por exemplo, o artigo 6º, nº2; o artigo 7º, nº4 e 5; o artigo 8º, nº5; o artigo 9º, nº3 a 7; o artigo 12, nº2 e o artigo 74.

15 Vide artigo 39, nº2 e 5 e artigo 40, nº1, 2 e 4.

16 Vide o artigo 1º.

17 Vide artigo 4º, VII e X.

18 Vide artigo 1º, I, II e III.

19 Vide artigo 7º, I e III.

- g) **“crime contra a Administração Pública”**, como estabelecido pelo Código Penal²⁰;
- h) **“crime eleitoral”**, tipificado pela Lei Federal nº4.737/1965 (Código Eleitoral)²¹ ou pela Lei Federal nº6.091/1974 (Lei de Transporte dos Eleitores)²²;
- i) **“crime de abuso de autoridade”**, outrora tipificado pela Lei Federal nº4.898/1965 e, agora, pela Lei Federal nº13.869/2019;
- j) **“ato de improbidade administrativa”**, ilícito cível regido pela Lei Federal nº8.429/1992²³;
- j) **“conduta vedada aos agentes públicos em ano eleitoral”**, tal como estabelecido pela Lei nº9.504/1997²⁴;
- k) **abuso de poder político**, previsto pelo artigo 22, da Lei Complementar nº64/1990 e que, de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), “configura-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros.”²⁵

Como o título da presente obra já indica, limitar-nos-emos a analisar os crimes de abuso de autoridade instituídos pela Lei nº13.869/2019, não sem antes tecer alguns comentários sobre os juízos de inconstitucionalidade (alguns já em trâmite no Supremo Tribunal Federal - STF²⁶) e de inconveniência que começam a se formar sobre o texto da lei.

20 Vide, por exemplo, os artigos 312, 315, 316, 317, 319, 319-A, 320 e 325.

21 Vide os artigos 300, 346 e 377.

22 Vide o artigo 11, V, da Lei nº6.091/1974.

23 Vide, em especial, os artigos 9º, 10-A e 11, I, II e III.

24 Vide artigos 73 e 74.

25 Recurso Ordinário nº 172365, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE, Tomo 40, Data 27.02.2018.

26 Até o fechamento do livro, havia duas ADIs no STF sobre o assunto, sendo uma (6234) da Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco) e outra (6236) da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), ambas em anexo ao livro.

2 Premissas constitucionais e convencionais necessárias para uma correta interpretação e aplicação da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Não há dúvidas quanto à ineficiência da antiga lei de abuso de autoridade (Lei Federal nº 4.898/1965) pelas penas, em sua maioria, baixas e sem real poder dissuasório.

Fazia-se, de fato, imperativa a aprovação de nova regulamentação sobre o assunto. Já dissemos e repetimos aqui: quem abusa dos poderes delegados pelo Estado, seja em qual função for, deve ser punido.

Não obstante isso, o texto aprovado, é forçoso reconhecer, padece de algumas inconstitucionalidades e inconveniências que merecem reflexões preliminares.

Disso trataremos a seguir.

2.1 A violação ao princípio da taxatividade em alguns crimes de abuso de autoridade.

Existem dispositivos que, a rigor, não obedecem ao postulado da taxatividade penal (decorrência do princípio da legalidade penal), que exige uma descrição pormenorizada da conduta proibida, de modo que a criminalização de condutas genéricas não pode prevalecer.

Assim sendo, chamamos atenção para **os seguintes tipos penais que incidem nesse grave vício de inconstitucionalidade:**

» **Artigo 9º**, que diz ser crime “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”.

Ora, qual o parâmetro objetivo para se chegar a uma conclusão segura e predeterminada do que seja “manifesta desconformidade” se o próprio artigo 1º, §2º, da lei, diz que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”?

Nesse caso, a única hipótese segura que vislumbramos para uma tipificação possível diz respeito aos casos em que o magistrado determine a prisão de alguém contra enunciado expresso de uma súmula

vinculante (como no caso das de número 24²⁷ e 25²⁸) ou contra tese fixada em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo, uma vez que tais institutos visam a exatamente manter a uniformidade da jurisprudência.

Observe-se, porém, que se o magistrado descumprir tais precedentes não terá o mesmo incorrido, *ipso facto*, no delito acima citado, pois ainda será preciso que se demonstre cabalmente que o mesmo agiu com o dolo específico de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou que agiu por mero capricho pessoal.

Do contrário, será um *error in iudicando*, passível de ser sanado via reclamação, *habeas corpus* ou o recurso cabível, sem que se possa cogitar de qualquer responsabilidade do julgador.

Trata-se de premissa básica para assegurar também a independência funcional da magistratura, que poderá ficar refém dos criminosos.

- » **Artigo 20**, cuja redação criminaliza “impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado.”

O que é a tal “justa causa” exigida pelo tipo? Como estamos diante de norma penal, a subsunção da norma a uma conduta não pode ficar sujeita aos subjetivismos inerentes a cada caso concreto ou a interpretação do julgador de plantão. Assim, deveria a lei ter traçado um rol do que se entende por justa causa, ou o que não a caracteriza. É o mínimo de segurança que se pode exigir em um Estado Democrático de Direito.

- » **Artigo 25**, segundo o qual é crime “proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito.”

Tal como ocorre no artigo 9º, a expressão “meio manifestamente ilícito”, por ser extremamente genérica, não permite que se conheça *a priori* quais condutas exatamente quer proibir. Então, mais uma vez, temos que apontar o descumprimento literal de disposição legal, de súmula vinculante ou de teses fixadas em repercussão geral ou em recursos repetitivos como as únicas situações que permitem o correto enquadramento legal desse crime de abuso de autoridade.

27 Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

28 É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

- » **Artigo 27**, segundo o qual é crime “requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.”

Mais uma vez, estamos diante de tipo que possui elementar extremamente vaga, indeterminada e que trará carga de subjetivismo incompatível com o Direito Penal: a tal “falta de qualquer indício”.

A denúncia anônima, nesse contexto, não poderá mais ser utilizada como causa de instauração dos procedimentos investigatórios administrativo-disciplinares, como já vinha consagrando o recente verbete 611 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que diz: “Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposta à Administração.”

No que diz respeito às investigações de infrações penais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores já exige, há um bom tempo, a realização prévia de diligência complementar à denúncia anônima para que se instaure o procedimento investigatório²⁹, ou seja, determinada qualquer diligência probatória³⁰.

29 Nesse sentido, conferir o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal (STF): “Nos termos de orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal, a partir da verificação da sua credibilidade em apurações preliminares, a notícia anônima de crime pode servir de base válida à investigação e persecução criminal. Precedentes. Havendo descrição das diligências prévias em relatório subscrito pela autoridade policial, não fere a garantia estabelecida no art. 5º, IV, da Constituição Federal a ausência de identificação dos agentes responsáveis. Preliminar rejeitada.” (STF, Inq 4633, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018). E: “Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. 3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar.” (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016).

30 “Conforme consolidado entendimento firmado pelas Cortes Superiores, é cediço que, conquanto não se preste como fundamento exclusivo à instauração do inquérito policial, como início de persecução criminal, a denúncia anônima – notitia criminis inqualificada –, nos crimes de ação penal pública incondicionada, afigura-se como elemento hábil à apuração preliminar de fatos apontados como criminosos, a serem, após percuciente atividade investigativa, confirmados ulteriormente mediante produção de outros elementos informativos coletados pela autoridade policial, o que afasta a ilicitude do ato

Observe-se, porém, que a denúncia anônima poderá subsidiar investigações (procedimento preparatórios, inquérito civil público etc) referentes a ilícitos cíveis em geral (improbidade administrativa, condutas vedadas em ano eleitoral, abuso de poder, propaganda irregular etc) sem que isso configure crime.

Essa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³¹, segundo a qual “a denúncia anônima não é óbice à instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público, a quem compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Com efeito, a existência de documento apócrifo não impede a respectiva investigação acerca de sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas.”

- » **Artigo 31, caput**, que penaliza a conduta de “estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado”.

Mais uma vez, a ausência de definição pela lei do que seja justa causa ou não para a extensão de uma investigação torna o tipo vago e inconstitucional. Talvez, fosse o caso do legislador ter usado a expressão “imotivadamente”, constante do parágrafo único do mesmo artigo 31, pois aí ter-se-ia um porto seguro, que seria a ausência de ato formal de prorrogação da persecução.

prisional e, por conseguinte, de todo acervo procedimental e probatório dela decorrente, conforme interpretação filológica e sistemática dos arts. 6.º, inciso III, e 27, ambos do CPP. 3. Na espécie, a teor do quanto sublinhado no acórdão hostilizado, a expedição do mandado de busca e apreensão em domicílio foi precedida de diligências outras em que a Polícia Civil local, deslocando-se ao endereço informado, passou a monitorar o ponto delatado, onde constatou que a residência, guarnecida por cerca alta e sistema de monitoramento com câmeras de segurança, em diversos pontos do recinto, era utilizada para armazenamento de drogas, que abasteciam outros traficantes da região, sendo que os entorpecentes tinham como destino as cidades de Encantado, Muçum e Roca Sales/RS, o que determinou sua expedição, cerca de dois meses depois de iniciada a investigação, delineamento apto a afastar, pelos contornos da teoria dos frutos da árvore envenenada – fruits of the poisonous tree ou taint doctrine –, positivada no § 1.º do art. 157 do CPP, a invocada nulidade da persecução criminal.” (STJ, AgRg no AREsp 1419478/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019).

- 31 No mesmo sentido, conferir: AgInt no AREsp 1007010/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 17/09/2018. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.281.019/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/05/2017; REsp 1.447.157/SE. Rcl. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJc 20/11/2015.