
ESTUDOS CRIMINAIS
SOBRE O

ABUSO
DE
PODER



TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES

São Paulo, 2018

Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2017-2018

Presidente

José Oswaldo Molinero

1º Vice-Presidente

Francisco Antônio Gnipper Cirillo

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Júnior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antônio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Suplentes

Daniel Leme de Arruda

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Paulo Juricic

DEPARTAMENTOS

Assessoria de Assuntos Institucionais e Parlamentares

Felipe Locke Cavalcanti - Coordenador

Cyrdemia da Gama Botto - Assessora

Marcelo Rovere - Assessor

Roberto Livianu - Assessor

Ouvidor

Paulo Juricic

Apoio à 2ª Instância

Renato Eugênio de Freitas Peres

Assessoria Especial da Presidência

Pedro de Jesus Julioti - Coordenador

Antônio Luiz Benedan

Antônio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Hermano Roberto Santamaria

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedicto de Azevedo Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzagliani Filho

Munir Cury

Nair Ciochetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Ricardo Prado Pires de Campos

Ruymar de Lima Nucci

Convênios e Eventos

Celeste Leite dos Santos

Célio Silva Castro Sobrinho

Cristiane Melillo Dilascio M. dos Santos

Daniela Domingues Hristov

Fernando Pascoal Lupo

Paula Castanheira Lamenza

Compliance

Marco Antônio Ferreira Lima

Gestão Ambiental

Bárbara Valeria Cury e Cury

Luis Paulo Sirvinskias

Fundo de Emergência

Gilberto Nonaka

Roberto Elias Costa

Ceal

João Claudio Couceiro - Coordenador

Arthur Migliari Júnior - Secretário

Apoio aos Substitutos

Eduardo Luiz Michelin Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóa

Aposentados

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antônio de Oliveira Fernandes

Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Roderio

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

João Sanches Fernandes

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Orestes Blasi Júnior

Oswaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Silvia Regina Brandi Máximo Ribeiro

Ulisses Butura Simões

Acadêmico

Rafael de Oliveira Costa

Cultural

André Pascoal da Silva

Beatriz Helena Ramos Amaral

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

Previdência

Deborah Pierri

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

Maria da Glória Villaça B. G. de Almeida

Cerimonial

Paula Castanheira Lamenza

Patrimônio

João Carlos Calsavara

Paulo Antônio Ludke de Oliveira

Wania Roberta Gnipper Cirillo Reis

Esportes

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

Luiz Carlos Gonçalves Filho

Rafael Abujamra

Turismo

Mariani Atchabahian

Romeu Galiano Zanelli Júnior

APMP Mulher

Daniela Hashimoto

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi

Informática

João Eduardo Gesualdi Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

Prerrogativas Financeiras

Daniel Leme de Arruda

João Valente Filho

Segurança

Gabriel César Zaccaria de Inellas

Walter Rangel de Franca Filho

Estudos Institucionais

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum

Nathan Gilna

Pérsio Ricardo Perrella Scarabel

Rafael Corrêa de Moraes Aguiar

Jurisprudência Cível

Alberto Camina Moreira
José Bazilio Marçal Neto
Luiz Henrique Brandão Ferreira
Otávio Joaquim Rodrigues Filho
Renata Helena Petri Gobbet
Vanessa Therezinha Sousa de Almeida

Jurisprudência Criminal

Antônio Nobre Folgado
Fábio Rodrigues Goulart
Fernando Augusto de Mello
Gabriel Marson Junqueira
João Eduardo Soave
Luiz Claudio Pastina
Ricardo Brites de Figueiredo

Legislação

Leonardo D'angelo Vargas Pereira
Luiz Fernando Garcia
Rogério José Filocomo Júnior

Publicações

Aluisio Antônio Maciel Neto
José Carlos de Oliveira Sampaio
José Fernando Cecchi Júnior
Rafael de Oliveira Costa
Rolando Maria da Luz

Relações Públicas

José Carlos Guillem Blat
Rodrigo Canellas Dias

Médico

Luiz Roberto Cicogna Faggioni
Prerrogativas Funcionais
Cassio Roberto Conserino
Geraldo Rangel de França Neto
Helena Cecília Diniz Teixeira C. Tonelli
Sílvia Reiko Kawamoto

Condições de Trabalho

Alexandre Nunes de Vincenti
Cristina Helena Oliveira Figueiredo
Tatiana Viggiani Bicudo
Vinicius Rodrigues França

Relações Interinstitucionais

Francisco Antônio Gnipper Cirillo
Soraila Bicudo Simões Munhoz

**DIRETORES REGIONAIS
(TITULARES E ADJUNTOS)****Araçatuba**

José Fernando da Cunha Pinheiro
Adelmo Pinho

Bauru

Júlio Cesar Rocha Palhares
Vanderley Peres Moreira

Campinas

Leonardo Liberatti
Ricardo José Gasques de Almeida Silveira

Franca

Carlos Henrique Gasparoto
Joaquim Rodrigues de Rezende Neto

Guarulhos

Omar Mazloum
Rodrigo Merli Antunes

Marília

Gilson César Augusto da Silva
Isauro Pigozzi Filho

Piracicaba

Fábio Salem Carvalho
João Francisco de Sampaio Moreira

Presidente Prudente

Gilson Sidney Amâncio de Souza
Marcos Akira Mizusaki

Ribeirão Preto

Maria Julia Câmara Facchin Galati
Sebastião Donizete Lopes dos Santos

Santos

Carlos Alberto Carmello Júnior
Roberto Mendes de Freitas Júnior

São José do Rio Preto

André Luis de Souza
José Marcio Rossetto Leite

Sorocaba

José Júlio Lozano Júnior
Alice Satiko Kubo Araújo

Taubaté

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro
Eduardo Dias Brandão

**CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
(TITULARES E ADJUNTOS)****ABC**

Fernanda Martins Fontes Rossi
Adolfo César de Castro e Assis

Araçatuba

Sérgio Ricardo Martos Evangelista
Nelson Lapa

Araraquara

José Carlos Monteiro
Sérgio de Oliveira Medici

Baixada Santista

Maria Pia Woelz Prandini
Alessandro Bruscki

Bauru

João Henrique Ferreira
Hércules Sormani Neto

Bragança Paulista

Bruno Marcio de Azevedo
Carmen Natalia Alves Tanikawa

Campinas

Carlos Eduardo Ayres de Farias
Fernanda Elias de Carvalho

Franca

Christiano Augusto Corrales de Andrade
Alex Facciolo Pires

Mogi das Cruzes

Carlos Eduardo da Silva Anapurus
Renato Moreira Guedes

Itapetininga

José Roberto de Paula Barreira
Célio Silva Castro Sobrinho

Jundiaí

Mauro Vaz de Lima
Fernando Vernice dos Anjos

Litoral Norte

Alexandre Petry Helena
Constance Caroline A. Alves Toselli

Marília

Jess Paul Taves Pires
Oriel da Rocha Queiroz

Osasco

Fábio Luis Machado Garcez
Wellington Luiz Daher

Botucatu

Renata Gonçalves Catalano
Luiz Paulo Santos Aoki

Piracicaba

Sandra Regina Ferreira da Costa
José Antônio Remédio

Presidente Prudente

Fernando Galindo Ortega
Daniel Magalhães Albuquerque Silva

Ribeirão Preto

José Ademir Campos Borges
Frederico Francis Mellone de Camargo

Santos

Daury de Paula Júnior
Daniel Isaac Friedmann

São Carlos

Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira
Denilson de Souza Freitas

São José do Rio Preto

Wellington Luiz Villar
Júlio Antônio Sobottka Fernandes

Sorocaba

Rita de Cássia Moraes Scaranci Fernandes
Luciana Amorim de Camargo

Taubaté

José Benedito Moreira
Daniela Rangel Cunha Amadei

Vale do Ribeira e Litoral Sul

Guilherme Silveira de Portella Fernandes
Luciana Marques Figueira Portella

São João da Boa Vista

Donisete Tavares Moraes Oliveira
Sérgio Carlos Garutti

Tribunal de Contas

Celso Augusto Matuck Feres Júnior
Rafael Neubern Demarchi Costa

ESTUDOS CRIMINAIS SOBRE O ABUSO DE PODER

Tiago de Toledo Rodrigues



Associação Paulista do Ministério Público

São Paulo

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rodrigues, Tiago de Toledo

Estudos criminais sobre o abuso de poder / Tiago de Toledo Rodrigues. -- São Paulo : APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2018.

Bibliografia.

ISBN 978-85-86013-73-7

1. Abuso de autoridade 2. Abuso de poder
3. Criminologia 4. O Estado 5. Poder (Ciências sociais) I. Título.

18-20331

CDU-343.353

Índices para catálogo sistemático:

1. Abuso de poder : Estudos criminais : Direito penal 343.353

Maria Paula C. Riyuzo - Bibliotecária - CRB-8/7639

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente: José Oswaldo Molineiro

Rua Riachuelo, 115 – 11º andar – 01007-000 – São Paulo – SP

Telefone: (11) 3188-6464

E-mail: apmp@apmp.com.br

Site: <http://www.apmp.com.br>

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
NOTA INTRODUTÓRIA	9

PARTE 1

FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS	11
O PODER GERAL DO ESTADO: CONCEITO, ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
DA GENEALOGIA JURÍDICO-PENAL DO ABUSO DE PODER	23
DO CONCEITO DE ABUSO DE AUTORIDADE	39
DO ABUSO NA COMPETÊNCIA – PODER OU AUTORIDADE – DE LEGISLAR	55
O ABUSO DO PODER DE LEGISLAR E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	67
PRECEDENTES HISTÓRICOS	73
DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	91
DA OBJETIVIDADE JURÍDICA	97
DA NECESSÁRIA PROPORCIONALIDADE E CONSEQUENTE PROIBIÇÃO	
DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	101
DA IMPRECIÇÃO NA INDICAÇÃO DO SUJEITO ATIVO	105
EXAME DA MATÉRIA DO PONTO DE VISTA DO DIREITO ESTRANGEIRO ..	111
• ARGENTINA	112
• CHILE	113
• PORTUGAL	115
• ESPANHA	117
• ITÁLIA	119
• ALEMANHA	120
• FRANÇA	121
• ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	123

• INGLATERRA	128
DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEI N. 4.898/1965	133
DOS CRIMES VAGOS	135

PARTE 2

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL N. 280/2016	139
O ATUAL CONTEXTO LEGISLATIVO – PLS N. 280/2016	141
ANÁLISE JURÍDICA DO SUBSTITUTIVO APRESENTADO PELO SENADOR ROBERTO REQUIÃO AO PLS Nº 280/2016 OU PLS N. 85/2017 (SENADO) – ATUAL PL N. 7.596/2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS)	161
REFERÊNCIAS	393

PREFÁCIO

Tiago de Toledo Rodrigues ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo no ano de 2007, classificado nas primeiras colocações, ocasião em que tive o privilégio de conhecê-lo. Demonstrando desde o início competência e dedicação, firmou-se como um dos nossos mais destacados Promotores de Justiça. Atuando primordialmente na Promotoria da Infância e Juventude, notabilizou-se como um dos mais dignos e respeitados representantes do Ministério Público paulista.

Estudioso, competente e fiel aos ideais de Justiça, projetou-se no trabalho associativo do Ministério Público, participando de reuniões nacionais e discussões legislativas, contribuindo decisivamente para a defesa do interesse público. Chamado a debruçar-se sobre diversas matérias, preparou artigos, teses e emendas legislativas com grande qualidade e empenho. É desse jovem Promotor de Justiça que tenho a honra de apresentar à comunidade jurídica brasileira seu primeiro livro: Estudos Criminais sobre Abuso de Poder.

É sabido que o abuso de poder (e autoridade) é tema que acompanha a evolução da sociedade, o surgimento e desenvolvimento das ciências jurídicas. Episódios de abuso de poder, como bem destacado na obra, deram origem a algumas das mais importantes cartas de direitos e progressos jurídicos. Contanto seja um dos mais importantes institutos da Ciência Criminal, foi muito desenvolvido na doutrina estrangeira, mas pouco tratado pelos juristas pátrios. Por isso torna-se necessário o surgimento de obras jurídicas que tratem do abuso de poder, ainda presente no terceiro milênio.

Em 2017, na busca de material para subsidiar trabalhos associativos nacionais, a APMP, Associação Paulista do Ministério Público, que tenho a honra de presidir, solicitou ao colega Tiago Rodrigues que elaborasse um estudo sobre o tema em questão objetivando a elaboração de uma nota técnica, em face da notável pertinência dessa temática nas discussões em pauta no Congresso Nacional e também presente em debates na mídia e em diversos setores da sociedade. O autor iniciou então vasta pesquisa e a partir da constatação da inexistência de material aprofundado publicado

sobre o tema de abuso de autoridade até então, propôs-se elaborar uma obra pioneira para atender esta importante demanda de toda a sociedade e o fez com seu peculiar brilhantismo. Tempos depois, com muita satisfação constatei diante da leitura dos originais estar diante de uma obra adequada aos novos tempos: inédita, vanguardista, objetiva, clara, didática, precisa, com novas ideias e doutrinas, citando posições jurisprudenciais, fundamentada nos princípios da Constituição Federal, com análise dos projetos de lei em curso no Congresso Nacional. O livro é um sólido manual de utilidade inquestionável, pelo ineditismo e também pela atualidade do seu conteúdo. A doutrina, fácil de ser consultada, é compatível com o dinamismo exigido pela vida moderna. É o coroamento de uma brilhante iniciativa que brinda toda comunidade jurídica.

O livro, predestinado a servir de verdadeiro guia nas atividades forenses e acadêmicas, é destinado aos juízes, promotores de justiça, delegados de polícia, procuradores, advogados e tantos que militam na área jurídico-penal e que nele encontrarão amplo manancial de informações firmes e seguras, como também a todos os estudantes de direito. Certamente é a obra de abuso de poder indicada pela Associação Paulista do Ministério Público.

Com essas características marcantes, não há dúvida que este livro irá ocupar o seu devido espaço no cenário jurídico nacional, fundamentalmente porque preenche uma lacuna da doutrina brasileira.

Convicto da importância e seriedade desta obra de Tiago de Toledo Rodrigues apresento meus efusivos cumprimentos ao autor pela consistência desta magnífica obra jurídica.

JOSÉ OSWALDO MOLINEIRO

Presidente da APMP

NOTA INTRODUTÓRIA

Este estudo é resultado da evolução de pesquisa iniciada por chamamento feito pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e pela Associação Paulista do Ministério Público (APMP). Os pedidos associativos referiam-se, entre outros, ao então Projeto de Lei do Senado Federal n. 280, de 5 de julho de 2016, subscrito pelo Senador Renan Calheiros e autodenominado *abuso de autoridade*. Esse Projeto, posteriormente substituído pelo PLS n. 85/2017, de autoria do Senador Roberto Requião, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, tornando-se no PL n. 7.596/2017.

O propósito inicial visava à elaboração de notas técnicas destinadas a contribuir para o debate travado no Congresso Nacional. Ocorre que as análises logo resultaram na conclusão inafastável de que o *abuso de autoridade* é espécie do gênero *abuso de poder*, conquanto muitas vezes as expressões sejam empregadas como sinônimas. E, desse prisma amplo e particular, muito pouco há na doutrina pátria sobre o abuso de poder.

Ao longo da pesquisa que deu origem a esta obra, deparou-se a todo momento com diversas modalidades de abuso de poder tratadas pelos juristas, no campo tributário, trabalhista, administrativo, civil e criminal, entre outros, mas nada foi localizado que incluísse todas as espécies sob o mesmo gênero, organizando-as e classificando-as, a se debruçar sobre cada uma das hipóteses. Tampouco se identificou uma teoria geral, com princípios e fundamentos próprios, aplicáveis ao gênero do abuso de poder a orientar os estudos teóricos ou a operação jurídica cotidiana.

Entretanto, é intuitiva a conclusão de que o abuso de poder constitui, infortunadamente, prática histórica e rotineira no Brasil. Também é de entendimento comezinho que abusos de poder são fatos graves, persistentes, geradores de grandes prejuízos a elevados interesses públicos e particulares, entre outros, inúmeros malefícios que impedem – ou dificultam, no mínimo – progressos para a tão almejada sociedade mais justa e isonômica.

Das premissas apontadas originou-se a conclusão da imperiosa necessidade de realizar um estudo mais aprofundado da matéria, a abraçar

as questões doutrinárias e os projetos de lei em curso no Congresso Nacional. A ausência de paradigma apropriado deu azo às naturais dificuldades inerentes a todo ineditismo. Sectariamente superados esses embaraços – sobretudo em razão da necessária publicação tempestiva –, o presente trabalho é produto daquilo até o momento realizado.

As análises foram estruturadas em duas partes, quais sejam, os fundamentos doutrinários (Parte 1) e a análise do Projeto de Lei do Senado Federal n. 280, de 5 de julho de 2016, inclusive (Parte 2). Esse Projeto foi, conforme salientado, posteriormente substituído pelo PLS n. 85/2017 e transformado no atual PL n. 7.596/2017.

No XXII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em setembro de 2017 na cidade de Belo Horizonte/MG, foi apresentado breve e parcial resumo dessas ideias sob a rubrica *a inconstitucionalidade do PL n. 7.596/2017 (Câmara dos Deputados)*. A tese foi aprovada por unanimidade.

A perspectiva de discussão, debates e votação desta e de outras iniciativas legislativas semelhantes, acrescida da mediania do subscritor deste estudo, exigiu uma publicação preliminar, sob pena de intempestividade da eventual contribuição ao legislador pátrio. Em razão disso, nem todos os fundamentos e princípios próprios, específicos, foram esgotados; e as anotações centraram-se, com maior afinco, nas questões criminais.

Em outras palavras, as presentes anotações criminais tiveram por escopo trazer a lume os necessários e sólidos alicerces inerentes a todo estudo responsável, imprescindíveis a tema tão relevante para a sociedade brasileira, qual seja, o abuso de poder.

Registra-se, sem sublimar ou aformosear, o amplo incentivo e apoio empenhados pelo subscritor deste estudo e por seus ínclitos parceiros, José Oswaldo Molineiro, Paulo Penteado Teixeira Júnior e Renato Kim Barbosa, cuja contribuição foi profícua para a consecução desta obra.

TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES
Promotor de Justiça de São Paulo

PARTE 1

FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS

O PODER GERAL DO ESTADO: CONCEITO, ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O presente estudo inicia-se por dissecar o significado do termo *poder* - para então possibilitar a compreensão acerca do que se abusa -, a fim de estabelecer sua origem e o contextualizar na história humana, com as respectivas transformações.

Vocábulo derivado do latim *possum, potes, potui, posse/ potēre, poder*¹ pode ser definido como a capacidade, a faculdade, a oportunidade, os meios, ou a habilidade (física – força –, moral ou intelectual), natural ou adquirida, de fazer algo, atingir certo resultado ou realizar determinadas coisas, comumente marcada por uma posição de mando. Trata-se, também, da condição ou possibilidade de se exercer domínio, controle ou influência sobre pessoas ou coisas.

O termo possui significado amplo: ora é empregado com referência a instituições ou organismos, ora em relação às pessoas que os compõem ou representam; ora é usado em um sentido abstrato, como força ou capacidade que certas pessoas ou grupos detêm, ora, ainda, em referência ao próprio Estado.

A relação de poder está presente entre animais, entre animais e coisas, entre pessoas, entre pessoas e animais ou coisas e, para alguns, até mesmo entre coisas - como a gravidade, por exemplo.

Não obstante, em se tratando de estudo social e jurídico, interessa a este estudo apenas as relações de poder que envolvem pessoas – mais de uma, claro –, ainda que indiretamente, mediante uma coisa ou animal, por exemplo. As demais relações de poder, ainda que sob outras rubricas, não são objeto de atenção do direito. Toma-se de empréstimo as expressões dos civilistas para esclarecer que, aqui, interessam apenas os *atos e fatos jurídicos* permeados por relações de poder.

Nas hipóteses cotejadas, o poder sempre estará relacionado à vida em sociedade, inerente à existência humana, pois,

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1351.

como exaustivamente demonstrado por Sigmund Freud,² o homem é um ser inevitavelmente coletivo, e, na visão de Aristóteles,³ a vida em sociedade seria consequência natural das necessidades humanas. Por conseguinte, poderá existir uma relação de poder juridicamente relevante onde houver a presença de mais de uma pessoa, relacionando-se de alguma maneira entre si. Estas são as interações humanas, diretas ou indiretas, objeto da atenção do presente estudo jurídico.

Em breve síntese, o fundamento da sociedade, ou, em outras palavras, da vida coletiva, conta com duas teses explicativas de maior expressão: a organicista e a mecanicista. Admite-se, neste estudo, a teoria eclética como uma conjugação de ambas as teorias.

Na visão dos organicistas, sob a égide da filosofia platônica, a sociedade é como um corpo dotado de órgãos que desempenham cada qual sua função específica em prol de todos. Trata-se da reunião de várias partes – cada uma preenchendo funções distintas – e que, por sua ação combinada, concorrem para manter a vida do todo, sempre em busca do bem coletivo. Para essa teoria, os papéis sociais são bem demarcados e, quando somados, constituem um todo que culmina na sociedade.

Os mecanicistas, por sua vez, propugnam que a sociedade se forma pela junção de indivíduos, os quais agem por si mesmos, com autonomia e liberdade. Para essa corrente, a sociedade não é consequência da inevitável sociabilidade do homem, mas, sim, resultado de uma atitude voluntária e arbitrária de cada indivíduo.

É, pois, certo que as relações interpessoais são intrínsecas à sociedade – e que delas decorre a oportunidade de exercer domínio, controle ou influência, circunstância que qualifica a interação pessoal ante a presença de poder. Decorrência lógica, o poder surge ao lado da convivência humana.

2 FREUD, Sigmund. *Sobre a psicopatologia da vida cotidiana (1901)*. São Paulo: Imago, 1996. passim. (Col. Obras psicológicas completas, v. VI); e FREUD, Sigmund. *O ego e o id e outros trabalhos (1923-1925)*. São Paulo: Imago, 2006. passim. (Col. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. XIX).

3 ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Ediouro, 1997. p. 9.

Por essa razão, no campo criminológico o poder pode ser concebido como uma relação estabelecida entre indivíduos ou grupos.⁴ Dessa maneira, torna-se forçoso concluir que é preciso estabelecer, com precisão, as conexões entre o poder e as relações interpessoais inseparáveis à vida coletiva - decorrência natural da existência humana.

Landreville organizou as definições de poder em três gêneros: voluntaristas, sistêmicos e críticos.⁵

Pela ótica dos voluntaristas, a imposição da vontade é o elemento central da definição de poder. Weber leciona que “o poder significa toda oportunidade de fazer triunfar no seio de uma relação social a própria vontade, mesmo contra resistências, pouco importando aquilo que a fundamenta”.⁶

Os sistêmicos, por sua vez, destacam os fundamentos políticos e ideológicos do poder, como a legitimação do constrangimento e o silêncio sobre a dimensão conflitual e as desigualdades inerentes ao poder.

A corrente dos críticos, por fim, traduz o poder apenas como uma relação de dominação.

José Afonso da Silva sustenta que o poder “é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social”. O autor complementa, esclarecendo que “tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”.⁷ Em outras palavras, trata-se da superioridade utilizada com o propósito de chefiar, governar ou administrar, mediante o uso de influência ou de obediência.

Dalmo Dallari explica que o poder possui duas características: a socialidade e a bilateralidade.⁸ A socialidade significa que o poder é um fenômeno social, jamais podendo ser considerado pela simples relação

4 Nesse sentido: LANDREVILLE, Pierre. *Criminalité et abus de pouvoir*. In: LYRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 128 e ss..

5 LANDREVILLE, Pierre. *Criminalité et abus de pouvoir*. In: LYRA, Roberto. *Criminologia*, passim.

6 WEBER, Max. *Economie et société*. Paris: Plon, 1971. p. 56. Tradução livre.

7 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 110-111.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

de fatores individuais. A bilateralidade indica que o poder é sempre uma correlação de duas ou mais vontades, com a predominância de uma e a submissão das demais. O autor relembra que “um argumento constante, é que o poder sempre existiu, não havendo qualquer documento, mesmo relativo aos períodos pré-históricos, indicando a possibilidade de ter existido, em alguma época, a sociedade humana desprovida de poder”.⁹

Retoma-se o raciocínio exposto. O homem é um ser social por natureza - nas consagradas palavras de Aristóteles, “o homem é naturalmente um animal político”.¹⁰ Cícero também dizia:

[...] a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, o leva a procurar apoio comum.¹¹

Trata-se da chamada teoria da sociedade natural.

Em contraposição ao fundamento natural da sociedade, os chamados contratualistas sustentam que a sociedade é tão só a consequência de um ato de escolha, produto de um acordo de vontades,¹² ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre todos.¹³ Asseveram que só a vontade humana justifica a sociedade.

No entendimento de Thomas Hobbes, o homem vive originariamente em um estado de natureza caracterizado pela desordem inerente aos estágios mais primitivos da história, o que se verifica sempre que o ser humano não tem suas ações reprimidas pela presença de

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 42.

10 ARISTÓTELES. *A política*, p. 9.

11 CÍCERO, Marco Tulio. *Da República* – I. Ponta Grossa, PR: Atena, 1956. p. 15.

12 Aqui, aceita-se como formulação simbólica que em realidade jamais existiu, aceitável como justificativa, de caráter filosófico, mas não histórico, da ordem social.

13 São contratualistas Thomas Moore (*Utopia*), Tommaso Campanella (*A cidade do sol*) e Thomas Hobbes (*Leviatã*), entre outros.

instituições eficientes ou pela própria razão.¹⁴ Para o autor, esse estado de natureza, de igualdade natural, onde todos vivem temerosos de que outros lhes causem algum mal - pois são igualmente capazes disso -, é egoísta, luxurioso e agressivo, e, por consequência, uma permanente ameaça à sociedade, que tem vazão quando a razão ou a autoridade fracassam, e que condena as pessoas a uma existência solitária, pobre, repulsiva, animalésca e breve. Esse temor, alerta Hobbes, gera um estado de desconfiança, que leva todos a tomar a iniciativa de agredir antes de serem agredidos, “o que acarreta, segundo sua expressão clássica, a permanente ‘guerra de todos contra todos’”.¹⁵

Montesquieu acrescenta que o homem em estado natural, antes do estabelecimento das sociedades, sentiria sua fraqueza e estaria constantemente atemorizado, circunstâncias em que todos se sentem inferiores e dificilmente alguém se sente igual a outrem.¹⁶

Rousseau complementa essa ideia ao expor:

[...] suponho os homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam à sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se neste estado. Então este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse o modo de ser.¹⁷

Nesse ponto interfere a razão humana para superar o estado de natureza e celebrar o contrato social, que estabelece um estado também social de vida em comunidade. Todos, então, celebram esse *contrato*, o qual constitui uma mútua transferência de direitos e previsão de deveres que procede a uma correção das deficiências resultantes de desigualdades físicas, para alcançar a paz, a segurança, a satisfação de

14 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Parte I. Cap. XIV. passim.

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 13.

16 MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Livro I, Cap. II. passim.

17 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Hemus, 1981. Livro I, Cap. I. passim.

necessidades – como a procura de alimentos –, a atração natural entre os sexos, e, conseqüentemente, estabelecer a vida em sociedade, a igualdade e o bem comum.

Entretanto, a preservação desse contrato depende de uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado de qualquer força comum; e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como antes. Essa associação de direitos em favor da comunidade materializa-se na existência de um poder visível, um corpo moral e coletivo que mantenha os homens nos limites estabelecidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e a observar as regras comuns. Esse poder visível é o Estado, artificial, mas construído pelo homem natural para sua própria garantia, proteção e defesa.¹⁸

Dessa maneira, sendo o Estado uma associação (sociedade), não pode existir sem um poder, que se torna seu elemento essencial. Burdeau chega a mencionar que o Estado não só tem um poder, mas é um poder, conquanto diferencie este daquele.¹⁹ Nessa concepção, o poder é mais do que essencial para o Estado, pois constitui o Estado como expressão ordenada da ideia de convivência que predomina na coletividade.

A ideia de disposição da vida em sociedade com um centro organizado de poder (Estado) é comum a naturalistas e contratualistas, assim como sua dinâmica, seus objetivos e, sobretudo, a posição e comportamento do indivíduo na sociedade, por ser um imperativo natural do homem social.

A propósito, no magistério de Dalmo Dallari:

[...] a observação do comportamento humano, em todas as épocas e lugares, demonstra que mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais.²⁰

18 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 14.

19 BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: du Seuil, 1970. p. 21.

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 42.

Em uma retrospectiva histórica, a ideia de poder ou vontade preponderante, nas sociedades mais primitivas, confunde-se com a ideia de força material. Assim, detinham o poder os homens que eram reconhecidos como mais aptos fisicamente, capazes de defender o grupo ante as ameaças de outros homens, da natureza ou de animais - uma das principais necessidades no período.

Passou-se a um período de outorga de poder aos indivíduos com maior capacidade econômica. Hábeis em acumular certa quantidade de bens necessários a todos, por capacidade ou previdência, nos períodos de maior escassez subordinaram os demais à sua vontade.

Com o passar do tempo, a razão e a consciência tornaram precária a superioridade baseada na mera força. Sugiram, então, novas formas de atuação do poder e novos critérios para aferição de sua legitimidade. Em consequência da tendência humana de aceitar a presença do sobrenatural sempre que a razão não alcança a compreensão e o controle de determinado fenômeno, foi admitido um poder com fonte em entidade ideal e não de força material. O detentor do poder, então, apresentava-se como instrumento da vontade de uma divindade – tratava-se do Estado Antigo ou Teocrático. Na *Epístola de Paulo aos Romanos*, o apóstolo afirma o dever cristão de obediência à autoridade terrena quando decreta que “não há autoridade que não venha de Deus”.²¹

Surge o absolutismo como teoria política defensora de que o soberano, em geral um monarca, deve ter o poder absoluto, isto é, concentrar todos os poderes em suas mãos, independentemente de outro órgão, em razão da origem divina de sua autoridade. Trata-se da teoria do direito divino.

A partir do final da Idade Média, o surgimento do Iluminismo passa a contestar o absolutismo. O Iluminismo, movimento inaugurado pelos filósofos Baruch Spinoza, John Locke, Pierre Bayle e pelo matemático Isaac Newton entre os anos 1650 e 1700, privilegiou o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento, sobretudo mediante o intercâmbio intelectual e o estudo aprofundado da natureza com o objetivo de torná-la útil ao homem.

21 BÍBLIA SAGRADA. *O novo testamento: epístola de Paulo aos romanos*. Capítulo 13, versículo 1. Versão da Imprensa Bíblica Brasileira baseada na tradução em português de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Casa Publicadora Batista, 1967. p. 207.

Nesse período surgem, dentre outros, os já apontados estudos de Montesquieu e Rousseau.

Com os contratualistas, essas ideias adquirem grande força, chegando-se, então, à conclusão de que o soberano é o conjunto das pessoas associadas, mesmo depois de criado o Estado e de desvinculá-lo da Igreja (teoria da soberania popular). Essa soberania, inalienável e indivisível, composta das pessoas associadas, atua no interesse do todo que engloba o interesse de cada componente e tem uma vontade própria, que é a vontade geral.²² Forma-se a consciência de que o poder utiliza a força, sem, contudo, confundir-se com ela, como leciona Miguel Reale:

[...] embora o poder pretenda ser, cada vez mais, conforme ao direito, isto não quer dizer que todo poder seja ou mesmo possa vir a ser puramente jurídico, uma vez que a própria positivação do direito depende da existência de um poder.²³

A mais importante característica desse poder é a soberania. Estado soberano é aquele que tem o poder de declarar seu próprio direito positivo de modo incontestável, isto é, sem ser obrigado a se reportar a qualquer instância superior. Ela é una, indivisível, inalienável e imprescritível.

Atualmente, o poder, despersonalizado e racionalizado, reconhecido como necessário, tem legitimidade no consentimento dos que a ele se submetem - mediante processo de legitimação (manifestação do consentimento) -, age concomitantemente com o direito e deve convergir para os interesses e aspirações do grupo envolvido.

O Estado exerce esse poder sob os alicerces da clássica tripartição de funções republicanas, orientada pelo sistema de freios e contrapesos de Montesquieu. O exercício de cada esfera de poder possui características e limites insculpidos na Constituição Federal e definidos pelo ordenamento jurídico - sobretudo aqueles atinentes aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Alexandre de Moraes explana:

22 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Livro I, Cap. VI, passim.

23 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Martins, 1960. p. 105/106.

[...] na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado.²⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1945, prescreve, no art. 21, n. 3, que “A vontade do povo será a base da *autoridade do governo*; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.²⁵

No âmbito jurídico, o poder apenas é válido se devidamente autorizado e permitido, moral e legalmente. Um poder, ou um dever, é inerente a uma profissão (pressuposto da permissão moral e legal), a um cargo, a um ofício ou a um ministério quando pertence à sua essência.²⁶

A violação do poder depende intrinsecamente de seu exercício - ação ou omissão, como se verá adiante -, pois não está em questão a simples qualidade do poder, mas a sua influência prática, o abuso real, a violação concreta. É necessário que entre a violação e o evento exista uma relação de meio e fim.

24 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 20.

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 8 mar. 2018.

26 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 294.

DA GENEALOGIA JURÍDICO-PENAL DO ABUSO DE PODER

A expressão *abuso de poder* possui conteúdo amplo e, por isso mesmo, muitas vezes equívoco, que compreende – mas ultrapassa – a definição de *poder* anteriormente discutida.

Abuso é o mau uso, excessivo, desmedido, injusto, exploratório ou exorbitante, considerado um universo determinado de valores. Trata-se de desmando, desregramento, desordem, excesso, extravasamento com ingresso na arbitrariedade.

Na concepção de Roberto Lyra, “o abuso é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício ilegítimo e excessivo”.²⁷

Magalhães Noronha, no estudo das agravantes genéricas, leciona que o “abuso é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, *seja de natureza particular ou pública*, desde que não compreendida na alínea seguinte” (que trata de abuso de poder).²⁸

Nas ciências jurídicas e sociais, o abuso de poder é gênero que agasalha espécies e disciplinas diversas e atinge o direito civil (abuso de poder familiar, de pátrio poder – tutela e curatela, abuso de incapazes, de ascendência hierárquica privada, no exercício de profissão ou ministério), tributário (abuso do poder de legislar na modalidade tributária), administrativo (desfio de finalidade e excesso de poder, abuso de ascendência hierárquica pública); trabalhista (abuso do poder laboral e sindical²⁹), constitucional (edição de medidas provisórias sem urgência ou relevância, abuso do direito de ação e respectivos recursos), comercial (abuso de poder econômico), eleitoral (abuso de poder político), entre outras.³⁰

Na seara jurídico-penal, o abuso de poder (gênero) é universo que compreende diversas espécies, como abusos sexuais (exploração da

27 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 294.

28 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1, p. 300, grifou-se.

29 O então Min. Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal - Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - no item 66, lembra que a nova ordem política é incompatível com o exercício arbitrário das próprias razões por empregados e empregadores.

30 Aqui são citados apenas alguns exemplos. O universo de possibilidades é ilimitado.

prostituição, assédio sexual); abuso das relações domésticas, de coabitação e hospitalidade; abuso do exercício de direitos; abuso de confiança; crimes contra a organização do trabalho; e abuso de autoridade, entre outros.

Marcel Planiol, partindo do genérico, afirma que o abuso começa onde cessa o direito.³¹ Roberto Lyra, por sua vez, acrescenta que o abuso deve envolver uma relação direta.³²

Nelson Hungria, por sua vez, sintetiza a ideia de *abuso de poder* ao defini-lo como “o exercício do poder além da medida legal”.³³ Todo direito e todo dever é limitado, e sua execução, regulada, pois, “Fora dos limites traçados na lei, o que se apresenta é o abuso de direito ou excesso de poder: o fato torna-se ilícito e ao invés da obrigação ou obediência por parte de outrem, compete a este a faculdade legal de defesa privada”.³⁴ Portanto, da perspectiva penal, Nelson Hungria toma o abuso de direito como sinônimo de excesso de poder, espécie do abuso de poder.

Sem dúvida, o abuso é o excesso; significa ir além dos limites razoáveis ou previamente estabelecidos - trata-se de ação. Por consequência, é também ficar aquém do mínimo ou do início razoável - ou seja, omissão. Nesse caso, abusa o credor que cobra a dívida a maior, assim como o devedor que quer pagar menos que a quantia devida. Trata-se da *horizontalidade* do abuso ligada à quantidade do ato.

Igualmente, praticará abuso aquele que, fora dos parâmetros óbvios da horizontalidade - ação excessiva ou omissão faltosa -, agir de modo diverso daquele que deveria ou a que estaria obrigado. Nesse sentido, abusa o credor que exige a quantidade certa, mas coisa diversa; e abusa o devedor que entrega volume adequado de produto distinto. Não há, aqui, questionamentos quantitativos, do excesso de ação ou da omissão quando a atitude era exigível – o que se tem em vista diz respeito

31 PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme Au Programme Officiel*. Paris: Hachette, 2016. p. 509.

32 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 292.

33 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. II, v. I, p. 311/312.

34 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p. 514/515.

à qualidade do que é feito. Deve-se agir na medida determinada pelo direito (forma), e com vistas aos fins previstos pela lei (matéria). Trata-se da *verticalidade* do abuso relacionada à qualidade do ato.

Esse é o caminho indicado por José Cretella Júnior, para quem o abuso “caracterizar-se-ia ou por excesso (diferença quantitativa ou de grau), ou por desvio (diferença quantitativa ou de essência)”.³⁵

Nessalinha, abusa o médico que, conquanto atenda o paciente, faça-o de maneira manifestamente distinta daquela recomendada pelos protocolos e manuais de medicina, e, como resultado, causa prejuízo ao enfermo; abusa o marido que mantém relação sexual com a esposa, que consente com o ato, mas não da forma ou no local por ele proposto; abusa o parlamentar que, sob o manto da imunidade material, manifesta-se com o único propósito de ofender a outrem; abusa o condutor que, habilitado, desrespeita as normas de trânsito; abusa o chefe do Executivo que expede medida provisória em situação sem relevância ou urgência; abusa o fornecedor que, sabedor do vício ou defeito do produto, deixa de realizar seu reparo (*recall*) ou substituição; abusa o órgão de imprensa que divulga reportagem demeritória sem sequer ouvir a versão da parte interessada.

Ainda, abusa o agente público que prende aquele considerado inocente (ação) ou, podendo, deixa de prender o condenado em definitivo (omissão - horizontalidade ou quantidade do ato de abuso); mas também abusa aquele que efetua prisão, mediante ordem judicial, em condições propositadamente desumanas – nega-lhe comida, coloca-o em local permanentemente escuro, ou impede o contato com advogado (verticalidade ou qualidade do ato abusivo).

O abuso pode germinar nas mais diversas esferas de poder, inclusive do Estado. Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] o desvio de poder é vício que pode afetar comportamento oriundo das funções típicas de qualquer dos Poderes, já que, no Estado de Direito, as competências públicas não são “propriedade” de seus titulares, mas simples

35 CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 52.

situações subjetivas ativas, compostas em vista da satisfação dos fins previstos nas normas superiores que lhes presidem a instituição. O descompasso teleológico entre as finalidades da regra de competência - qualquer que seja ela - e as finalidades do comportamento expedido a título de cumpri-la macula a conduta do agente, viciando-a com desvio de poder.³⁶

Neste ponto, é fundamental destacar o principal fundamento constitucional do abuso de poder e, conseqüentemente, de autoridade, inserido no art. 5º, inc. XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988,³⁷ qual seja, o de que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou *abuso de poder*” (grifou-se).

Compete à Lei n. 4.898/1965 regular “o *direito de representação* e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de *abuso de autoridade*” (grifou-se).

Portanto o Texto Constitucional menciona abuso de poder (gênero), enquanto a Lei n. 4.898/1965 apenas trata da modalidade do abuso de autoridade (espécie). Conquanto a leitura do art. 5º, inc. XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal seja clara ao estabelecer, nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que o abuso de poder lesa direitos – a serem defendidos mediante o direito de petição -, a legislação ordinária apenas contempla a espécie do abuso de autoridade e não envolve as demais inúmeras formas de abuso de poder.³⁸

Confirma-se, assim, que o abuso de poder é o mau uso, excessivo, desmedido, injusto, exploratório ou exorbitante de uma capacidade, faculdade, oportunidade ou habilidade (física, moral

36 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 77.

37 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 35.

38 Será possível verificar, adiante, que esta não se afigura como mero descuido, mas, sim, uma proposição refletidamente seletiva.

ou intelectual) de fazer algo, atingir certo resultado, realizar ou influenciar determinadas coisas ou pessoas. Trata-se do desmando, do desregramento, da desordem, do excesso no uso de determinado poder. É a transgressão de um dever inerente ao ofício, que se concretiza em um ato ou comportamento ilegítimo praticado com dolo. Significa a inversão do uso, no interesse próprio ou alheio, de faculdade ou meio que somente se dispõe, para fim lícito, e, quanto a cargo público, no exclusivo benefício do interesse da coletividade.³⁹

Considera-se, assim, abuso de poder o seu exercício fora dos limites previamente fixados, sobretudo pelo direito, no que diz respeito aos objetivos almejados, aos meios empregados, ou às consequências do exercício do poder. Nesse aspecto, a noção de abuso está atrelada a um regramento que não é observado.

Para extrair o exato conteúdo e significado jurídico penal da expressão *abuso de poder* (gênero), este estudo iniciar-se-á com a análise de sua utilização no próprio Código Penal. O abuso de poder é tratado no Código Penal em quatro momentos: como circunstância agravante (art. 61, *a*); nos efeitos da condenação (art. 92, I, *a*); como elemento típico dos delitos funcionais (peculato, prevaricação, concussão etc.); e como crime de *exercício arbitrário ou abuso de poder* (art. 350).

O art. 61, inc. II, alíneas *f* e *g*, determina:

[...] São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Deve-se ter em vista, a todo momento, que o abuso é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício ilegítimo e excessivo - premissa necessária para a compreensão

39 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 295.

dos raciocínios que se seguem.⁴⁰ Basileu Garcia, por exemplo, destaca que numerosos delitos não seriam de forma alguma praticáveis sem abuso de poder ou violação de dever funcional.⁴¹

Roberto Lyra⁴² explica que, nas alíneas *f* e *g* do inc. II do art. 61 do Código Penal (art. 44, anterior à reforma penal de 1984), estão abrangidos os “abusos de autoridade pública ou particular não especificados na letra *h*”⁴³ (encargos, ofício, ministério ou profissão)” e que, na alínea *h*, “também não há distinção entre poder público ou particular (chefe, tutor, curador, mestre concessor, médico, empregador, etc.)”.⁴⁴

O jurista também esclarece que todo cargo, ofício, ministério ou profissão pressupõe direitos e deveres, cujo abuso ou violação para a prática de crime denota maior periculosidade e se trata, sempre, de inobservância de uma obrigação moral ou jurídica.

Basileu Garcia, por sua vez, lembra o fato de, nessas hipóteses, também ser reduzida a possibilidade de defesa ou resistência da vítima⁴⁵ e acrescenta que a alínea *f* (abuso de autoridade⁴⁶), assim como permite a agravção da pena daquele que delinque contra seus patrões, impõe, reciprocamente, a elevação da pena do patrão que pratica o crime contra o empregado – ou porque abusa da autoridade ou porque se prevalece também das relações domésticas. À evidência, o jurista inclui, no abuso de autoridade, as relações privadas.

Aníbal Bruno restringe a agravante da atual alínea *f* (abuso de autoridade)

[às] particulares relações de dependência, intimidade ou comunidade material de vida, que prendam criminoso e vítima, como acontece com os crimes de *abuso de autoridade*,

40 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 294.

41 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. t. I, v. I, p. 548.

42 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 291.

43 Atual alínea *g*.

44 As alíneas indicadas são aquelas constantes da redação original do Código Penal de 1940, anteriores à reforma de 1984.

45 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, t. I, v. I, p. 548.

46 Alínea *g* do art. 44 da versão original do Código Penal.

qualquer que seja a natureza da hierarquia, *de ordem privada*, em que a autoridade se apoie.⁴⁷ (Grifou-se)

Na concepção de Magalhães Noronha, o abuso de autoridade “é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a *autoridade* que possui, *seja de natureza particular ou pública*, desde que não compreendida na alínea seguinte”⁴⁸ (que trata de abuso de poder).

Damáσιο de Jesus esclarece que “a expressão ‘abuso de autoridade’ indica o exercício ilegítimo da autoridade no campo privado, como relações de tutela, curatela, de ofício, de hierarquia eclesiástica, etc.”. No caso do crime cometido com abuso de poder, o jurista afirma que “o sujeito ativo deve exercer cargo ou ofício público, vindo a praticar o delito com abuso de poder ou violação de obrigação inerente à sua atividade”.⁴⁹

Essa linha de entendimento é defendida por Julio Fabbrini Mirabete, para quem o abuso de autoridade diz respeito às relações privadas – interpretação decorrente “da similitude desta hipótese com as demais contempladas na mesma alínea, em que se preveem casos de relações não-oficiais. O abuso das autoridades administrativas está descrito na alínea seguinte”⁵⁰ (respectivamente, alínea *g*). O jurista exemplifica, dentre outras, com a relação patrão–empregado e, ainda, esclarece que o abuso de poder constitui crime cujo bem jurídico é violado por agente público, que se excede no desempenho de suas funções.

Guilherme de Souza Nucci também assevera que o abuso de autoridade indicado nas circunstâncias agravantes “é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor e tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado, etc.”. Na visão do autor, o abuso de poder, também agravante genérica, “é justamente

47 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 3, p. 128.

48 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, p. 300, grifou-se.

49 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* - parte geral. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1, p. 563.

50 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* - parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. I, p. 299.

o abuso de uma função pública” e, pondera com perspicácia, “por isso muito fácil de ser confundido com o abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898/65”.⁵¹

Celso Delmanto também comunga dessa ideia, ao sustentar que o abuso de autoridade “diz respeito às relações privadas (tutela, curatela etc.) e não às funções públicas”.⁵²

Para haver o abuso de autoridade, é imprescindível que entre a violação e o evento exista uma relação direta de meio e fim. A violação deve ter sido assistida ou facilitada, no todo ou em parte, até o momento da consumação, pela violação ou abuso do poder de que se dispõe. Além disso, o abuso deve ter por objeto o poder ou o dever inerentes ao cargo, ofício, ministério ou profissão, consistindo na inversão do uso, no interesse próprio ou alheio, de faculdade ou meio que somente se dispõe, para fim lícito; e, no que diz respeito a cargo público, no exclusivo benefício do interesse público.⁵³

Considera-se, desse ponto de vista, e da perspectiva das agravantes genéricas, possível alcançar uma conclusão – respaldada por toda a doutrina consultada –, qual seja, a de que o abuso de autoridade elevado à condição de circunstância agravante genérica do Código Penal compreende relações de direito privado. Para alguns doutrinadores, no entanto, o abuso de autoridade também compreende aquelas relações de direito público. E se a espécie (abuso de autoridade) abarca relações privadas, também o gênero (abuso de poder) as envolve.

Em outro momento, quando trata dos efeitos da condenação (art. 92, I, a), o Código Penal determina

[...] a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos *crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública*. (Grifou-se)

51 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 384.

52 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 407.

53 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 295.

Trata-se da exclusão de direitos do agente que se revelou indigno, ou os exerceu de maneira perigosa ou danosa, nas hipóteses de condenação a determinados crimes de inconfundível expressão, indicativa de maior periculosidade, como forma de defesa social.

Em se tratando da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo nos crimes praticados com *abuso de poder*, estão envolvidos todos os crimes praticados por funcionário público contra a administração, além de outros.⁵⁴

Nota-se, com clareza, que o Código Penal, ao tratar dos efeitos da condenação, emprega a expressão abuso de poder (gênero) para com a Administração Pública. De modo coerente, a terminologia abuso de poder, que contempla relações públicas e privadas, é complementada por *para com a Administração Pública*, o que restringe seu o alcance. Em outras palavras, nos efeitos da condenação o Código Penal emprega o termo abuso de poder designativo de espécie, sinônimo de abuso de autoridade.

A figura do abuso de poder também surge, no Código Penal, como elemento típico nos chamados crimes funcionais. Administração Pública, tradicionalmente, é caracterizada pelos penalistas como a atividade funcional do Estado em todos os setores onde se exerce o Poder Público.

Em face de sua importância para o interesse público e desenvolvimento das atividades típicas da vida coletiva moderna, as prestações da administração pública são especialmente tuteladas, inclusive na esfera criminal.

A coisa pública - serviços prestados e produtos oferecidos - pode apresentar dois gêneros de pessoas envolvidas, quais sejam, o *intraneus* e o *extraneus*.

O primeiro (*intraneus*) é aquele que está inserido em uma categoria específica em consideração. Na peculiar hipótese dos crimes contra a Administração Pública, este é o funcionário público.

Já o segundo (*extraneus*), nos crimes contra a Administração Pública cometidos por funcionário público, é o particular eventualmente participante da conduta criminosa.

54 Nesse sentido: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. t. II, v. I, p. 519.

Todas as atividades administrativas podem envolver *intranei* (servidores públicos) e *extranei* (particulares).

Dessa premissa apresentada deriva a primeira classificação dos crimes funcionais (cometidos no exercício de uma função - no caso, função pública). Assim, estes podem ser próprios ou impróprios.

Os crimes funcionais próprios são aqueles em que, uma vez retirada a qualidade de funcionário público do sujeito ativo, o fato se torna atípico. A condição de funcionário público é elementar que, uma vez afastada, torna penalmente lícita a conduta por ele realizada – descriminaliza-a. São as hipóteses de crimes de prevaricação e advocacia administrativa.

Por sua vez, os crimes funcionais impróprios são aqueles em que a condição de funcionário público, também elementar do tipo penal, porventura afastada, não descriminaliza a conduta, mas apenas desclassifica a imputação para tipo penal diverso. O fato, quando ausente a elementar *funcionário público*, continua sendo um ilícito penal, mas passa a constituir outro crime.⁵⁵ São as hipóteses de concussão - pode configurar uma extorsão se praticada por um particular –; e de peculato apropriação – pode resultar em apropriação indébita. O fato seria igualmente criminoso, porém comporia outro tipo, sob outra rubrica, sempre que afastada a qualidade de funcionário público.

Em outra classificação, o Código Penal contempla quatro categorias de crimes contra a Administração Pública: crimes cometidos por funcionário público (Capítulo I, arts. 312 a 327); crimes cometidos por particulares (Capítulo II, arts. 328 a 337-A); crimes contra a administração da justiça (Capítulo III, arts. 338 a 359); e crimes contra a administração financeira (Capítulo IV, arts. 359-A a 559).

Portanto, na linha da orientação de que as atividades administrativas abraçam, ordinariamente, *intraneus* e *extraneus*, o Código Penal diferencia os delitos praticados por funcionário público daqueles cometidos por particulares, sempre em desfavor da coisa pública.

Dada essa categorização, é, pois, fundamental distinguir o funcionário público do particular.

Ainda na conceituação do Código Penal, funcionário público é aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo,

⁵⁵ Também é chamado de fenômeno da atipicidade relativa.

emprego ou função pública (art. 327). O Código Penal importa-se com o exercício da função pública e, para tanto, utiliza conceito que corresponde à acepção doutrinária de agente público. A definição aplica-se aos sujeitos ativo e passivo da infração penal.⁵⁶

Dessa definição decorre, por consequência, a necessidade de explicar o significado de cargo, emprego ou função pública.

Cargo público é aquele criado pela lei na esfera da Administração, com nomenclatura certa definida pelo ordenamento e remuneração pelos cofres públicos. É, ainda, o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente.⁵⁷

O emprego público caracteriza-se pela contratação de particulares para prestar serviços temporários, pelo regime jurídico celetista ou especial. São as hipóteses atinentes a alguns médicos, dentistas e até mesmo professores. A função pública é aferida por exclusão. Trata-se de um conjunto de atribuições do Estado consideradas de natureza pública. Diz-se, ainda, que consiste em atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.⁵⁸ Aqui estão incluídas as funções judiciárias, executivas, legislativas; o corpo de jurados que compõe o conselho de sentença; os mesários em eleições; entre outros.

Consoante lições da fundamentada doutrina penalista clássica, não estão incluídos entre os funcionários públicos os que exercem apenas um múnus público, em que prevalece um interesse privado, como tutores e curadores dativos, depositário judicial e advogado dativo, inclusive.

A continuidade do estudo do conceito de funcionário público exige a definição daquele assim considerado *por equiparação*, consoante

56 Cumpre lembrar que, consoante o art. 30 do Código Penal, as circunstâncias do delito se comunicam quando elementares do tipo. Assim, se a condição de funcionário público, circunstância pessoal, é elemento do crime, comunicar-se-á aos demais agentes. Consequentemente, nesta hipótese, o particular e o funcionário público respondem pela mesma infração - conforme teoria monista, salvo exceção dualista (como na hipótese de corrupção ativa/passiva).

57 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 297/298.

58 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 298.

disposição do art. 327, § 1º, do Código Penal: - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Neste estudo, cargo, emprego ou função já foram devidamente esquadrihados. Resta tratar das entidades paraestatais e das empresas prestadoras de serviços contratadas ou conveniadas para a execução de atividades típicas da Administração.

Entidades paraestatais são as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Estão aqui incluídos, como funcionários públicos por equiparação, por exemplo, os trabalhadores dos Correios, Fundação Procon e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

As empresas prestadoras de serviços são todas aquelas assentadas pela Administração, como concessionárias ou permissionárias. Nesta hipótese, é preciso que a firma seja contratada ou conveniada para a execução de atividades típicas da Administração, ou seja, toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público.⁵⁹ Estão incluídas aqui a coleta de lixo, o fornecimento de energia elétrica e de água, entre outras conjecturas.

Ainda como elementar dos crimes funcionais, cumpre delinear o funcionário público estrangeiro – aquele que exerce cargo, emprego ou função, embora transitoriamente, ainda que sem remuneração, em estatais estrangeiras ou em representações diplomáticas estrangeiras. A dissecação do conceito conduz às mesmas especificidades, acrescidas do peculiar envolvimento de servidores de estatais estrangeiras ou representações diplomáticas estrangeiras.

Dessa maneira, conclui-se que o Código Penal contempla, nos crimes praticados contra a Administração Pública, infrações que podem ser cometidas por agentes públicos (*intranei*) ou particulares (*extranei*). Por consequência, a terminologia abuso de poder é empregada como gênero.

59 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 300.

O Código Penal também cuida da questão em um quarto momento, no art. 350, sob a rubrica *exercício arbitrário* ou *abuso de poder*. Não obstante, conforme lição sempre definitiva de Nelson Hungria, o dispositivo representa na sua quase totalidade somente os atentados ou ofensas à liberdade pessoal, sob o aspecto da liberdade de locomoção ou direito de ir e vir. Trata-se do crime que os alemães denominam *Freiheitberaubung im Amt* (privação arbitrária da liberdade por funcionário público).⁶⁰ Dessa maneira, e considerando a especificidade do tipo e respectivo objeto jurídico, a análise do dispositivo não contribui decisivamente para o esclarecimento da conceituação criminal do abuso de poder.

De outra perspectiva, comumente empregada pelos administrativistas, o abuso de poder é gênero que comporta duas espécies: o excesso de poder e o desvio de finalidade. Aquele manifesta-se na atuação pública com violação de competência legalmente determinada. Já o desvio de finalidade, também chamado de abuso de poder ideológico, revela uma atuação formalmente legítima, ferindo especificamente o objetivo do ato estatal, ou seja, divorciando-se do interesse público.

Ambos – excesso de poder e desvio de finalidade – podem culminar em subsunção típica nas hipóteses de abuso de poder que as compreendem.

Na concepção de Norberto Bobbio, Matteucci e Pasquino, *autoridade* é um termo que pode ser interpretado como uma espécie de poder, acepção em que o destinatário da ordem a aceita, incondicionalmente.⁶¹ É importante também pontuar a lição, em sentido diverso, de José Eduardo Faria, nos seguintes termos:

O problema precursor da distinção entre legalidade e autoridade é a diferenciação que se fazia, em Roma, entre poder e autoridade. Enquanto a *autoridade era a verdade* socialmente reconhecida, o *poder era a força* socialmente reconhecida. A autoridade não é

60 HUNGRIA *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 511.

61 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Trad. de João Ferreira et al. (Coord.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 88.

uma espécie de poder, mas sim alguma coisa que o acompanha: uma qualidade relativa à experiência dos mais velhos - os fundadores da velha Roma - e passada de geração para geração.⁶² (Grifou-se)

Atento à imprescindibilidade do uso da autoridade, sobre o surgimento do Estado, Dalmo Dallari ensina que, “na impossibilidade de ser aumentada a força de cada indivíduo, o homem, consciente de que *a liberdade e a força constituem os instrumentos fundamentais de sua conservação*, pensa num modo de combiná-los”.⁶³

Conclui-se, assim, que o abuso de autoridade, espécie do gênero do abuso de poder, compreende hipóteses de excesso de poder e de desvio de finalidade e é apurado toda vez que o ato do agente público intencional e injustificadamente frustrar o interesse público com propósitos ilegais.

Antônio Houaiss define o abuso de autoridade como sinônimo de abuso de poder.⁶⁴

Cabe aqui sublinhar uma importante distinção. O regime jurídico administrativo - conjunto de critérios orientadores da atuação dos agentes públicos - caracteriza-se pela estrita legalidade em que somente são admitidos os atos previstos e autorizados pela legislação, pois o poder encontra seu exercício e medida na lei. Distinto, pois, do regime jurídico privado, orientado, sobremaneira, pelo princípio da autonomia, no qual a liberdade é a regra.

O Estado exerce seu poder ou autoridade alicerçado na clássica tripartição de funções republicanas, orientada pelo sistema de freios e contrapesos de Montesquieu. O exercício de cada esfera desse poder possui características e limites insculpados na Constituição Federal e definidos pelo ordenamento jurídico -

62 FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 59. (Coleção Debates).

63 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 17, grifou-se.

64 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2009. p. 19.

sobretudo daqueles atinentes aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Assim, todo ato da autoridade pública que implicar ingerência na vida das pessoas deve observar, especialmente, os limites estabelecidos nos direitos e garantias fundamentais.

DO CONCEITO DE ABUSO DE AUTORIDADE

A adequada compreensão do tema demanda a análise minuciosa do conceito de abuso de autoridade e a extração de seu exato conteúdo e significado. Inicia-se com a acepção de autoridade.

Autoridade é o direito ou o poder de fazer-se obedecer, de ordenar, de tomar decisões e de agir ou fazer agir, com a possibilidade de recorrer ao uso da força.⁶⁵ Terá autoridade a entidade, o servidor ou o agente público dotado de poder. Nesse sentido, é sinônimo de poder.⁶⁶

A Academia Brasileira de Letras define autoridade como o *poder* legal de mandar ou proibir. Trata-se da pessoa investida de poder. É a capacidade pessoal de fazer-se obedecer ou para impor-se.⁶⁷ Ainda, aponta *autoridade* (substantivo masculino) como *sinônimo de poder*, e complementa registrando que, em um Estado democrático, poder é “a autoridade constituída para executar as leis e administrar a nação”.⁶⁸ Autoridade (substantivo masculino) também é *sinônimo de poder*, registra Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.⁶⁹ Ainda, acrescenta que autoridade é o poder de se fazer obedecer, de dar ordens, de tomar decisões, de agir; e poder é ter força ou autoridade.⁷⁰

Antônio Houaiss registra que poder (substantivo masculino) é o direito ou a capacidade de decidir, de agir e de ter voz de mando; é a *autoridade*; a supremacia em dirigir e governar as ações de outrem pela obediência; o domínio. E pleno poder é a *autoridade* ilimitada ou ampliada de poderes outorgados.⁷¹

65 CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário Compacto de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30/202.

66 Nesse sentido: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 226.

67 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 181.

68 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 998.

69 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 1591.

70 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 236/1591.

71 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 1513.

Em todas essas definições, autoridade é sinônimo de poder. Entretanto, como já assinalado, a acepção jurídica de abuso de autoridade pode ser equivalente à de abuso de poder (sentido amplo), ou espécie deste (sentido estrito). Por essa razão, Basileu Garcia afirma que “não é realizável o crime de abuso de autoridade sem o abuso de poder”.⁷²

O uso da autoridade é inerente ao poder da Administração Pública, e sem aquele seria impossível atingir os fins a que esta se destina - a satisfação do interesse público. É por esse motivo que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resultado expressiva Revolução Francesa, já determinava, no art. 12, que “*a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada*”.

Nessa linha – e pelos mesmos fundamentos –, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, previa:

Seção 13. Que uma milícia bem regulamentada, com o corpo composto pelo povo, treinada para as armas, é a defesa adequada, natural e segura de um estado livre; que os exércitos permanentes, em tempo de paz, devem ser evitados se perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, os militares devem estar sujeitos a uma rígida subordinação, e governo, do poder civil.⁷³

Não obstante, na acepção jurídica, o uso da autoridade apenas se legitima quando dirigida aos interesses gerais (públicos), respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento.

72 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, t. II, v. I, p. 549.

73 Tradução livre do texto original:- Section 13. That a well-regulated militia, composed of the body of the people, trained to arms, is the proper, natural, and safe defense of a free state; that standing armies, in time of peace, should be avoided as dangerous to liberty; and that in all cases the military should be under strict subordination to, and governed by, the civil power.”.

Por consequência, o abuso de poder ou autoridade comumente surgirá nas relações humanas não como um fim em si mesmo, mas, sim, para tornar mais fácil, mais seguro e mais eficiente a execução do crime, ou, ainda, propiciar a impunidade. Assim, o crime resultante do aproveitamento da autoridade, além de ferir, mais intensamente, a sensibilidade pública, exprime maior periculosidade, pois se dirige contra pessoas merecedoras de especial proteção legal, ou cuja proteção era confiada ao próprio agente.⁷⁴

Até este ponto, o abuso de autoridade equivale ao abuso de poder, de conceituação ampla; contudo, também é preciso estabelecer o conceito jurídico estrito de abuso de autoridade, diverso do de abuso de poder, que com este guarda uma relação de espécie e gênero, de conteúdo e continente.

Para extrair o exato conteúdo e significado jurídico-penal da expressão abuso de autoridade (espécie), e sua diferença para abuso de poder (gênero), retomar-se-á a análise de sua utilização no próprio Código Penal. Esse diploma penal trata do abuso de autoridade e do abuso de poder em dois momentos: como circunstância agravante (art. 61, *a*) e como crime de *exercício arbitrário* ou *abuso de poder* (art. 350).

O art. 61, inc. II, alíneas *f* e *g*, determina:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II – ter o agente cometido o crime:

[...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

74 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 296; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, t. II, v. I, p. 548; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 3, p. 128; e NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, p. 300.

Roberto Lyra⁷⁵ explica que, nas alíneas *f* e *g* do inc. II do art. 61 do Código Penal (art. 44, anterior à reforma penal de 1984), estão abrangidos os “abusos de autoridade pública ou particular não especificados na letra *h*”⁷⁶ (encargos, ofício, ministério ou profissão)”, e que, na alínea *h*, “também não há distinção entre poder público ou particular (chefe, tutor, curador, mestre concessor, médico, empregador, etc.)”.⁷⁷

O jurista também esclarece que todo cargo, ofício, ministério ou profissão pressupõe direitos e deveres, cujo abuso ou violação para a prática de crime denota maior periculosidade e se trata, sempre, de inobservância de uma obrigação moral ou jurídica.⁷⁸

Basileu Garcia, por sua vez, lembra o fato de, nessas hipóteses, também ser reduzida a possibilidade de defesa ou resistência da vítima⁷⁹ e acrescenta que a alínea *f* (abuso de autoridade⁸⁰), assim como permite a agravção da pena daquele que delinque contra seus patrões, impõe, reciprocamente, a elevação da pena do patrão que pratica o crime contra o empregado – “ou porque abusa da autoridade ou porque se prevalece também das relações domésticas”. À evidência, o jurista inclui, no abuso de autoridade, as relações privadas.

Aníbal Bruno restringe a agravante da atual alínea *f* (abuso de autoridade)

[às] particulares relações de dependência, intimidade ou comunidade material de vida, que prendam criminoso e vítima, como acontece com os crimes de abuso de autoridade, qualquer que seja a natureza da hierarquia, *de ordem privada*, em que a autoridade se apoie.⁸¹
(Grifou-se)

75 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 291.

76 Atual alínea *g*.

77 As alíneas indicadas são aquelas constantes da redação original do Código Penal de 1940, anteriores à reforma de 1984.

78 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 291.

79 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, t. II, v. I, p. 548.

80 Alínea *g* do art. 44 da versão original do Código Penal.

81 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 3, p. 128, grifo do original.

Na concepção de Magalhães Noronha, o abuso de autoridade “é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública, desde que não compreendida na alínea seguinte”⁸² (que trata de abuso de poder).

Damásio de Jesus esclarece que “a expressão ‘abuso de autoridade - indica o exercício ilegítimo da autoridade no campo privado, como relações de tutela, curatela, de ofício, de hierarquia eclesiástica, etc.’. No caso do crime cometido com abuso de poder, o jurista afirma que “o sujeito ativo deve exercer cargo ou ofício público, vindo a praticar o delito com abuso de poder ou violação de obrigação inerente à sua atividade”.⁸³

É importante observar que Damásio de Jesus claramente não equipara as expressões abuso de poder e abuso de autoridade; ao contrário, relaciona a autoridade com o *campo privado*, e o poder com o exercício de cargo ou ofício público. Certamente a desequiparação tem dois fundamentos básicos: primeiro, porque, como se sabe, a lei não contém palavras inúteis, e o Código Penal não empregaria duas expressões - abuso de poder e abuso de autoridade -, a título de circunstâncias que agravam a pena, em alíneas distintas (respectivamente, alíneas *f* e *g* do inc. II do art. 61), com o mesmo significado, pois, do contrário, não faria sentido prever a mesma circunstância em duas disposições, sob pena até mesmo de indesejável *bis in idem*, isto é, de repetição punitiva. E também em razão da ampla exegese das próprias alíneas *f* e *g*.

Em outras palavras, a alínea *f* do inc. II do art. 61 dispõe que o crime é agravado quando cometido em cinco circunstâncias específicas: com abuso de autoridade; prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou com violência contra a mulher na forma da lei específica. Relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade e violência contra a mulher são típicas da esfera privada e não da pública. Portanto, se quatro das circunstâncias são peculiares às relações privadas, pode-se concluir que a primeira - abuso de autoridade - também o é.

Nessa esteira, a alínea *g* do inc. II do art. 61 dispõe que o crime é agravado quando cometido em outras cinco circunstâncias específicas,

82 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, p. 300.

83 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte geral, v. 1, p. 563.

quais sejam, abuso de poder; e violação dos deveres inerentes a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Damásio de Jesus infere que a violação de deveres inerentes a cargo ou ofício são típicas das funções da Administração Pública.⁸⁴ Já aquelas relativas a ministério ou profissão podem estar na esfera pública ou privada. Portanto, certamente, na linha daquilo indicado na agravante de violação de dever de cargo, e, reitera-se, considerando que a lei não contém palavras inúteis, uma vez que o Código Penal não empregaria duas expressões agravadoras da pena com o mesmo significado, o jurista conclui que o abuso de poder se refere ao exercício de atividade típica da Administração Pública, tal como cargo ou ofício.

Essa linha de entendimento é defendida por Julio Fabbrini Mirabete, para quem o abuso de autoridade diz respeito às relações privadas – interpretação decorrente “da similitude desta hipótese com as demais contempladas na mesma alínea, em que se preveem casos de relações não-oficiais. O abuso das autoridades administrativas está descrito na alínea seguinte”⁸⁵ (respectivamente, alínea *g*). O jurista exemplifica, dentre outras, com a relação patrão–empregado e, ainda, esclarece que o abuso de poder constitui crime cujo bem jurídico é violado por agente público, que se excede no desempenho de suas funções.

Guilherme de Souza Nucci também assevera que o abuso de autoridade indicado nas circunstâncias agravantes “é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor e tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado, etc.”. Na visão do autor, o abuso de poder, também agravante genérica, “é justamente

84 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* - parte geral, v. 1, p. 563. Acompanham esse entendimento Rogério Greco (*Curso de direito penal*- parte geral. Niterói: Ímpetus. 2017. p. 729) e Celso Delmanto (*Código penal comentado*, p. 409). Essa posição é questionada por outros doutrinadores, que conceituam cargo como todo emprego público ou particular, e ofício como ocupação manual que pressupõe habilidade. Esse segundo entendimento é adotado por Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2007. p. 385) e, aparentemente, por Roberto Lyra (*Comentários ao código penal*, p. 295) e Basileu Garcia (*Instituições de direito penal*, t. II, v. I, p. 549). Julio Fabbrini Mirabete, em posição mista, indica que cargo é apenas o público, mas ofício não, podendo ser também privado (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. I, p. 300).

85 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. I, p. 299.

o abuso de uma função pública”, e, pondera com perspicácia, “por isso muito fácil de ser confundido com o abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898/65”.⁸⁶

Celso Delmanto comunga dessa mesma ideia, ao sustentar que o abuso de autoridade “diz respeito às relações privadas (tutela, curatela etc.) e não às funções públicas”.⁸⁷

Para haver o abuso de autoridade, é imprescindível que entre a violação e o evento exista uma relação direta de meio e fim. A violação deve ter sido assistida ou facilitada, no todo ou em parte, até o momento da consumação, pela violação ou abuso do poder de que se dispõe.

Além disso, o abuso deve ter por objeto o poder ou o dever inerentes ao cargo, ofício, ministério ou profissão, consistindo na inversão do uso, no interesse próprio ou alheio, de faculdade ou meio que somente se dispõe, para fim lícito; e, no que diz respeito a cargo público, no exclusivo benefício do interesse público.⁸⁸

Conclui-se, pois, que, nas agravantes genéricas, o Código Penal emprega a expressão abuso de poder como espécie restrita ao exercício de função pública - equivalente a espécie abuso de autoridade (abuso de poder público) – e utiliza a terminologia abuso de autoridade como espécie que compreende exclusivamente as relações privadas.

O Código Penal também cuida da questão em um segundo momento, no art. 350, sob a rubrica *exercício arbitrário ou abuso de poder*. Não obstante, conforme lição sempre definitiva de Nelson Hungria, o dispositivo representa na sua quase totalidade somente os atentados ou ofensas à liberdade pessoal, sob o aspecto da liberdade de locomoção ou direito de ir e vir. Trata-se do crime que os alemães denominam *Freiheitberaubung im Amt* (privação arbitrária da liberdade por funcionário público).⁸⁹ Dessa maneira, e considerando a especificidade do tipo e respectivo objeto jurídico, a análise do dispositivo não contribui decisivamente para o esclarecimento da conceituação criminal do abuso de poder e sua diferenciação de autoridade.

86 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 384.

87 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 407.

88 Nesse sentido: LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 295.

89 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 511.

A propósito do referido art. 350, diversos são os doutrinadores que o reputam revogado⁹⁰ ou derogado.⁹¹

Entretanto, no estudo do tipo em questão, Damásio de Jesus se debruça sobre a problemática terminológica aqui avaliada, com o enfoque especial da aceção dada ao abuso de autoridade pela Lei n. 4.898/1965.⁹² O jurista inicia a análise diagnosticando que, “sob o ponto de vista jurídico-penal, os crimes definidos na Lei n. 4.898/65 não receberam o ‘nomen juris’ apropriado”, uma vez que, afirma, a Lei n. 4.898/1965 não trata de abuso de autoridade, mas, sim, de abuso de poder.

Na esteira das disposições do Código Penal (art. 61 II, *f e g*), no que tange à “hipótese de abuso de autoridade, cuida-se de seu uso ilegítimo no âmbito das relações privadas; na de abuso de poder, o agente deve possuir cargo ou ofício público”.

Nessa linha de entendimento, José Frederico Marques vincula o abuso de autoridade às relações privadas, e o abuso de poder ao exercício de atividade pública.⁹³

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina estabelecem a mesma distinção entre abuso de autoridade e abuso de poder.⁹⁴

Novamente, conclui-se que, no art. 350, o Código Penal, a exemplo do que fez nas agravantes genéricas, emprega a expressão abuso de poder como espécie restrita ao exercício de função pública - equivalente a espécie abuso de autoridade (abuso de poder público).

De modo diverso do Código Penal, a Lei n. 4.898/1965 emprega a expressão abuso de autoridade como espécie, vinculada ao exercício de função pública. Aqui, como salientado por João Marcello

90 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1108; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 637; e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. III, p. 444.

91 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal - parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 340.

92 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte especial*, v. 4, p. 344 e ss..

93 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva. 1980. v. 2, p. 269/270.

94 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal - parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 2, p. 521. (Col. Ciências criminais).

Araujo Junior, o legislador preferiu usar a expressão *abuso de autoridade*, para limitar sua incidência apenas às relações de Direito Administrativo.⁹⁵

Surge, então, uma problemática - o Código Penal emprega terminologia aposta à que figura na Lei n. 4.898/1965. Por sua vez, o emprego diverso do *nomen juris* – abuso de autoridade e abuso de poder – causa frequentes equívocos práticos.

Roberto Lyra, em visão quase profética sobre o *nomen iuris* dos crimes, critica duramente alguns doutrinadores ao qualificá-los como *vulgares*, pois, em suas palavras:

[...] se entendem que, para isto, se convertem em ciência os métodos de defesa social contra o crime!... Fundarão escolas, escreverão livros, criarão teorias, inventarão terminologias, e até... cometerão crimes para impô-los como únicos depositários da verdade. O pior é que, muitas vezes, a omissão de uma rubrica, a troca de uma alínea por um parágrafo, um equívoco na disposição material ou na topografia de um dispositivo, convocam o estado-maior para transformar os descuidos de um dactilógrafo ou de um compositor em alta indagação científica. Também aquele comandante da anedota mobilizou a oficialidade do navio para procurar a ilha atirada por uma mosca ao mapa de bordo.⁹⁶

Na Lei n. 4.898/1965, o abuso de autoridade – para o Código Penal, abuso de poder –, espécie do gênero do abuso de poder, é o exercício imoderado da autoridade, que resulta em vantagem excessiva para si ou em desvantagem para outrem. Trata-se da prática de atos públicos que transcende os limites de suas atribuições, em benefício próprio ou em prejuízo de outrem; compreende as hipóteses de excesso

95 ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995. p. 89/90.

96 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 262/263. Texto reproduzido fielmente ao original.

de poder e de desvio de finalidade, apurado toda vez que o ato do agente público intencional e injustificadamente frustrar o interesse público com propósitos ilegais.

Tradicionalmente, quando debruçada sobre o estudo da Lei n. 4.898/1965, a doutrina difere o abuso de autoridade das demais espécies de abuso de poder em razão do exercício de uma autoridade *pública* – exatamente o oposto daquilo que se verifica quando essa mesma doutrina se dedica ao estudo do Código Penal. Conquanto questionável, sedimentou-se entendimento segundo qual, na Lei n. 4.898/1965, a existência de autoridade é típica das funções públicas, e não daquelas privadas. Dessa maneira, o abuso de autoridade expresso na Lei n. 4.898/1965 é sinônimo de abuso de poder público - conjunto de autoridades públicas que exercem poderes – e se caracteriza como o vício da atuação pública, qualificado pela ilegalidade, que lesa os interesses e os deveres da Administração e que pode, ou não, lesar a pessoa específica.

O entendimento expresso na Lei n. 4.898/1965, segundo o qual o exercício de autoridade tem relação com a atividade da Administração Pública, e não diz respeito às relações privadas, teria origem na doutrina não penal, pois colide com as acepções penais do termo, conforme já assinalado. Senão, veja-se.

No magistério de Pontes de Miranda, “abuso de poder é o exercício irregular de poder”.⁹⁷ Em seguida, o jurista explica que “usurpa do poder quem, sem o ter, procede como se tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente não usurpa; se, de certo modo, exorbita, comete abuso de poder”.⁹⁸

Nessa linha de raciocínio, José Cretella Júnior chega a asseverar que “não só no direito universal como no direito brasileiro, os doutrinadores empregam as expressões ‘excesso de poder’, ‘abuso de autoridade’, ‘desvio de poder’, ou ‘desvio de finalidade’, como expressões sinônimas”.⁹⁹

97 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. IV, p. 439.

98 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, p. 439.

99 CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*, p. 52.

Ao conceituar autoridade, para fins da interposição de mandado de segurança, José Cretella Júnior¹⁰⁰ expõe dois sentidos ao termo, um *lato* e outro *stricto sensu*.

Em sentido lato, autoridade é pública ou privada - por esse motivo são admitidos mandados de segurança contra atos de instituição particular de ensino, à luz do conceito extraído do art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal cuja redação diz:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em sentido estrito, autoridade apenas compreende o exercício do poder público.

O jurista conclui que “o conceito de autoridade é o mais amplo possível. Pode ser autoridade pública ou autoridade privada”.¹⁰¹

Hely Lopes Meirelles adota apenas o conceito estrito de autoridade e o restringe ao poder público e seus delegados.¹⁰²

Como se pôde verificar, trata-se de uma conceituação diversa daquela proposta pelos penalistas. Pode estar aí a inspiração de Bilac Pinto para o Projeto que se tornou a Lei n. 4.898/1965, sob o título de abuso de autoridade.

Por consequência, a doutrina clássica conceitua o abuso de autoridade como qualquer atentado aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos – a exemplo do direito à liberdade de locomoção, à inviolabilidade do domicílio; ao direito de reunião –, cometido por aqueles que exercem, em seu próprio nome, parcela da soberania estatal.

100 CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*, p. 62.

101 CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*, p. 62.

102 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 25. Contudo, o autor reconhece que, para fins de mandado de segurança, os atos de autoridade compreendem também outros atos.

Consectário lógico, no abuso de autoridade estão envolvidas todas as ações que abarcam o exercício de autoridade pública, como: excesso de poder; de desvio de finalidade; abuso de poder político; abuso do poder de legislar; abuso do poder inerente ao exercício de cargo, emprego ou função pública; desvio de função pública; abuso do poder de polícia; abuso do poder judiciário; abuso do poder investigatório; atos de corrupção; crimes de responsabilidade; e crimes previstos na lei de licitações.

Dessa maneira, de acordo com a Lei n. 4.898/1965, é passível de sanção criminal quem, investido de grande poder público, valendo-se dessa posição, abusa ou excede dos poderes que lhes são conferidos por lei, ou conserva tal situação, empregando meios fraudulentos ou violentos, causando grave prejuízo à Administração Pública e a direitos subjetivos ou interesses individuais ou difusos, ou atentando contra direitos do homem, em proveito próprio ou alheio.

No entendimento do presente estudo, esta se afigura como a acepção mais correta da terminologia abuso de autoridade, adotada pela Lei n. 4.898/1965. É bem verdade que o Código Penal adota conceituação diversa, como já assinalado. Também é certo que, em sendo a Lei em questão posterior ao Código Penal, por razões de integração do ordenamento jurídico, deveria ter adotado a mesma metodologia empregada por este – ou, então, providenciado sua alteração (do Código).

Contudo, viu-se que as relações de poder transcendem os cargos, empregos e ofícios públicos e, naturalmente, atingem as relações privadas - abuso de poder econômico, abuso do poder parental, abuso do poder patronal (assédio sexual), abuso do direito de ação e respectivos recursos, entre outros – o que se explica pelo fato de, como salientado, as relações de poder serem inerentes à vida humana em sociedade.

Dessa perspectiva, tem-se que o abuso de poder pode abraçar, naturalmente, qualquer interação humana - pública ou privada - permeada por uma relação de poder. É, conseqüentemente, irrestrito à esfera da Administração e compreende os particulares. Disso desborda, também por conseguinte, que apenas pode ser tido como gênero, o qual envolve o abuso de autoridade, mas a ele não se limita.

Para a espécie, espontaneamente, resta a figura do abuso de autoridade, esta, sim, adstrita às relações públicas, contida no abuso de poder.

Nesse caso, trata-se da metodologia empregada pela Lei n. 4.898/1965, antagônica à terminologia constante no Código Penal.

Esboçada a problemática e exposto o posicionamento deste estudo, cumpre aprofundar a conceituação de abuso de autoridade, observada a necessária premissa do entendimento aqui adotado.

Marcus Cláudio Acquaviva exige, para a caracterização do abuso de autoridade, os seguintes pressupostos: que o ato praticado seja ilícito; que tenha sido praticado por funcionário no exercício de suas funções; e que não tenha ocorrido motivo que o legitime.¹⁰³

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.¹⁰⁴ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”.¹⁰⁵

A autoridade – esta, sim –, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do Juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

Socorre-se aqui do Direito Comparado, no caso, o Código Penal Português (Decreto-lei n. 48, de 15 de março de 1995), que define

103 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 22.

104 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, p. 25.

105 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, p. 25.

o abuso de poder (espécie equivalente ao abuso de autoridade) em um tipo expressamente subsidiário:

Artigo 382º. Abuso de poder. O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, *com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa*, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. (Grifou-se)

O delito contém descrição precisa e certa da conduta que caracteriza o tipo subsidiário do crime de abuso de poder, e exige dolo específico, qual seja, que seja cometido “com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa”.

No caso brasileiro, diversamente da legislação lusitana, o texto legal em vigor sobre abuso de autoridade adota redação generalista em alguns de seus tipos penais,¹⁰⁶ circunstância que viola o princípio da reserva legal - na forma da taxatividade¹⁰⁷ que pressupõe a definição de todos os elementos integrantes da conduta típica -, insculpido no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal.

Nem todo atentado às liberdades individuais, cometido por agente público, constitui crime de abuso de autoridade. Exige-se, para a incidência da norma penal, que o sujeito ativo atue com o propósito específico de extrapolar o poder que lhe é conferido por lei, violando, por conseguinte, os direitos fundamentais daquele contra quem dirige sua conduta inadequada.

Embora merecedor de reprovação e punição na esfera funcional, o mero desatendimento da lei por autoridade pública não é suficiente à caracterização de crime de tal gravidade. Deve-se exigir mais. Assim, para que a conduta seja típica, é imprescindível a vontade livre e consciente de exorbitar de seu poder, na mesma linha daquilo demandado nos crimes previstos nos arts. 313 a 326 do Código Penal.

106 Por exemplo, a redação do art. 3º da Lei n. 4.898/1965, não obstante aceita pela jurisprudência.

107 Nesse sentido: NUCCL, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 38.

Essa exigência se dá pelo fato de, como se sabe, as normas jurídicas muitas vezes comportarem diferentes interpretações. Não raro identificamos, em um mesmo Tribunal, posicionamentos diversos sobre um único dispositivo.

Nessas condições, a punição de autoridades públicas em razão da simples divergência na interpretação de leis ou na avaliação de fatos e provas encerraria retrocesso capaz até mesmo de dificultar progressos reconhecidamente feitos pela jurisprudência.

DO ABUSO NA COMPETÊNCIA - PODER OU AUTORIDADE – DE LEGISLAR

No rol das diversas formas de abuso de poder, especificamente na espécie abuso de autoridade, inclui-se o abuso do poder - ou autoridade - de legislar, uma das mais praticadas, e causa de justas preocupações penais, até mesmo de rompimento democrático.

Sabe-se que o Legislativo exerce competência de qualificada grandeza, afeta ao delicado trabalho de elaboração de leis que gozam de abrangência, abstração, coerção e efeito vinculante, com naturais implicações para toda a sociedade.

Considerada sua importância, o abuso, por excesso ou deficiência (omissão), do poder de legislar é matéria que congrega preocupações há séculos. Assim, faz-se necessária uma breve digressão.

Em tempos remotos o legislador era tido como absoluto e a lei como “infiscalizável” pelo Judiciário. Entretanto, logo se percebeu que sem o controle das leis, inexistia Estado de Direito. O absolutismo concentrador de poderes produziu abusos de tal monta que fizeram surgir as inúmeras teorias para, gradativamente, limitar seu exercício e controlar seu conteúdo, como a da soberania popular, de Jean-Jacques Rousseau; e a da tripartição dos poderes, de Montesquieu. Com isso, foram descortinadas injustiças ocultas sob o aparente manto da normalidade.

Na Inglaterra, onde se deu o primeiro passo para o surgimento das chamadas declarações de direitos, em 1215, a Magna Carta limitou o poder reinol de impor tributos nos seus primeiros dispositivos ao dispor que “Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*)”.¹⁰⁸ Também estabeleceu limites ao poder de tributação (arts. 12, 14 e 16), com vedação ao confisco (arts. 28, 30 e 31). Trata-se de

108 *Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das Liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês).

clara preocupação com os excessos fiscais então praticados ou, em outras palavras, com o abuso do poder de legislar.¹⁰⁹

O *Bill of Rights* inglês, também conhecido como Lei de Direitos, do Rei Guilherme III, de 1689,¹¹⁰ considerou ilegal o rei suspender a vigência de leis ou autorizar o seu descumprimento, estabeleceu que o monarca não pode lançar tributos nem manter exército permanente sem autorização do Parlamento. Trata-se do primeiro documento oficial a garantir a participação popular, por meio de representantes parlamentares, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade, e a vedar, ainda, a instituição de impostos excessivos, de punições cruéis e incomuns.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) destaca, logo no preâmbulo, a corrupção e os atos dos Poderes Executivo e Legislativo contra os quais buscam proteção:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas *causas dos males públicos e da corrupção dos Governos*, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os *atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo*, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais

109 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

110 Após grave confronto com o Parlamento, o rei Jaime II fugiu da Inglaterra, em episódio conhecido como Revolução Gloriosa de 1688. Para assumir o trono foi chamada sua filha Maria II, casada com o primo Guilherme III (Guilherme de Orange). No entanto, sua condução por aclamação foi condicionada ao acolhimento de uma série de direitos, que objetivavam dar fim ao absolutismo dos reis Stuarts, casa a que pertenciam Jaime II e Maria II.

respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (Grifou-se)

Sob inspiração da doutrina do *détournement de pouvoir*, concebida pelo Conselho de Estado francês para identificar vícios dos atos administrativos, passou-se ao estudo do desvio de poder legislativo.

Em 1789, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) dos Estados Unidos da América também conteve o abuso do poder de legislar. Dentre as emendas à Constituição Estadunidense, todas elas versando sobre a preservação dos direitos fundamentais do cidadão, destaca-se a primeira, que expressa típica proibição do abuso do poder de legislar:

*O Congresso não deve fazer nenhuma lei em observância a um dogma religioso, ou proibindo seu livre exercício; ou abdicando da liberdade de expressão, ou de imprensa; ou do direito das pessoas de se reunirem de forma pacífica e de solicitarem ao governo uma reparação de queixas.*¹¹¹ (Grifou-se)

Ainda nos Estados Unidos da América, a partir da regra do *due process of law* (para o Brasil, o devido processo legal), a Suprema Corte construiu e sedimentou forte jurisprudência que permite a fulminação de leis divorciadas das finalidades públicas.

Na Itália e na Alemanha, a doutrina também leciona sobre o abuso ou excesso do poder de legislar, e dele se ocupa.

Historicamente, portanto, o abuso do poder ou autoridade de legislar - das mais cometidas espécies de exercício arbitrário do poder - foi um dos motivos do surgimento das principais Cartas de Direitos e até

111 Tradução livre do original: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances".

hoje é causa de justas preocupações penais, até mesmo de rompimento democrático.

No Brasil, a história também registra que os detentores do poder de legislar se utilizaram dele para fins indevidos. Com base na lei, o Partido Comunista foi privado, por décadas, de participar oficialmente do processo político nacional. O ordenamento jurídico autorizou que os agentes da *lei e da ordem* dissolvessem, mediante violência física, manifestações legítimas de estudantes e trabalhadores; liquidassem associações; e impedissem reivindicações honestas. Em nome da lei pessoas foram capturadas, presas, torturadas e até mesmo mortas nos anos de chumbo.

O Ato Institucional n. 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968, resultou na perda de mandatos de parlamentares contrários aos militares, nas intervenções ordenadas pelo Presidente da República nos Municípios e Estados, na suspensão de garantias constitucionais que implicaram até mesmo tortura. O Presidente da República recebeu autoridade para fechar o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas dos Estados; assumir, durante os períodos de recesso forçado, as funções do Poder Legislativo; intervir em Estados e Municípios a pretexto da *segurança nacional*; suspender as autoridades locais e nomear interventores federais; instituir a censura; suspender o *habeas corpus* nos crimes políticos; decretar a suspensão de direitos políticos dos cidadãos considerados subversivos; e lançar determinados decretos que não estavam sujeitos a controle judicial.

A escravidão, exemplo máximo de desrespeito dos direitos humanos e abuso mediante o controle econômico, já encontrou respaldo na lei.

No discurso jurídico é possível forjar-se a criação de supostos valores, crenças e representações ideológicas. Com base nisso, grupos dominantes buscam impor, pela lei, seus valores. Em Estados teístas o expediente implica a injunção de religiões e seus respectivos padrões morais com a força cogente da lei. Revoluções autoritárias são estabelecidas mediante leis abusivas.

Miguel Reale já advertia:

[...] não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do

Estado Federal, quando há normas vigentes estabelecendo um “código superior de deveres”, o ato legislativo não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao “processo legislativo” para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem jurídica.¹¹²

João Marcello Araujo Junior, por sua vez, ressalta que “os detentores do poder de fazer as leis, corrompidos pelo interesse, pelo prazer da exibição de poder, muitas vezes se apropriam do instrumento legislativo para fazer impor aos outros sua vontade e, com isso, obter vantagens”.¹¹³

Não se pode fechar os olhos para a realidade. Sabe-se que grandes empresas exercem pressão econômica para obter leis destinadas a beneficiá-las nas relações com consumidores e com seus empregados, no controle de negócios e na facilitação de empréstimos, financiamentos e regalias fiscais.

Atualmente, nenhuma Constituição pode ser chamada de democrática se não conceber um sistema eficiente de divisão e controle recíproco dos poderes do Estado. Trata-se do chamado sistema de freios e contrapesos que contempla também o poder de legislar, impondo-lhe limites e formas de moderação.

O Legislativo ocupa, na configuração tradicional da tripartição dos poderes, relevância indiscutível afeta à delicada tarefa de elaboração das leis. A abrangência, a abstração, a coerção e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam a grandeza dessa função. O ato legislativo tem repercussões em toda a sociedade e nas diversas searas da vida humana.

Mas não é um poder soberano, absoluto ou ilimitado, e sim regrado e subordinado à ordem jurídica, em respeito ao Estado de Direito e ao regime democrático representativo ou indireto, cuja ofensa,

112 REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 39/40, p. 73-82, 1975, p. 76/77.

113 ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*, p. 90.

ostensiva ou sub-reptícia, converte a norma em condenável arbítrio. Isso, aliás, é o próprio Estado de Direito, onde inexistem, para os exercentes do poder, zonas não juridicizadas. Todas as funções do Estado devem ser realizadas na forma do direito, de modo que as normas jurídicas são o quadro de toda a atividade da Administração Pública.

O legislador nunca é totalmente livre, mesmo quando a Constituição nada tenha disposto sobre o assunto a ser regulado.¹¹⁴ Tem competência para legislar, mas não liberdade para fazê-lo. E a competência é, por natureza, um poder dirigido a finalidades estranhas ao agente, a ser exercido quando e com as modalidades requeridas pelos correspondentes interesses públicos que deverão ser tutelados.

Os fundamentos de legitimidade democrática do ordenamento jurídico estão na sua constitucionalidade adstrita à vinculação ao interesse coletivo, o que exige respeito aos princípios insculpidos na Constituição Federal; na observância da regularidade procedimental; e na atuação com imparcialidade moral; assegurada, sempre, a possibilidade de manifestação direta da vontade daqueles que serão afetados pelas normas. O interesse público é o único motor possível dos agentes públicos, entre eles do legislador. Por isso a Constituição Federal sujeitou a Administração Pública aos princípios da igualdade (art. 5º, *caput*), impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*), entre outros. Do contrário, o regime jurídico poderá servir a uma ordenação social injusta.

Também o reconhecimento da função ativa e independente a ser desempenhada pelos órgãos e instituições do sistema de justiça é elemento intrínseco à natureza do regime democrático, e deve sempre orientar o legislador. Pautado por critérios jurídicos e respeitado o regramento constitucional, o sistema de justiça pacifica a convivência sem arrefecer progressos, pela prevenção ou solução de conflitos.

A propósito do desvirtuamento das finalidades da lei, Miguel Reale adverte:

[...] alegar-se-á que a lei pode tudo, até mesmo converter o vermelho em verde, para eliminar proibições e permitir a passagem de benesses,

114 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, p. 152-178, 1993, p. 160.

mas há erro grave neste raciocínio. As vedações constitucionais, quando ladeadas em virtude de processos oblíquos, caracterizam desvio de poder e, como tais, são nulas de pleno direito.¹¹⁵

João Marcello Araujo Junior anota que a “apropriação do poder de legislar e, conseqüentemente, de instrumentalizar o direito abusivamente, pode ocorrer de várias formas”.¹¹⁶ Assevera que o abuso do poder de legislar “poderá ser destinado a socorrer membros do grupo hegemônico em eventual dificuldade; que “a lei penal poderá ser instrumentalizada para garantir a impunidade; e que “o direito pode ser utilizado no sentido de eternizar o grupo dominante”. Exemplifica com “as leis que historicamente fixaram, ou deixaram de fixar, as áreas indígenas” e menciona a expropriação de bens, e o “revanchismo político para sufocar classes funcionais que se mostraram hostis, através do estrangulamento de seus vencimentos”.

Dessa maneira, o poder de produzir normas jurídicas, conquanto em parte política - porque encerra exercício de representação da vontade popular -, só é legítimo e constitucional se executado impessoal e regularmente, voltado para os interesses públicos que motivaram a atribuição da competência legislativa, embebida de objetividade, sem privilégios ou mesquinhez e sob o controle do Poder Judiciário. Do contrário, ver-se-á o legislador perdido em descaminhos, seduzido pela tentação de outorgar benefícios ou autorizar perseguições mediante artifícios, à margem dos princípios que devem informar o processo legislativo e toda a Administração Pública. Não raro a lei, subrepticamente, deforma ou subverte a Constituição Federal.

Daqui, extrai-se a conceituação do abuso do poder de legislar. A atividade legislativa será abusiva, por ação ou omissão, sempre que ilegítima - para a satisfação de interesse diverso daquele que determinou dever/poder (competência) constitucional de elaborar leis - ou irregular - porque os motivos determinantes do exercício daquele dever/poder não estão presentes, ou por inconstitucionalidade (formal ou material).

115 REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, n. 39/40, p. 76/77.

116 ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*, p. 90 e ss..

A legitimidade está relacionada com o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.¹¹⁷ A moderna doutrina constitucionalista informa que a utilização de fórmulas motivadas por razões espúrias ou ilegais (sentido amplo) contraria os princípios básicos do Estado de Direito, como a moralidade, a impessoalidade, a igualdade e a eficiência. Em matéria de inconstitucionalidade não se deve ater apenas a aspectos estritamente formais, mas antes procurar verificar, no caso concreto, aquilo que a Constituição Federal ordena, com base no bem comum, e aquilo que a lei ordinária determina.

A atividade do Estado só é legítima se impessoal, portanto, não pode ser orientada por interesses pessoais, do agente público ou particular. Cármen Lúcia Antunes Rocha ensina que, “de um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador público; de outro, significa a ausência de nome do administrado”.¹¹⁸ Essa lição se reproduz em toda a doutrina, com alguma variação terminológica. Alguns se atêm à expressão constitucional e utilizam a impessoalidade; outros mencionam o princípio da finalidade;¹¹⁹ outros aludem ao princípio da finalidade;¹²⁰ e outros, ainda, preferem o princípio da função. A ideia subjacente a esses termos, porém, é sempre a mesma - os poderes estatais só são exercitáveis com vistas às finalidades públicas; fora desse quadro, perdem sua legitimação.

É da essência do regime democrático representativo que muitas das decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo. Por conseguinte, a competência legislativa importa em uma responsabilidade qualificada que impõe ao legislador a obrigação de empreender providências essenciais à população. A legislatura é, portanto, um dever do Poder Legislativo representante, e um direito do povo representado.

117 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 506.

118 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: LE, 1990. p. 85.

119 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 85.

120 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 68/69.

Esse dever de agir deve acompanhar as necessidades da vida moderna, o que exige uma resposta rápida e eficaz dos problemas identificados. É um dever de agir, adstrito à necessidade, qualificado pela presteza e eficiência, pois os espaços não ocupados pelo legislador podem ser tomados pelo arbítrio.

Essa é a razão de haver mecanismos constitucionais de controle da omissão legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão. O direito da sociedade em ver temas regulamentados, para a Constituição Federal, provocou o reconhecimento da pretensão de edição de atos normativos, dedutível em juízo por instrumentos constitucionais específicos.

Mas isso não se confunde com a formulação legislativa apressada que ocasiona graves deficiências como a incompletude, a incompatibilidade sistêmica e a inconstitucionalidade, entre outros aspectos. Como dito, a abrangência, a abstração, a coerção e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não apenas a grandeza dessa função, mas também anunciam a problemática a ser enfrentada, circunstâncias que exigem redobrados cuidados interdisciplinares que transcendem os aspectos jurídicos. Isso explica o fato de muitas leis serem precedidas, por exemplo, de estudos minudentes, prognósticos, levantamentos cuidadosos, audiências públicas, consultas a especialistas, colaboração de operadores do direito. As consequências de eventual imprevisão e da imperícia podem causar danos irreparáveis.

Também não se pode tomar o dever de legislar como uma advertência absoluta da obrigatoriedade de edição de normas. Em um regime democrático a regra é a presunção de liberdade e o consequente regime legal mínimo - a inexistência de regulamentação não implica, necessariamente, o caos. É certo que a universalidade da atividade legislativa comporta poucas limitações materiais, mas o direito natural à liberdade se sobrepõe ao dever normativo, tornando o exercício da competência para legislar uma atividade subsidiária, o que implica dizer que a elaboração de normas está adstrita também ao princípio da necessidade, que obsta a promulgação de leis supérfluas ou iterativas - hipótese de abuso do poder de legislar.

A liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com

um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

A regularidade pertence ao universo do devido processo legislativo e consiste na observância do conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento dos órgãos competentes na produção de leis ou atos normativos.¹²¹

O devido processo legislativo, corolário da legalidade, comporta três gêneros de limites a serem observados: formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais ou de mérito. Deve ser obedecido o devido processo legislativo, no momento oportuno, e versando sobre matéria em conformidade com a Constituição.

As limitações formais ao poder de legislar abarcam todas as disposições específicas do processo legislativo (competência, iniciativa, trâmite, discussões, deliberações, votação, sanção ou veto e promulgação).

Os limites circunstanciais evitam modificações no texto constitucional em certas ocasiões anormais e excepcionais no País, para evitar cerceamento da liberdade e independência de órgãos e instituições. São as hipóteses de estado de sítio, de defesa ou de intervenção federal.

Os limites materiais são diversos e envolvem também temas sobre os quais o Parlamento nem sequer pode legislar (art. 60, § 4º) – as chamadas cláusulas pétreas.

Essas cláusulas, que sempre devem ser observadas, não são passíveis de alteração ou desrespeito. Abrangem princípios fundamentais da vida moderna como a forma republicana (escolha popular no plebiscito de 1993); o Estado federativo; o direito de voto; a separação e independência dos Poderes; os direitos e garantias individuais; e a proibição de anistia para desvio e apropriação de dinheiro público (art. 37, § 5º, da Constituição Federal).

Dentre os direitos e garantias fundamentais, destacam-se a isonomia no dever/poder de legislar, pois, como adverte Francisco Campos:
[...] não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de

121 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 68/69.

igualdade, conferindo a uns vantagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros.¹²²

Em matéria penal também devem ser incluídos os princípios constitucionais da legalidade ou da reserva legal (*lex scripta*); da anterioridade da lei (*lex praevia*); da irretroatividade da lei mais severa; da retroatividade da lei mais benigna; da taxatividade (*lex certa* ou *lex stricta*); da proibição da analogia *in malam partem*; da fragmentariedade; da intervenção mínima ou subsidiariedade; da insignificância; da culpabilidade; da humanidade; da proporcionalidade da pena; do estado de inocência; da igualdade; do *ne bis in idem*; da personalidade ou responsabilidade pessoal; da individualização da pena; e da alteridade ou da transcendentalidade. A inobservância de qualquer dos postulados expostos redundará, inevitavelmente, em abuso do poder - autoridade - de legislar.

A inobservância dos limites da atividade parlamentar, definidos na legislação, de compulsório atendimento ou, em outras palavras, o abuso do poder de legislar, está sujeito ao controle repressivo do Poder Judiciário, uma vez que, conquanto sabidamente desejável, nem sempre esses limites são observados com o necessário rigor. Não raro prevalecem, no processo legislativo, fatores políticos, econômico-financeiros ou de outra índole impostos mediante artifícios indébitos que contornam o regramento da atividade parlamentar - tornando-o letra morta -, o que resulta na aprovação de leis inconstitucionais.

Como adverte Miguel Reale:

[...] infelizmente, não é raro que, sob a mais aparatosa das “finalidades humanísticas” se realizem soluções que albergam vícios insanáveis de ilegalidade, para não falar das situações funcionais que redundam em

122 CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. II, p. 189.

reprováveis privilégios, rompendo a linha de proporcionalidade e de isonomia que deve reger as formas de retribuição material do serviço público.¹²³

O abuso do poder de legislar fere a Constituição Federal, causa insegurança jurídica, macula a separação dos poderes, gera instabilidades, infringe direitos e pode, até mesmo, importar na quebra da democracia representativa. A imposição das modernas ditaduras não escapa do uso da força, onipresente em sistemas autoritários, mas utiliza-se, sobretudo, de leis abusivas como instrumentos para sedimentar-se no poder e nele perpetuar.

Em síntese, conforme magistério de Miguel Reale, “trata-se, não há dúvida, de enunciados óbvios, mas como advertia Wendell Holmes, vivemos numa época em que o óbvio parece andar esquecido”.¹²⁴

Helena Cláudio Fragoso, por sua vez, alerta:

[...] não devemos ter muitas ilusões quanto à reversão do processo corrupto de abuso do poder de legislar, pois quaisquer estratégias de prevenção e controle somente serão eficazes quando ocorrer uma completa reforma da estrutura econômica e política de nossa sociedade, com o estabelecimento de uma ordem social mais justa e democrática.¹²⁵

123 REALE, Miguel. *Abuso do poder de legislar*, p. 74.

124 REALE, Miguel. *Abuso do poder de legislar*, p. 74.

125 FRAGOSO, Helena Claudio. *Direito penal e direitos humanos- coletânea de escritos esparsos; e Advocacia e liberdade- crônica dos tempos da ditadura*. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*, p. 92/93.

O ABUSO DO PODER DE LEGISLAR E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Já se salientou que o poder de legislar comporta, dentre outras, limitações materiais que abarcam os princípios constitucionais dos quais o legislador não pode afastar-se, como o da isonomia ou igualdade - a fórmula segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente deve sempre ser obedecida. Nem ao menos ao legislador, legítimo mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses em uma sociedade democrática organizada sob o primado da legalidade.

Não se discorre, aqui, sobre o primado da isonomia, já exaustivamente dissecado pela abalizada doutrina administrativista que trata da existência de situações que exigem - ou não - a utilização de um critério de desequiparação (*discrímen*). Contudo, faz-se necessário identificar as consequências da aplicação do princípio da igualdade no poder de legislar, cuja inobservância poderá conduzir o ato legislativo aos domínios do abuso.

Francisco Campos pondera:

[...] não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de igualdade, conferindo a uns vantagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros.¹²⁶

O ponto merece especial destaque em razão da peculiar dificuldade de mensurar, no caso concreto, o acerto - ou não - do tratamento isonômico conferido pelo legislador, incluída a necessária desequiparação daqueles que por razões de fato já estão em situações desiguais. É particularmente difícil avaliar a regularidade da necessidade

126 CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*, p. 189.

legislativa de desigualar ou equiparar casos. Em determinadas hipóteses, é tormentoso definir se o *discrímen* é ou não razoável. Daí por que a isonomia legislativa, de difícil aferição e que exige tratamento análogo aos iguais, e desigual aos que se desequiparam, na medida dessa desigualdade, é campo fértil para a sub-reptícia semeadura do abuso do poder de legislar.

A igualdade é consectário lógico da legalidade. Se o legislador está adstrito à lei, não pode compor decisões para determinados casos particulares, mas deve fazer incidir, nas situações específicas, as soluções gerais e abstratas, previamente estabelecidas e que colhem, igualmente, todos os cidadãos.

O Estado de Direito não se contenta com o governo da lei, ou seja, o exercício administrativo por decisões formalmente legisladas e individualizadas. É preciso que o governo seja por leis, isto é, aquele desempenhado pela elaboração de um ordenamento geral e abstrato, e que posteriormente incide sobre as hipóteses concretas. Do contrário, inexistiria igualdade entre os cidadãos, pois o legislador, ao cuidar especificamente de cada caso ou indivíduo, coisa ou relação, empregaria soluções diversas para conjecturas equivalentes, privilegiando uns e penalizando outros.

Dessa maneira, sempre que o legislador abandona a generalidade e abstração para cuidar de situações concretas correrá grande risco de abuso do poder, exteriorizado em leis que beneficiam ou prejudicam determinadas pessoas, por serem erigidas sob os destroços do princípio da igualdade.

Francisco de Campos, em estudo sobre os contornos da isonomia, pondera:

[...] o conceito de lei, em tal tipo ou sistema de Constituição, não pode deixar de ser o conceito de lei como regra geral e abstrata ou a vedação, ainda que implícita, ao Poder Legislativo de editar, para a esfera reservada à liberdade ou aos direitos individuais, medias que não sejam concebidas em termos gerais, ou que tenham como objeto, ao invés de uma classe ou de uma ordem de relações, casos concretos, particulares

e determinados. Ou, em outras palavras, a lei não poderá regulamentar para um só caso ou para um só indivíduo o que neste é comum com outros casos ou outros indivíduos. De outra maneira, a declaração de direitos seria apenas um discurso, sem qualquer alcance de ordem prática, e o seu enunciado na Constituição destoaria, de maneira evidente, da gravidade própria de um documento de tal natureza. De que valeria, com efeito, a declaração de direitos, se ao Poder Legislativo continuasse reservada a faculdade de intervir, mediante decisões ou ordens concretas, na esfera da liberdade individual, modificando o estatuto jurídico, pessoal ou patrimonial dos indivíduos, por força de critérios parciais, ocasionais ou acidentais, ou com aplicação a alguns casos ou a algumas pessoas, estabelecendo, assim, discriminações onde o que o constituinte entendeu garantir foi, precisamente, a ausência de discriminação?¹²⁷

A lei é a forma que o Direito assume na sociedade para organizar a vida coletiva com o objetivo de alcançar o bem comum, por isso, precisa ser genérica e abstrata. Daí a Constituição Federal inscrever, como norma primordial, o princípio da isonomia ou igualdade, tornando essa abstração e generalidade obrigatórias e apondo-as como obstáculos às disposições legislativas formuladas para impor discriminações indevidas ou individualismos.

A propósito, Seabra Fagundes diz:

[...] quando o legislador edita normas de conduta, gerais e abstratas (leis em sentido material), o que lhe cumpre é, dentro delas, não dispensar vantagens ou criar ônus para pessoas

127 CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 10, p. 376-417, 1947, p. 408.

ou relações que esteja, pela sua posição ou configuração, em pé de igualdade. O princípio significa para ele que, ao elaborar a lei, deve reger com igualdade de disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las, ou gravá-las em proporção às suas diversidades.¹²⁸

Se, por exemplo, o legislador onera ou privilegia alguém em detrimento de outrem em igual situação, se não distingue os diversos, ou se faz a distinção dos diversos sem a relevância adequada vulnera a necessária igualdade.

Dessa maneira, não pode o legislador editar leis discriminatórias, no que se incluem as situações em que o tratamento desigual incide sobre pontos onde não há diferenças razoáveis. A lei não poderá discriminar senão quando existam fundadas razões de fato que comprovem a existência de diferenças reais a justificar a desequiparação. Onde a diferença é um dado de fato, a lei a reconhece para tratar cada caso, conforme sua específica natureza. Quando, entretanto, a lei discrimina entre iguais, há infringência do princípio da isonomia e, conseqüentemente, abuso do poder de legislar.¹²⁹

Em outras palavras, não pode o legislador criar uma desigualdade, mas somente reconhecer uma desequiparação de fato já existente e, conseqüentemente, estabelecer tratamentos dessemelhantes correspondentes. O legislador não pode tratar de maneira diversa situações de fato correspondentes, bem como não pode, igualmente, deixar de reconhecer a desigualdade fática existente e, por conseguinte, fixar regramentos diferentes para conjunturas distintas.

No entanto, a isonomia, a legalidade e a eficiência exigem mais.

José Joaquim Gomes Canotilho identifica a problemática

128 FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 44, n. 235, p. 3-15, maio 1955, p. 7.

129 Nesse sentido: CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, n. 10, p. 385.

do critério material para um juízo de valor sobre a relação de igualdade e recomenda, em breve síntese, que “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.¹³⁰

Sopesadas todas as dificuldades de se identificar a justeza da utilização - ou não - de certa discriminação, é possível assegurar que toda vez que a distinção esteja fundada em critérios cuja utilização conduza a resultados contrários aos princípios constitucionais ou aos objetivos da norma, a respectiva lei fere a isonomia. O inverso também é verdadeiro, e sempre que o tratamento desigual estiver direcionado para a observância da Constituição Federal e das finalidades da lei, a norma será isonômica. Em outros termos, o critério de discriminação (*discrimen*) deve ater-se à finalidade da lei e aos princípios constitucionais.

Em termos concretos, a finalidade da norma porventura discriminatória deverá ser pertinente aos interesses constitucionalmente protegidos; alinhada com as finalidades da lei; e deve objetivar a consecução do interesse público (bem comum). O mesmo vale para o tratamento cartesianamente igualitário.

Atenta a essa forçosa obrigação do legislador - pena de abuso do poder de legislar -, a moderna doutrina constitucionalista tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis, racionais, concatenadas com a Constituição Federal e com os objetivos da lei. Em outras palavras, a utilização de discriminações ou imposição de igualdades matemáticas não podem ser arbitrárias, implausíveis ou caprichosas. Ao contrário, devem ser idôneas, hábeis e necessárias para o alcance de finalidades constitucionalmente válidas.

Para tanto, é imprescindível existir uma relação de congruência total entre a discriminação e o fim a que ela se destina - identificação perfeita entre meio e fim. Se a distinção for leviana ou injustificada, a norma será arbitrária.

Infortunadamente, como será observado adiante, nada há a salvar no Projeto de Lei objeto deste estudo. Todos os seus dispositivos são inconstitucionais, por vício material de afronta ao princípio da isonomia.

130 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Lisboa: Almeida, 1991. p. 577.

PRECEDENTES HISTÓRICOS

A atenção dispensada à questão do abuso de poder não é novidade nos universos filosófico, sociológico ou jurídico. De certo modo, ainda que muito rudimentar aos olhos do contemporâneo operador do direito, o Código de Hamurabi,¹³¹ com a Lei de Talião, nasceu ao longo do chamado período da vingança privada¹³² como uma tentativa de delimitar-se o castigo a proporções mais adequadas - o que encerra certo limite para o exercício do poder.

Mas foi na Inglaterra onde se deu o primeiro grande passo para o enfrentamento do abuso de poder, com o surgimento das chamadas declarações de direitos, em 1215, com a *Magna Carta* assinada pelo Rei João, conhecido como João-Sem Terra. O documento limitou o poder dos reis ingleses, sobretudo de João Sem-Terra, e impediu o exercício do poder absoluto, obrigando o monarca a renunciar a certas prerrogativas e a reconhecer que a vontade do rei estava sujeita à lei.

Logo no início, a Carta anuncia as liberdades individuais ao declarar:
 Concedemos também a todos os homens livres
 do reino, por nós e por nossos herdeiros, para

131 Hamurabi (1728 a.C.–1686 a.C.) foi rei da Babilônia e primeiro grande organizador de normas regulares de administração sobre as quais consolidou o seu império. Por volta de 1700 a.C., compilou o mais antigo código de leis escritas, o Código de Hamurabi, no qual consolidou uma legislação preexistente, transcrevendo-a em três alfabetos distintos, encontrado em Susa, no ano de 1901 d.C.. O Código expõe leis e punições, para a eventualidade de serem desrespeitadas. Dá ênfase a questões como roubo, agricultura, criação de gado, danos à propriedade, direitos da mulher, direitos da criança, direito do escravo, assim como assassinato e injúria. A punição ou pena é diferente para diferentes classes de ofensores e vítimas, e a lei não tolera desculpas ou explicações para erros ou falhas. O Código era exposto livremente, à vista de todos, de modo que ninguém pudesse alegar ignorância da lei como desculpa. Os artigos previam, entre outras, hierarquia da sociedade em três grupos: homens livres, subalternos e escravos; preços, honorários; salários segundo a natureza dos trabalhos; responsabilidade profissional; funcionamento judiciário dos tribunais, com decisões escritas e apelação ao rei; penas aplicadas segundo os delitos e crimes cometidos. A Lei de Talião é a base dessa escala.

132 Vingança privada era a repressão de um conglomerado social a determinada conduta de um indivíduo. A reação puramente pessoal, sem a intervenção ou auxílio de estranhos, não pode ser caracterizada como vingança privada. Todavia, a punição era desmedida e desproporcional à ofensa, o que a Lei de Talião tentou corrigir.

todo o sempre, todas as liberdades abaixo enumeradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre.¹³³

A norma é reiterada no art. 60, ao ser declarado que “Todos os direitos e liberdades, que concedemos e que reconheceremos enquanto for nosso o reino, serão igualmente reconhecidos por todos, clérigos e leigos, àqueles que deles dependerem”.

Seguiu-se a *Petição de Direitos*, em 1628. Nesse documento, destacam-se a proibição do lançamento de impostos sem aprovação do Parlamento, a vedação da prisão arbitrária e da utilização da lei marcial em tempo de paz, e o interdito à ocupação permanente de casas particulares por soldados.

Em 1679, surge, também na Inglaterra, o decreto de *Habeas Corpus*, que trouxe as garantias processuais responsáveis por criaram, efetivamente, os direitos.¹³⁴

O *Bill of Rights* inglês, também conhecido como Lei de Direitos, consignou uma série de garantias fundamentais: o direito de petição, a inviolabilidade dos membros do Parlamento quando no exercício de suas funções; extinguiu os tribunais de exceção; considerou ilegal que o rei suspenda a vigência de leis ou autorize o seu descumprimento; e estabeleceu que o monarca não pode lançar tributos nem manter exército permanente sem autorização do Parlamento. Garantiu também a participação popular, por meio de representantes parlamentares, na criação e cobrança de tributos, e vedou a instituição de impostos excessivos, de punições cruéis e incomuns.

Em 1776, a Revolução estadunidense acelerou o desenvolvimento dos direitos fundamentais com a Declaração de Direitos da Virgínia, concebida na cidade de Williamsburg, em 12 de junho

133 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

134 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corporusq-1679.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

daquele ano, no contexto de luta pela independência dos Estados Unidos da América. O texto foi elaborado para proclamar e positivar os direitos naturais, inerentes ao ser humano, dentre os quais o direito de se rebelar contra um governo inadequado - hipótese de abuso de poder.

Nesse sentido, a Declaração determina:

Seção 3ª. O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade; de todos os variados métodos ou formas de governo, é o melhor aquele que se possa produzir no mais alto grau a felicidade e a mais efetiva segurança contra o perigo da má administração. E todas as vezes que um governo seja inadequado ou contrário a esse propósito, a maioria da comunidade tem o indubitável, inalienável e imprescritível direito de reformar, mudar ou abolir aquele, da maneira que julgar mais propícia ao benefício público.¹³⁵ (Grifou-se)

Ainda sobre a Declaração da Virgínia, é importante lembrar o disposto nas Seções 4ª, 5ª e 7ª, conforme a seguir:

Seção 4ª – Nenhum homem tem direito a emolumentos ou privilégios exclusivos ou distintos da comunidade, salvo em consideração aos serviços públicos prestados, e a este título; que, não serão transmissíveis aos descendentes nem herdeiros, os gabinetes de magistrado, legislador ou juiz.

135 Tradução livre do original: "Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal."

Seção 5ª - Que os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do judiciário; E que *os membros dos dois primeiros possam ser impedidos de oprimir, suportando e participando dos encargos das pessoas, eles devem, em períodos fixos, retornar à vida privada, reentrar para o corpo a partir do qual foram originalmente levados, e as vagas serão preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares, nas quais todos, ou qualquer das partes dos ex-membros, para que sejam novamente elegíveis ou inelegíveis, as leis devem determinar.*

[...]

Seção 7ª. Que todo poder de suspender leis ou a execução de leis, por *qualquer autoridade*, sem o consentimento dos representantes do povo, é prejudicial a seus direitos e não deve ser exercido.¹³⁶ (Grifou-se)

Também merecem leitura as Seções 8ª, 12, e 13, dessa Declaração.

A França outorgou ao mundo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Logo no preâmbulo, o documento destaca a corrupção e os atos dos Poderes Executivo e Legislativo contra os quais busca proteção:

136 Tradução livre do original: "Section 4. None of mankind is entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services; which, not being descendible, neither ought the offices of magistrate, legislator, or judge to be hereditary. Section 5. That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judiciary; and that the members of the two first may be restrained from oppression, by feeling and participating the burdens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and regular elections, in which all, or any part, of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct. Section 7. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority, without consent of the representatives of the people, is injurious to their rights and ought not to be exercised."

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas *causas dos males públicos e da corrupção dos Governos*, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os *atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo*, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (Grifou-se)

Merecem destaque, ainda, o art. 2º (“*A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”); o art. 3º (“*O princípio de toda soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente*”); e o art. 15 (“*A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração*” (grifou-se).

No plano transnacional, a Carta das Nações Unidas,¹³⁷ no art. 73, determina:

Os Membros das Nações Unidas, que assumiram ou assumam responsabilidades pela administração de territórios cujos povos não tenham atingido a plena capacidade de

137 Promulgada pelo Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

se governarem a si mesmos, reconhecem o princípio de que os interesses dos habitantes desses territórios são da mais alta importância, e aceitam, como missão sagrada, a obrigação de promover no mais alto grau, dentro do sistema de paz e segurança internacionais estabelecido na presente Carta, o bem-estar dos habitantes desses territórios e, para tal fim, se obrigam a:

a) Assegurar, com o devido respeito à cultura dos povos interessados, o seu progresso político, econômico, social e educacional, o seu tratamento equitativo e a sua proteção *contra todo abuso*.

[...] (Grifou-se)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve, no art. XVIII:

[...] toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a *proteja contra atos de autoridade que violem*, em seu prejuízo, *qualquer dos direitos fundamentais* consagrados constitucionalmente. (Grifou-se)

Em sentido análogo, a Declaração Americana dos Direitos Humanos - o Pacto de San José da Costa Rica¹³⁸ – determina, no art. XVIII:

[...] toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a *proteja contra atos de autoridade que violem*, em seu prejuízo, *qualquer dos direitos fundamentais* consagrados constitucionalmente. (Grifou-se)

138 Promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

No Brasil, inicialmente, vigoraram as Ordenações Afonsinas, de 1446 a 1514, seguidas pelas Ordenações Manuelinas, de 1514 a 1603. Entretanto, verdadeiramente, foi o Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, instituído em 11 de janeiro de 1603, o primeiro Código Penal do país, denominado Ordenações Filipinas ou Código Filipino. É considerado o primeiro estatuto, pois os anteriores pouca aplicação aqui poderiam ter, em razão das condições próprias da terra que ia surgindo para o mundo, com tudo estava por fazer e organizar.

O Título VIII do respectivo livro penal do Código Filipino previa crimes “dos que abrem as cartas do Rei, ou da Rainha, ou de outras pessoas”; ao passo que o Título XX, “do Oficial do Rei, que dorme com mulher, que perante ele requer”; o Título LXI, “dos Oficiais do Rei, que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem”; o Título LXXII, “da pena, que haverão os Oficiais, que levam mais do conteúdo do seu Regimento, e que os que não tiverem Regimento o peçam”; e, por fim, o Título CIV determinava “que os Prelados, e Fidalgos não açoitem malfeitores em seus Coutos, Honras, Bairros ou Casas”.

A Constituição Imperial de 1824 tratou do abuso de poder no art. 179, inc. XXX, ao dispor:

[...] a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

A Constituição Republicana de 1891, no Título III, Seção II, previa a declaração de direitos que aboliu as penas de galés, do banimento judicial, de morte (ressalvadas as infrações militares em tempo de guerra), ao mesmo tempo em que adotou o *habeas corpus*. O art. 72, § 9º, dispunha expressamente:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

Ao se referir ao dispositivo, Ruy Barbosa adverte que “A praxe tem por inocente esse direito. Ninguém dele usa, porque ninguém ignora que a responsabilidade se baniu do regimén, que os abusos são os donos do Brasil, que os poderes públicos só têm ouvidos para ouvir a si mesmos”.¹³⁹

A Constituição de 1934, por sua vez, implementou, no sistema jurídico brasileiro, o mandado de segurança e a ação popular, e tratou do abuso de poder no art. 134, n. 10.

Já o Código Penal de 1940 (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) já previa diversos tipos penais análogos a alguns dos crimes de abuso de autoridade, como o sequestro e cárcere privado, a violação de domicílio e a lesão corporal. O Código Penal vai além da Lei n. 4.898/1965, na medida em que contempla outros tipos penais que inequivocamente envolvem abuso de poder (art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal), não considerados naquela, e que podem envolver também abuso de autoridade, como o peculato, a concussão e corrupção.

Sobreveio a Lei n. 4.898/1965, concebida na Câmara dos Deputados com base no Projeto n. 952/1956,¹⁴⁰ de autoria do Deputado Bilac Pinto, que se colaciona a seguir.

Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e

139 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932. v. 5, p. 327.

140 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto n. 952/1956. DOU de 16 de janeiro de 1956, Seção 1, p. 3/4.

Penal, nos casos de abuso de autoridade.

(Do Sr. Bilac Pinto)¹⁴¹

Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

- a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;
- b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterà a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado *ilegal*: (Grifou-se)

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;

141 Olavo Bilac Pereira Pinto, Deputado Federal de 1951 a 1966 pela União Democrática Nacional (UDN), fez oposição aos governos de Getúlio Dornelles Vargas e Juscelino Kubitschek de Oliveira, tendo apoiado o Golpe Militar de 1964 (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/Ex_presidentesCD_Republica/bilac.html>. Acesso em: 17 jun. 2017). Apoiado pelo então Presidente da República Humberto de Alencar Castelo Branco, elegeu-se presidente da Câmara dos Deputados do Brasil de fevereiro a dezembro de 1965, após derrotar o paulista Ranieri Mazzilli (PSD) por 200 votos a 167.

- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu

autor à sanção administrativa, civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

- a) advertência;
- b) repreensão;
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
- d) destituição de função;
- e) demissão;
- f) demissão, a bem do serviço público.

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

Art. 7º A autoridade superior a quem for dirigida a representação comunicará por escrito, dentro de cinco dias, à autoridade acusada, civil ou

militar, o têxto da representação e marcará o prazo de cinco dias, para a apresentação de defesa.

§ 1º Recebida a defesa será proferida decisão no processo, dentro de dez dias.

§ 2º O processo administrativo não poderá ser sobrestado para o fim de aguardar a decisão da ação penal ou civil.

Art. 8º A sanção aplicada será anotada na ficha funcional da autoridade civil ou militar.

Art. 9º Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

Art. 10. As ações civis e penais serão autônomas, não havendo nenhuma influência de um julgado sobre o outro.

Art. 11. À ação civil serão aplicáveis as normas do Código de Processo Civil.

Art. 12. A ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso.

Art. 13. Apresentada ao Ministério Público a representação da vítima, êste, no prazo de quarenta e oito horas denunciará o réu, desde que o fato narrado constitua abuso de autoridade, e requererá ao Juiz a sua citação, e, bem assim a designação de audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A denúncia do Ministério Público será apresentada em duas vias.

Art. 14. Se a ato ou fato constitutivo do abuso de autoridade houver deixado vestígios o ofendido ou o acusado poderá:

a) promover a comprovação da existência de tais vestígios, por meio de duas testemunhas qualificadas;

b) requerer ao Juiz, até setenta e duas horas antes da audiência de instrução e julgamento, a designação de um perito para fazer as verificações necessárias.

§ 1º O perito ou as testemunhas farão o seu relatório e prestarão seus depoimentos verbalmente, ou o apresentarão por escrito, querendo, na audiência de instrução e julgamento.

§ 2º No caso previsto na letra a deste artigo a representação poderá conter a indicação de mais duas testemunhas.

Art. 15. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento da representação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da representação ao Procurador-Geral e êste oferecerá a denúncia, ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no arquivamento, ao qual só então deverá o Juiz atender.

Art. 16. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado nesta lei, será admitida ação privada. O órgão do Ministério Público poderá, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 17. Recebidos os autos, o Juiz, dentro do prazo de quarenta e oito horas, proferirá despacho, recebendo ou rejeitando a denúncia.

§ 1º No despacho em que receber a denúncia, o Juiz designará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada, improrrogavelmente, dentro de cinco dias.

§ 2º A citação do réu para se ver processar, até julgamento final e para comparecer à audiência de instrução e julgamento, será feita por termo sucinto e será acompanhada da segunda via da representação e da denúncia.

Art. 18. As testemunhas de acusação e defesa poderão ser apresentadas em juízo, independentemente de citação.

Parágrafo único. Não serão deferidos pedidos de precatória para a audiência ou a intimação de testemunhas ou, salvo o caso previsto no artigo 14, letra “b”, requerimentos para a realização de diligências, perícias ou exames.

Art. 19. A hora marcada, o Juiz mandará que o porteiro dos auditórios ou o oficial de justiça declare aberta a audiência, apregoando em seguida o réu, as testemunhas, o perito, o representante do Ministério Público ou o advogado que tenha subscrito a queixa e o advogado ou defensor do réu.

Parágrafo único. A audiência somente deixará de realizar-se se ausente o Juiz.

Art. 20. Se até meia hora depois da hora marcada o Juiz não houver comparecido, os presentes poderão retirar-se, devendo o ocorrido constar do livro de termos de audiência.

Art. 21. A audiência de instrução e julgamento será pública, se contrariamente não dispuser o Juiz, e realizar-se-á em dia útil, entre dez (10) e dezoito (18) horas, na sede do Juízo ou, excepcionalmente, no local que o Juiz designar.

Art. 22. Aberta a audiência o Juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu, se estiver presente.

Parágrafo único. Não comparecendo o réu nem seu advogado, o Juiz nomeará imediatamente defensor para funcionar na audiência.

Art. 23. Depois de ouvidas as testemunhas e o perito, o Juiz dará a palavra sucessivamente, ao Ministério Público ou ao advogado que houver subscrito a queixa e ao advogado ou defensor do réu, pelo prazo de quinze minutos para cada um, prorrogável por mais dez (10), a critério do Juiz.

Art. 24. Encerrado o debate, o Juiz proferirá imediatamente a sentença.

Art. 25. Do ocorrido na audiência o escrivão lavrará no livro próprio, ditado pelo Juiz, termo que conterá, em resumo, os depoimentos e as alegações da acusação e da defesa, os requerimentos e, por extenso, os despachos e a sentença.

Art. 26. Subscreverão o termo o Juiz, o representante do Ministério Público ou o advogado que houver subscrito a queixa, o advogado ou defensor do réu e o escrivão.

Art. 27. Nos casos omissos, serão aplicáveis as normas do Código de Processo Penal, sempre que compatíveis com o sistema de instrução e julgamento regulado por esta lei.

Parágrafo único. Das decisões, despachos e sentenças caberão recursos caberão os recursos e apelações previstas no Código de Processo Penal.

Art. 28. Revogam-se as disposições em contrário. Sala das Sessões, em 10 de janeiro de 1956. - Bilac Pinto

Justificação

Previu a Constituição, ao instituir as regras fundamentais que caracterizam o estado de direito e ao inscrever no seu texto direitos e garantias individuais, que abusos poderiam ser cometidos pelas autoridades encarregadas de velar pela manutenção e vigência dos princípios asseguradores dos direitos da pessoa humana. Conferiu, por isto mesmo, a quem quer que seja, o direito de representar contra os abusos de autoridade e de promover a responsabilidade delas, por tais abusos. (Constituição Federal, art. 141, § 37).

Dos três tipos de responsabilidade a que está sujeito o servidor público - a administrativa, a civil e a penal - a última é a que constitui o instrumento mais eficaz para prevenir os abusos de autoridade, dados o valor intimidatório da pena, o aparato e a publicidade do julgamento penal.

Nos casos em que o abuso de autoridade se consuma é também a sanção penal a que se revela mais adequada aos fins visados pela Constituição, por ser a que contém mais denso conteúdo punitivo.

Essas as razões que nos levaram a conceituar como crime o abuso de autoridade e a estabelecer um processo oral e expedito para seu julgamento.

Este processo será iniciado mediante representação da vítima ao órgão do Ministério Público, o qual formulará, dentro de quarenta e oito horas, a respectiva denúncia.

O juiz, logo depois de recebida a denúncia, mandará citar a autoridade culpada e designará a data da audiência de instrução e julgamento,

que deverá ser realizada, improrrogavelmente, dentro de cinco dias.

A principal inovação do procedimento judicial instituído pelo Projeto consiste na oralidade do processo e na concentração da prova, do debate contraditório e do pronunciamento da sentença na audiência de instrução e julgamento.

Para evitar recursos meramente protelatórios, proíbe o projeto a expedição de precatórias e a determinação de perícias ou exames, pois qualquer dessas medidas impedirá a realização da audiência até o quinto dia subsequente ao recebimento da denúncia, o que constitui o escôpo principal do rito processual adotado.

Para os casos, aliás raros, em que o abuso deixar vestígios, as partes poderão valer-se da norma do art. 14 que permite a realização de exames e perícias sumárias, únicos compatíveis com o procedimento regulado por este projeto.

Constituindo as violências policiais as formas mais graves, e infelizmente mais generalizadas, de abuso de poder, sobretudo no interior do país, procuramos definir as suas modalidades mais correntes e estabelecemos a possibilidade da cominação da pena, autônoma ou acessória, de ser o acusado afastado do exercício de funções de natureza policial ou militar, no município da culpa, por prazo de um a cinco anos. (Grifou-se)

O objetivo que nos anima é o de complementar a Constituição para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em numerosíssimos municípios brasileiros.

Sala das Sessões, em 10 de janeiro de 1956. -
Bilac Pinto

Nota-se que desde o princípio, já em 1956, decretou-se que são “as violências policiais as formas mais graves, e infelizmente mais generalizadas, de abuso de poder”, consoante a justificativa do então Deputado Bilac Pinto. A especificação, além de externar peculiar preocupação do legislador com a prática desta exclusiva modalidade de abuso de autoridade, somada à inexistência de tipificação de outras diversas formas de abuso de autoridade e também de poder, reforça a conclusão de que o texto é majoradamente seletivo - envolve algumas das práticas de abuso de poder, mas olvida a maioria delas.

As razões dessa seletividade, e conseqüente segregação das demais condutas caracterizadoras de abuso de poder, é desconhecida, conquanto forçosamente façam recordar da sempre preclara lição de Ruy Barbosa segundo a qual “os poderes públicos só têm ouvidos para ouvir a si mesmos”.¹⁴²

O Projeto foi provado, com modificações e veto ao art. 10, e convertido na Lei n. 4.898/1965, atualmente em vigor.

Seguiram-se alterações feitas pela Lei n. 6.657, de 5 de junho de 1979, que acrescentou a alínea *j* ao art. 3º da Lei n. 4.898/1965; e pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, com acréscimo da alínea *i* ao art. 4º da Lei n. 4.898/1965.

A Constituição Federal de 1967 tratou da questão no art. 150, § 30, e estabeleceu, entre os direitos de representação e de petição, preceito que se repetiu no art. 153, § 30, da Emenda Constitucional n. 01/1969.

Não obstante, na expressão do Ministro Djaci Alves Falcão, “não basta o direito legislado para o êxito desse objetivo maior - a realização da Justiça, de modo pronto e eficaz. Impõe-se valorizar a elevada missão, tanto do Poder judiciário, como do Ministério Público”.¹⁴³

142 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, p. 327.

143 FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. São Paulo: RT, 1999. p. 6.

DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Consoante abalizada doutrina constitucionalista, é sabido que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou um terceiro parágrafo ao art. 5º da Constituição Federal para estabelecer que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Daí por diante, os tratados e convenções internacionais, ordinariamente, passaram a possuir *status* de lei ordinária. Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais.

Questão que mereceu especial debate diz respeito aos tratados de direitos humanos vigentes no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP,¹⁴⁴ realizado em 3 de dezembro de 2008, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, preponderou o voto do Ministro Gilmar Mendes no Pleno do Supremo Tribunal Federal, com a prevalência da chamada tese da supralegalidade dos tratados. Com isso, foi afastada a tese do ministro Celso de Mello, que conferia valor constitucional a esses tratados.

Desse modo, em breve síntese, os tratados que vierem a ser incorporados no Brasil podem ter valor constitucional, se seguirem o rito de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Os tratados já vigentes possuem valor supralegal, formal e materialmente acima do direito ordinário.

Por consequência, para a completa avaliação do tema do abuso de poder, é fundamental analisar alguns dos tratados e convenções internacionais, subscritos pelo Brasil, que abordam a questão.

A Carta das Nações Unidas¹⁴⁵ determina, no art. 73:

144 A tese foi ratificada em outros julgamentos, como no HC n. 90.172-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., j. em 5 de junho de 2007.

145 Promulgada pelo Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

Os Membros das Nações Unidas, que assumiram ou assumam responsabilidades pela administração de territórios cujos povos não tenham atingido a plena capacidade de se governarem a si mesmos, reconhecem o princípio de que os interesses dos habitantes desses territórios são da mais alta importância, e aceitam, como missão sagrada, a obrigação de promover no mais alto grau, dentro do sistema de paz e segurança internacionais estabelecido na presente Carta, o bem-estar dos habitantes desses territórios e, para tal fim, se obrigam a: a) assegurar, com o devido respeito à cultura dos povos interessados, o seu progresso político, econômico, social e educacional, o seu tratamento equitativo e a sua proteção *contra todo abuso*. (Grifou-se)

Nota-se que o compromisso exigido diz respeito à proteção contra qualquer abuso, sem distinção de gênero ou espécie.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁶ prescreve, no art. XVIII:

[...] toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a *proteja contra atos de autoridade que violem*, em seu prejuízo, *qualquer dos direitos fundamentais* consagrados constitucionalmente. (Grifou-se)

Aqui, pode-se verificar, com clareza, que o direito de representação previsto no art. 1º da Lei n. 4.898/1965 contempla, em parte, a regra da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, o texto legislativo brasileiro não envolve todos os “atos de autoridade

146 Resolução n. 217-a (III) da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

que violem qualquer dos direitos fundamentais”, como determina o documento internacional, mas se restringe apenas a algumas espécies.

Em sentido análogo, a Declaração Americana dos Direitos Humanos - o Pacto de San José da Costa Rica¹⁴⁷ – determina, no art. XVIII:

[...] toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra *atos de autoridade que violem*, em seu prejuízo, *qualquer dos direitos fundamentais* consagrados constitucionalmente. (Grifou-se)

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, atendendo a recomendação do Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência, transmitiu ao Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Havana, no ano de 1990, a Resolução n. 1990/23, que continha um Projeto de Resolução sobre a cooperação internacional para a prevenção do delito e a justiça penal no contexto do desenvolvimento. A oitava regra do Projeto de Resolução dispunha:

Considerando que a corrupção dos funcionários públicos pode comprometer a eficiência potencial de qualquer tipo de programa oficial, além de criar obstáculo ao desenvolvimento e vitimar indivíduos e grupos, é de fundamental importância que todas as Nações: a) examinem seu Direito Penal, nele incluída a legislação processual, para verificar se responde adequadamente a todas as formas de corrupção e comportamentos conexos e se oferece a possibilidade do emprego de sanções capazes de dissuadir aqueles que pretendam praticar atos dessa natureza; b) formulem mecanismos administrativos e regulamentares para

147 Promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

prevenção de práticas de corrupção e de abuso de poder.¹⁴⁸

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional,¹⁴⁹ no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, anuncia, no art. 3º, as *definições*. A alínea *a* explica:

[...] a expressão “*tráfico de pessoas*” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao *abuso de autoridade* ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma *pessoa que tenha autoridade sobre outra* para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (Grifou-se)

Desse modo, conclui-se que, para a mencionada Convenção, o crime organizado, o tráfico de pessoas, a exploração da prostituição de outrem ou demais formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos podem ser cometidos mediante abuso de autoridade. *A contrario sensu*, são espécies de abuso de autoridade, quando este abarcarem.

148 ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*, p. 87.

149 Promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

Em sentido análogo, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, nas suas definições, prescreve:

[por] “*escravidão*” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um *poder ou de um conjunto de poderes* que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o *exercício desse poder* no âmbito do *tráfico de pessoas*, em particular mulheres e crianças. (Grifou-se)

Portanto, também para o Tribunal Penal Internacional a escravidão e o tráfico de pessoas são modalidades de abuso de poder.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,¹⁵⁰ conhecida como Convenção de Mérida, conceitua, no art. 19, o *abuso de funções ou cargo*:

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o *abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade*. (Grifou-se)

Esse importante conceito, erigido à condição de norma supralegal - consoante já indicado -, é muito mais amplo que aquele atingido pela Lei n. 4.898/1965, pois envolve todos os atos cometidos com abuso de autoridade, praticados por funcionário público no exercício de suas funções mediante ação ou omissão, em violação à lei, com o fim de obter um benefício indevido para si ou para outrem, o que inclui entidades.

150 Promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

DA OBJETIVIDADE JURÍDICA

A análise do Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional impõe outra preliminar necessária, qual seja, a análise da objetividade jurídica dos crimes de abuso de poder e, por conseguinte, de autoridade. É com esteio na identificação do bem juridicamente protegido que, confrontado com as disposições destinadas a resguardá-lo, poderemos auferir se há ou não a necessária e eficiente tutela.

Na expressiva lição de Francisco de Assis Toledo,

[...] do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas do direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.¹⁵¹

Os crimes de abuso de poder são infrações penais pluriofensivas na medida em que a maior parte deles se destina à proteção de mais de um bem jurídico. Ordinariamente, estes tipos penais resguardam a legitimidade e regularidade do poder exercido pelo sujeito ativo (objetividade jurídica indireta ou mediata) e também o bem jurídico lesado do sujeito passivo (objetividade jurídica direta ou imediata).

Entretanto, inequivocamente, todos os tipos penais da Lei n. 4.898/1965 têm um aspecto comum: tutelam, sobretudo, o regular exercício das funções públicas¹⁵² e dos poderes a ela inerentes, delegados pelo povo; protegem a dignidade e o normal funcionamento da Administração, especificamente naquilo atinente ao emprego da autoridade que agentes públicos detêm. Sem prejuízo da existência concomitante de outro bem jurídico protegido peculiar a tipos penais específicos, a objetividade jurídica da tutela da Administração Pública é comum a todos os crimes cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções.

151 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17.

152 Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1959. v. 4, p. 1046; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 38.

Dessa maneira, a objetividade jurídica mediata é o regular exercício de parcela dos poderes públicos (autoridade) conferidos pelo povo aos administradores. O bem juridicamente protegido imediato é a plena proteção dos direitos do sujeito passivo, assegurados pela Constituição Federal.

Neste ponto já é notável, à evidência, a indisfarçável seletividade do legislador pátrio ao restringir a objetividade jurídica dos crimes de abuso de poder somente àqueles que infringem o poder exercido nas funções públicas. E, dentre estes, como será possível verificar adiante, somente algumas condutas foram tipificadas, ao passo que outras, de mesma ou maior gravidade – como o abuso do poder de legislar –, não foram contempladas.

A confirmar essa seletividade, ao analisar a Lei n. 4.898/1965, Damásio expressa categoricamente que, “em primeiro lugar a incriminação visa proteger a Administração Pública. Em segundo, os bens jurídicos particulares, como a vida, a incolumidade física, a honra, a liberdade, etc.”.¹⁵³

Por essa razão, a doutrina pacificou o entendimento no sentido de que o sujeito passivo mediato dos crimes de abuso de autoridade é o Estado, titular do bem jurídico Administração Pública, conquanto em grande parte dos casos tenha-se a pessoa lesada cujo direito foi atingido pela conduta abusiva da autoridade como sujeito passivo imediato.¹⁵⁴ Por consequência, sedimentou-se a atipicidade de inúmeras condutas caracterizadoras de abuso de poder e se difundiu a equivocada cultura de que o abuso se restringe ao exercício de atividades públicas, sobretudo daquelas atinentes ao sistema de justiça.

A propósito, o magistério de Francisco de Assis Toledo é, mais uma vez, esclarecedor:

As tentativas de deslocar a tônica da proteção de bens jurídicos, fundamento de um direito penal de cunho liberal democrático, para um direito penal do ânimo ou da vontade, porta aberta para o desconhecido, para abusos de toda a ordem, se não restou totalmente estéril,

153 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte especial, v. 4, p. 343.

154 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* - parte II. São Paulo: RT, 2009. p. 17; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 28; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 38; e JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte especial, v. 4, p. 343.

conforme ressalta Maurach, pode-se considerar de pouco alcance, em nossos dias, por não encontrar eco entre a maioria dos penalistas.¹⁵⁵

Roberto Lyra complementa essa ideia. Na argumentação desse jurista, “o que orienta e obriga o julgador não é o particular, mas o geral; não é a parte, mas o todo; não é o indivíduo, mas a sociedade. O magistrado deve habituar-se a olhar, golpeantemente, do alto para frente”.¹⁵⁶

Essa é também, à unanimidade, a objetividade jurídica mediata de outros crimes que igualmente envolvem abuso de poder como o peculato, a concussão, a corrupção, a facilitação de contrabando ou descaminho, a prevaricação, a condescendência criminosa, a advocacia administrativa, a violência arbitrária, o abandono de função, o exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, a violação de sigilo funcional, a usurpação de função pública, a resistência, a desobediência, o desacato, o tráfico de influência, dentre outros previstos na legislação penal.

Igualmente, os crimes previstos na Lei n. 8.666/1993 – Lei de licitações, arts. 89 a 99 - têm como objeto jurídico, sem exceção, a proteção dos interesses da Administração Pública nos seus aspectos moral e patrimonial.¹⁵⁷ Embora não contemplados pela lei específica, pertencem à espécie do abuso de autoridade.

Para afastar qualquer possibilidade de dúvida a esse respeito, o Decreto-lei n. 201/1967, que prevê os crimes de responsabilidade de prefeitos – e inequivocamente encerra abuso de poder –, também tem como objetividade jurídica a proibidade administrativa.¹⁵⁸

Em sentido análogo, como poderá ser observado pormenorizadamente adiante, trataram dessa matéria entre os crimes contra a Administração Pública, em clara indicação do bem juridicamente

155 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 18/19.

156 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 271.

157 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 852 e ss.; PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 188 e ss..

158 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 215 e ss..

tutelado, especificamente, a proteção do escorreito exercício das funções públicas, os Códigos Penais Argentino,¹⁵⁹ Português,¹⁶⁰ Italiano,¹⁶¹ Alemão,¹⁶² Francês¹⁶³ e, em parte, o Espanhol.¹⁶⁴

159 Lei n. 11.179/1984- texto ordenado pelo Decreto n. 3992/84, de 21 de dezembro de 1984- Boletim Oficial de 16 de janeiro de 1985. Possui um capítulo específico sobre o *abuso de autoridade e violação dos deveres dos funcionários públicos*- Capítulo IV do Título XI (*delitos contra a administração pública*), no qual reúne (arts. 248 a 253, terceiro) quatorze tipos penais.

160 Decreto-lei n. 48, de 15 de março de 1995. O Capítulo IV (dos crimes cometidos no exercício de funções públicas) encerra-se com o indicado tipo residual de abuso de poder: “O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.. Desse modo, conclui-se que todos os tipos anteriormente prescritos no referido capítulo são considerados, pela legislação lusitana, formas de abuso de poder, inclusive a corrupção, o peculato e a participação econômica em negócio.

161 O Código Penal Italiano (*Regio Decreto 19 ottobre 1930, nº 1398*) no Livro 2 (Dos Crimes Particulares, Título II (Dos Crimes contra a Administração Pública), Capítulo I – Dos Crimes dos Funcionários Públicos contra a Administração), disciplina expressa e especificamente o abuso de função ou poder no art. 323- *Abuso de ofício*.

162 O Código Penal Alemão estatui, dentre os crimes funcionais, no § 343, que “o funcionário público, atuando em procedimento penal, que maltrate fisicamente, utilize violência, grave ameaça ou tortura, para obter alguma declaração ou para omiti-la, será castigado com a pena de privação de liberdade de um a dez anos”.

163 O Código Penal Francês (*Ordonnance n.º 2000-916, du 19 septembre 2000, art. 3, Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002*), no Título Terceiro, Dos Crimes contra a Administração (*Título III - Violações da Autoridade Estatal*), possui uma seção para os delitos de abuso de autoridade contra a Administração (Dos Abusos de Autoridade Dirigida contra a Administração, Artigos 432-1 a 432-3); e outra seção destinada aos delitos de abuso de autoridade praticados contra os particulares (Abuso de autoridade cometida contra indivíduos: parágrafo 1 de violações da liberdade individual (artigos 432-4 a 432-6); N.º 2 da discriminação (artigo 432-7.º); N.º 3 das violações da inviolabilidade do domicílio (artigo 432-8.º-a); N.º 4 das violações do sigilo da correspondência (artigo 432-9).

164 *Ley Orgánica nº 10, de 26 de noviembre de 1995*, Livro II, Título XXI.

DA NECESSÁRIA PROPORCIONALIDADE E CONSEQUENTE PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Já se expôs que o uso da autoridade é inerente ao poder da Administração Pública, sem o qual seria impossível atingir o bem comum a que esta se destina, e que o emprego desta é legítimo e saudável, quando autorizado por lei, voltado para o interesse público e respeitados os limites normativos.

Em decorrência disso, qualquer cerceamento ao regular exercício da autoridade pública importará, ao fim e ao cabo, em empecilhos para a execução do interesse público e para a realização do bem comum - objetivo maior da vida em sociedade. Essa é a única exegese compatível com a interpretação do Texto Constitucional, à luz da doutrina do Estado Social Democrático de Direito.

Em outras palavras, impedir o escorreito exercício da autoridade pública é embaraçar a realização do bem comum; reprimir o regular uso do Poder Público é obstar a satisfação dos mais relevantes interesses públicos.

Entretanto, o exercício do poder da Administração não é - e nem pode ser - desmedido. Encontra limites no ordenamento jurídico e apenas se legitima quando voltado para atender o bem comum. Eventuais excessos devem ser prevenidos e, caso identificados, reprimidos.

Estabelece-se, portanto, uma relação de imprescindibilidade do emprego do poder da Administração com a igualmente necessária coibição dos abusos. Evidentemente, essa relação deve ser equilibrada, de modo que não se impeça o regular exercício da autoridade e tampouco se deixe de prevenir e punir os abusos porventura existentes.

Aqui incide, com grande valor, o princípio da proporcionalidade e a consequente proibição da proteção deficiente - para o escorreito exercício do poder e para a punição dos desvios. É essencial observar a proporcionalidade elementar à salvaguarda dos direitos sociais e individuais e o exercício regular da autoridade, fundamental ao funcionamento da Administração Pública e, por consequência, à realização dos interesses públicos e ao atendimento do bem comum. Concomitantemente, a prática de abusos não pode permanecer impune.

O princípio da proporcionalidade e a consequente proibição da proteção deficiente, com origem no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na resolução de casos concretos, tenta analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais e verificar a justa medida a ser adotada, preservada a proporcionalidade entre causa e efeito (entre meio e fim). Tempos depois, o postulado, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sentido amplo, foi erigido à condição de princípio constitucional alemão.¹⁶⁵

Nos dias atuais, a proporcionalidade não pode ser considerada apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também um postulado de proteção (*Schutzgebote*); não somente a vedação do excesso, senão igualmente a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).¹⁶⁶

Conquanto não se encontre expresso na Constituição Federal Brasileira, seu reconhecimento é unânime, na esteira da disposição do art. 5º, § 2º – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Decorrência lógica, o princípio da proporcionalidade, ainda que implícito, é reconhecido no Direito pátrio.

O postulado da proporcionalidade, como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente no contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, a fim de alcançar a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.¹⁶⁷ Agasalha um sentido amplo e outro estrito.

No Direito Português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso

165 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 259.

166 Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3.112-1/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.05.2007, DJE n. 131, de 26.10.2007.

167 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 89/90.

(*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18, n. 2, do Texto Magno, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Trata-se da vedação do excesso de restrições. Assim, a proporcionalidade implica, em sentido amplo, dizer que a restrição ao exercício de um direito é excepcionalíssima - *ultima ratio*. Constitui um panorama negativo.

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito faz uma análise do custo-benefício entre o meio utilizado e o fim alcançado, a verificar a quantidade na utilização do meio, confrontando-a com a mensuração da finalidade atingida. Essa é a equação básica cujo produto permite perquirir se determinado ato utilizou o meio de forma correta, exagerada ou insuficiente. Também é, assim, uma vertente negativa.

Já a perspectiva da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade (*Untermassverbot*) atua como critério para se verificar a violação do dever estatal de proteção de direitos fundamentais. Está diretamente relacionada com a efetividade da ordem constitucional que não mais se satisfaz apenas com a vertente negativa, de abstenção, mas busca intervir mediante a realização plena dos direitos fundamentais. Trata-se da acepção positiva do postulado da proporcionalidade.

Passa-se, neste ponto, da teoria geral para as hipóteses de abuso de poder.

Também as normas penais devem observar o princípio da proporcionalidade, exteriorizado pelos critérios da adequação, necessidade, eficiência e proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, o legislador deve atuar nos limites das vertentes negativa e positiva do princípio da proporcionalidade, impedindo-se excessos ou omissões, totais ou parciais, sem obstar o regular exercício do poder. Em síntese, cumpre ao legislador estatuir um sistema de proteção constitucional-penal adequado e eficaz.

O ato será inadequado quando não proteger os direitos fundamentais de maneira ótima; será desnecessário se existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; será ineficaz ao não coibir, satisfatoriamente, os abusos que

se pretende impedir; e violará a proporcionalidade estrita se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau de plena realização do direito fundamental.¹⁶⁸

No caso de exercício de poder, aqui em apreço, a proporcionalidade deve orientar as formas adequadas para a coibição do abuso, em todas as suas formas e espécies, mas restrita aos meios que não obstem o regular exercício daquele, imprescindível para a consecução de interesses públicos e privados. A finalidade da criminalização do abuso de poder – coibir os excessos, regular o exercício escorrido das funções públicas e privadas e salvaguardar os direitos fundamentais - não pode implicar a depreciação da própria finalidade do poder conferido pela Constituição à Administração Pública - atender ao interesse público e promover o bem comum – ou particular.

Esse o motivo pelo qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. XXXIII, determina que “Toda pessoa tem o dever de obedecer à Lei e aos demais mandamentos legítimos das autoridades do país onde se encontrar”.

Verificar-se-á, conquanto em parte já exposto quando analisados os tratados internacionais, que todos os textos normativos estrangeiros consultados priorizam a proporcionalidade entre a punição do abuso e a preservação do exercício regular do poder.

168 Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3.112-1/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.05.2007, DJE n. 131, de 26.10.2007.

DA IMPRECIÇÃO NA INDICAÇÃO DO SUJEITO ATIVO

A análise do Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional impõe outra preliminar necessária - a análise do sujeito ativo dos crimes de abuso de poder e, por conseguinte, de autoridade. Com a identificação do autor das condutas pode-se, em parte, auferir se há ou não a necessária generalidade e abrangência da lei, inerentes a toda norma jurídica válida e imprescindível a um ordenamento comprometido a coibir toda forma de abuso de poder.

E, infelizmente, a Lei n. 4.898/1965 carece de inafastável abrangência e tampouco combate as diferentes formas de abuso de poder (generalidade).

O sujeito ativo dos crimes da Lei n. 4.898/1965 é, evidentemente, apenas a autoridade – consoante doutrina administrativista tradicional, o exercício da autoridade é típico da Administração Pública, limitando-se à esfera privada apenas o exercício de poder. Essa peculiaridade externa, para além de qualquer dúvida, o desrespeito à generalidade que se exige de toda norma.

É preciso, portanto, definir a autoridade indicada na Lei n. 4.898/1965.

O art. 5º da Lei n. 4.898/1965 conceitua autoridade como “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”, em evidente referência à conceituação de funcionário público estabelecida pelo Código Penal. Entretanto, autoridade não se confunde com a figura do funcionário público inculcado no art. 327 do Código Penal, pois, à evidência, nem todo agente público exerce a função de autoridade.¹⁶⁹

Dessa maneira, com acerto, há muito a doutrina denuncia a imprecisão do legislador ao confundir o conceito de autoridade com o de funcionário público.¹⁷⁰ Exemplo de tal equívoco é o daquele que exerce múnus público, como o administrador judicial. Conquanto seja considerado funcionário público para fins

169 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 17.

170 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 17.

do art. 327 do Código Penal, não pode ser considerado autoridade para fins da Lei n. 4.898/1965.¹⁷¹

Infortunadamente, o Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional incide na mesma falha e reproduz o erro em diversos dispositivos, conforme será confirmado adiante.

Para efeitos penais, consoante a renomada doutrina nacional, funcionário público é todo aquele que, embora em caráter transitório ou sem remuneração, exerce função ou emprego público, equiparando-se a este, também, aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Cargo público é aquele criado pela Lei, com nomenclatura certa e remuneração pelos cofres públicos. É, ainda, o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente.¹⁷² Emprego público se configura pela contratação para serviços temporários, quer seja pelo regime jurídico celetista ou especial, como o médico, o dentista ou o professor.

No entendimento de Heleno Claudio Fragoso, “é realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público”.¹⁷³ E função pública é um conceito aferido por exclusão - trata-se do conjunto de atribuições do Estado consideradas de natureza pública (função judiciária, executiva e legislativa); constitui também a atribuição ou conjunto de atribuições que a administração pública (atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público) confere a determinados servidores para a execução de serviços eventuais¹⁷⁴ (por exemplo, jurados e mesários em eleições).

Nessa linha manifesta-se o sempre definitivo magistério de Nelson Hungria, ao ensinar o critério moderno: “o conceito de funcionário público deve ser, assim, ligado à ampla noção de ‘função pública’”.¹⁷⁵ Dessa maneira, o conceito de funcionário público não deriva daquele conferido ao termo autoridade, mas, sim, ao atinente ao de função

171 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 59.

172 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 297/298.

173 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 4. p. 1062.

174 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 298.

175 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 400/401.

pública. Entende-se por função pública qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública, independentemente do efetivo exercício de autoridade.

Para exercer autoridade pública não basta ser funcionário público; é preciso mais – que o sujeito deve exercer uma parcela do poder do Estado e estar investido desse poder em uma posição de mando. Só exercerá autoridade aquele que tiver competência para determinar, subordinar ou se fazer obedecer.

Assim, o porteiro que executa ordens do seu superior hierárquico, conquanto não exerça autoridade, mas somente as cumpra (mero executor), desempenha função pública e é funcionário público.

Para efeitos penais, a acepção do conceito de funcionário público, vinculada à de função pública, transcende não só o exercício de autoridade, mas inclui nos crimes funcionais todos aqueles que se acham no exercício de qualquer função pública, permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, profissional ou não, efetiva ou interina, originária ou por acidente.

Desse modo, para ser penalmente incluído no conceito de funcionário público, não é preciso que o sujeito exerça autoridade, tampouco que efetivamente seja um servidor público. Basta que exerça uma *função pública*, configurada pela prática de qualquer função que execute atividades e fins típicos da Administração Pública, ainda que executada gratuitamente por pessoa estranha aos seus quadros.

Por esse motivo, a jurisprudência inclui no conceito penal de funcionário público, por exemplo, aquele que labora a título precário e de experiência;¹⁷⁶ episodicamente, por designação de autoridade competente;¹⁷⁷ os guardas-noturnos;¹⁷⁸ e os funcionários autárquicos.¹⁷⁹

Portanto, o conceito de funcionário público supera em muito, nos diversos aspectos, o de autoridade pública; e também a autoridade pública, em alguns pontos, extrapola a acepção de funcionário público, conforme demonstrado a seguir.

176 RT 399/297.

177 RT 443/406.

178 RT 370/188, 301/396, 346/276, 291/541 e 374/164.

179 RT 438/415.

Função pública é diversa de *múnus público*, como leciona Nelson Hungria.¹⁸⁰ Aqueles que exercem *múnus público* não são considerados, para fins penais, funcionários públicos. Assim, não exercem função pública os tutores e curadores dativos, os inventariantes judiciais, os administradores judiciais da empresa falida, os diretores de sindicatos, os empregados de sociedade de economia mista, o depositário judicial e o advogado dativo.

Nas hipóteses mencionadas, embora não seja funcionário público, é possível que o sujeito exerça uma parcela do poder do Estado, esteja investido desse poder em uma posição de mando, tenha competência para determinar, subordinar ou se fazer obedecer, a exemplo da hipótese do inventariante ou administrador judicial.

Conclui-se, assim, que aquele que desempenha *múnus público*, conquanto não seja funcionário público, pode exercer autoridade e, por consequência, dela abusar.

Aqui, cabe uma importante referência internacional – a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,¹⁸¹ conhecida como Convenção de Mérida, no art. 2º (definições), alínea *a*, assim conceitua funcionário público:

[...] toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; e toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte; e toda pessoa que

180 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 402.

181 Promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte.

A injustificável e equivocada manutenção da confusão entre o exercício de autoridade e o conceito de funcionário público não só continua como é reforçada pelo Projeto de Lei objeto de análise, em claro sintoma de que, também nesse aspecto, não andou bem, até aqui, o legislador.

EXAME DA MATÉRIA DO PONTO DE VISTA DO DIREITO ESTRANGEIRO

O exame responsável do Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional demanda uma preliminar e necessária pesquisa - a análise das normas do ponto de vista do Direito Comparado. O estudo das experimentações estrangeiras e respectivos efeitos permitirá auferir quais alternativas já postas em ordenamentos jurídicos conseguiram, eficazmente, coibir o abuso de poder.

Tal como em qualquer outro estudo cujo propósito seja a construção de arcabouço equilibrado, eficiente e seguro de uma sistemática normativa que previna e reprima episódios indesejados, também na hipótese de abuso de poder, a perquirição das práticas internacionais pode auxiliar, decisivamente, na elaboração da legislação pátria. Com isso, será possível estabelecer fundamentos basilares pautados por aquilo já executado, confrontando-se as iniciativas avaliadas com os resultados obtidos. Por consequência, será possível auferir quais conjecturas já testadas podem ser eficazes, e quais caminhos têm maior ou menor potencial de êxito.

E mais. O substrato deste exame permitirá que se identifique, classifique e maneje as diferentes formas de abordagem da prevenção e combate do abuso de poder. É o que se propõe, neste tópico.

Em todos os sistemas jurídico-penais estrangeiros pesquisados foi possível identificar especial atenção ao abuso de poder, nas suas diversas esferas. Dessa análise, concluiu-se haver uma tendência de tratamento do crime de abuso de poder com vistas à ampla tutela do escorreito exercício do poder público ou privado e a consequente salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Em nenhum texto normativo pesquisado observou-se seletividade quanto ao Poder ou Instituição cujo abuso se quer inibir. Raramente identificaram-se inclinações, todas pontuais, para uma maior dedicação ao abuso de poder na Administração Pública, em detrimento da privada.

Para isso, os regimes pesquisados observaram a essencial proporcionalidade, elementar à salvaguarda dos direitos sociais

e individuais e o exercício regular da autoridade, fundamental ao funcionamento das administrações pública e privada, conseqüentemente, à realização dos interesses públicos e privados e, portanto, ao atendimento do bem comum – fim maior da vida coletiva.

Passa-se, a seguir, ao exame do arcabouço jurídico que versa sobre o abuso de autoridade em países como Argentina, Chile, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, França, Estados Unidos da América e Inglaterra.

- **ARGENTINA**

O Código Penal Argentino¹⁸² dedica um capítulo específico ao *abuso de autoridade e violação dos deveres dos funcionários públicos* – Capítulo IV do Título XI (Delitos contra a Administração Pública) –, onde reúne (nos arts. 248 a 253, terceiro), quatorze tipos penais.

O legislador argênteo, portanto, tratou da matéria entre os crimes contra a Administração Pública, em clara indicação do bem juridicamente tutelado, especificamente, a proteção do escorreito exercício das funções públicas.

Destaca-se o art. 248, com redação determinada pela Lei n. 24.527/2014, que pune com prisão de um mês a dois anos e inabilitação especial para exercício de cargo público, o funcionário público que emitir ordem ou resolução contrárias às constituições ou leis nacionais ou provinciais ou executar as ordens ou resoluções dessa classe, ou não executar as leis cujo cumprimento lhe incumbir. Trata-se de tipo penal subsidiário, aplicável à ausência de conduta especificamente incriminada.¹⁸³

Em complemento às disposições específicas de combate ao abuso de poder, o Código Penal Argentino determina, no art. 20, dois, primeiro, que a condenação por crime praticado com abuso de poder

182 Lei n. 11.179/1984 – texto ordenado pelo Decreto n. 3992/84, de 21 de dezembro de 1984 – Boletim Oficial de 16 de janeiro de 1985.

183 Conforme SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1983. t. V, p. 137; CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Astrea, 1981. p. 188. In: MOLINAS, Fernando Horacio. *El dolo y en daño en el delito de abuso de autoridad*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 513.

(incompetência ou abuso no exercício de um emprego ou cargo público) poderá impor uma inabilitação especial de seis meses a dez anos, ainda que essa pena não esteja expressamente prevista no respectivo crime.

Trata-se de efeito da condenação, não automático, semelhante àquele insculpido no art. 92, inc. I, alínea *a* do Código Penal Brasileiro. Não obstante, a legislação nacional determina

[a] *perda* de cargo, função pública ou mandato eletivo [...] quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ao passo em que o Código Argentino apenas prescreve a *inabilitação especial de seis meses a dez anos*. (Grifou-se)

Nesse aspecto, o Estatuto Brasileiro é mais rigoroso.

- **CHILE**

A Constituição Política da República do Chile, de 17 de setembro de 2005 (texto consolidado, coordenado e sistematizado), a exemplo da Constituição Federal Brasileira, também contempla dispositivos versando sobre o abuso de poder.

No Capítulo I, ao tratar Das Bases da Institucionalidade, a Constituição Chilena estabelece, no art. 9º, que “o terrorismo, em qualquer de suas formas, é por essência contrário aos direitos humanos”.

Já no Capítulo III, o legislador descreve todos os Direitos e Deveres Constitucionais, à semelhança do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

Destaque-se, também, o disposto no art. 38:

Qualquer pessoa que esteja ferida em seus direitos pela administração do estado, suas agências ou os municípios, pode reivindicar

perante a tribo que determina a lei, sem prejuízo da responsabilidade que poderia afetar o funcionário que tiver causado o dano.¹⁸⁴

Note-se que a redação menciona expressamente toda a Administração do Estado, sem fazer distinção alguma de Poder ou Instituição.

Por sua vez, o Código Penal Chileno, de 12 de novembro de 1874, no Título Terceiro do Livro Segundo, prevê dispositivos relacionados aos crimes e contravenções que afetam os direitos garantidos pela Constituição. O título em exame envolve os delitos relativos ao exercício dos direitos políticos e da liberdade de imprensa (§ I); os crimes e contravenções atinentes aos cultos permitidos na República (§ II); os crimes e contravenções contra a liberdade e segurança, cometidos por particulares (§ III); e a tortura, outros tratos cruéis, desumanos ou degradantes, e outros males infligidos por funcionários do governo aos direitos garantidos pela Constituição (§ IV) – arts. 137 a 161-B.

No Diploma Penal Chileno tutelam-se os direitos políticos, à liberdade de imprensa, à privacidade, à liberdade de locomoção e de culto, à segurança e a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, como a tortura. As penas, que atingem abusos cometidos por agentes públicos ou privados, podem alcançar a prisão perpétua (art. 21).

É interessante destacar que, dentre “os crimes e contravenções que afetam os direitos garantidos pela Constituição”,¹⁸⁵ o Código Chileno inclui aqueles contra a liberdade e segurança, cometidos por *particulares* (arts. 141 a 147). Nele, estão esculpidos delitos contra a liberdade individual (análogo ao sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro), rapto, invasão de domicílio, violação de correspondência e exercício ilegal das próprias razões.

184 Tradução livre do original “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

185 Disponível em: <http://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/potestades/Cod-18742_Penal.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2018.

Por sua vez, o crime de desobediência, se praticado por servidor público, é sancionado com a inabilitação *perpétua* para o cargo ou ofício (art. 252). Igual penalidade é imposta aos crimes de corrupção (arts. 248 a 253), além de prisão e multa.

O Código Penal Chileno, na Parte Geral, prevê, à semelhança da disposição do art. 61, inc. II, alínea *g*, do Código Penal Brasileiro, a hipótese do abuso de poder como circunstância agravante genérica. No art. 12, alínea *g*, desse Diploma Chileno, consta a agravante consistente em cometer o delito “prevalecendo-se do caráter público que tenha o agente”.

- **PORTUGAL**

O Código Penal Português (Decreto-lei n. 48, de 15 de março de 1995) aborda o tema abuso de poder em diversos dispositivos, por exemplo, no Livro II (Parte Especial), Título I (Dos Crimes contra as Pessoas), Capítulo IV (Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal), ao prever o crime de *coação grave* (art. 155º) e de escravidão (art. 159º). Também há referências aos crimes de calúnia, injúria e difamação agravadas (art. 184º); violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art. 190º); devassa da vida privada (art. 192º); devassa por meio de informática (art. 193º); violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194º); abuso de confiança (art. 205º); apropriação ilegítima (art. 234º); administração danosa (art. 235º); tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos (arts. 243º e 244º); omissão de denúncia (art. 245º); falsificação praticada por funcionário (art. 257º); instrumentos de escuta telefônica (art. 276º); tráfico de influência (art. 335º); fraude a eleição (art. 329º); *coação* de eleitor (art. 336º); fraude e corrupção de eleitor (art. 335º); auxílio de funcionário a evasão (art. 350º); negligência na guarda (art. 351); denegação de justiça e prevaricação (art. 369º); prevaricação de advogado ou de solicitador (art. 370º); e violação de segredo de justiça (art. 371º). Com isso, estão abrangidos na legislação chilena os abusos de poder praticados nas administrações pública ou privada.

Não obstante, o Capítulo IV contempla, na íntegra, os crimes cometidos no exercício de funções públicas, como a

corrupção, o peculato, a participação econômica em negócio (art. 377º), a violação de domicílio, a concussão e um tipo residual de abuso de poder (art. 382º). Os arts. 383º e 384 tipificam a violação de segredo; e o art. 385, o abandono de funções.

O Capítulo IV (Dos Crimes Cometidos no Exercício de Funções Públicas) encerra-se com um tipo residual de abuso de poder (e não somente de autoridade) – configurado no art. 382º já mencionado:

O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Desse modo, é de se concluir que todos os tipos anteriormente prescritos no referido capítulo são considerados, pela legislação lusitana, formas de abuso de poder, inclusive a corrupção, o peculato e a participação econômica em negócio.

Acrescente-se, também, a Lei n. 52, de 22 de agosto de 2003, que combate o terrorismo, modalidade típica do abuso de poder.

Ao mesmo tempo, punem-se os atos que dificultam ou impedem o regular exercício da autoridade, como nos crimes de desobediência à ordem de dispersão de reunião pública (art. 304º, punido com até dois anos de prisão para o promotor da reunião ou ajuntamento); traição à pátria (art. 308º); usurpação de autoridade pública (art. 320º); alteração violenta contra o Estado de Direito (art. 325º); incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de Direito (art. 326º); sabotagem (art. 329º); incitamento à desobediência *coletiva* (art. 330º); *coação* contra órgãos constitucionais (art. 333º); perturbação do funcionamento de órgão constitucional (art. 334º); resistência e *coação* sobre funcionário (art. 347º, punida com até cinco anos de prisão, incluída

a desobediência à ordem de parada¹⁸⁶); desobediência (art. 348º); evasão (art. 352º, punido com até dois anos de prisão); violação de imposições, proibições ou interdições (art. 353º); e motim de presos (art. 354º, punido com até oito anos de prisão).

- **ESPANHA**

O Código Penal Espanhol (*Ley Orgánica nº 10, de 26 de noviembre de 1995*) prevê, na Parte Geral, o abuso de poder, como circunstância agravante. O art. 22, item 7º, estatui a agravante consistente na prática do crime em que o agente se prevalece de seu caráter público – sistemática adotada desde 1848.

Já no Livro II – Delitos e suas Penas, Título VI – Delitos contra a Liberdade, o Diploma Penal Ibérico permite, de modo expresso, a punição de particulares, tratada no Capítulo I – Das Detenções Ilegais e Sequestros; As Torturas e outros Delitos contra a Integridade Moral são disciplinados no Título VII; e os crimes contra a liberdade sexual, no Título VIII.

Mas a inovação no Códex penal da Espanha ocorreu, de fato, no Título XXI, que versa exclusivamente sobre os crimes contra a Constituição, ao tipificar rebelião, crimes contra a Coroa, infrações contra as Instituições do Estado, condutas de usurpação de funções, delitos cometidos por funcionários públicos contra as garantias constitucionais (liberdade individual, inviolabilidade domiciliar e demais garantias da intimidade, além de outros direitos individuais).

186 Veja-se: “Artigo 347.º Resistência e coacção sobre funcionário. 1- Quem empregar violência, incluindo ameaça grave ou ofensa à integridade física, contra funcionário ou membro das Forças Armadas, militarizadas ou de segurança, para se opor a que ele pratique ato relativo ao exercício das suas funções, ou para o constranger a que pratique ato relativo ao exercício das suas funções, mas contrário aos seus deveres, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”.

2 – *A mesma pena é aplicável a quem desobedecer ao sinal de paragem e dirigir contra funcionário ou membro das Forças Armadas, militarizadas ou de segurança, veículo, com ou sem motor, que conduza em via pública ou equiparada, ou embarcação, que pilote em águas interiores fluviais ou marítimas, para se opor a que ele pratique acto relativo ao exercício das suas funções, ou para o constranger a que pratique acto relativo ao exercício das suas funções, mas contrário aos seus deveres, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.” (grifou-se).*

Ainda, destacam-se os seguintes dispositivos: arts. 410 a 412, que punem a desobediência; arts. 413 a 418, que tratam da infidelidade na custódia de documentos e a violação de segredos; arts. 419 a 427, que cuidam da coação; arts. 428 a 430, que versam sobre o tráfico de influência; arts. 432 a 435, que sancionam a malversação; arts. 436 a 438, que incriminam as fraudes e exações ilegais; e arts. 446 a 449, que punem a prevaricação de magistrados e juizes. Conquanto ordinariamente as condutas mencionadas não encerrem abuso de poder, protegem o regular exercício do poder, essencial à realização dos interesses públicos e particulares.

O legislador ibérico debruçou-se com afinco em questões como as negociações e atividades proibidas a funcionários públicos e os abusos no exercício de sua função, tratados em um capítulo exclusivo (IX - arts. 439 a 444). Também há capítulo especial para os delitos relativos ao exercício dos direitos fundamentais e liberdades públicas (Capítulo IV do Título XI - arts. 510 a 528). Nestes dispositivos, houve clara intenção do legislador de inibir e coibir abusos de poder nas esferas pública e particular.

No que tange aos crimes praticados por servidores públicos, a doutrina espanhola ressalta, amparada na jurisprudência:

Não é suficiente, naturalmente, a qualidade pública do sujeito ativo com a conseqüente situação objetiva de superioridade em relação ao sujeito passivo e a coibição correlacionada deste, mas o decisivo é esse espírito específico de aproveitamento da vantagem mencionada.¹⁸⁷

Trata-se, pois, de destaque particular do dolo específico.

O legislador ibérico complementou, no art. 445, com a criminalização de algumas formas de corrupção praticadas na iniciativa privada.

187 Tradução livre do original: “[...] no basta, claro es, la calidad pública del sujeto activo con la consiguiente objetiva situación de superioridad respecto del sujeto pasivo y la correlativa cohibición de éste, sino que lo decisivo es esse ánimo específico de aprovechamiento de la mencionada ventaja” (ANTÓN, Tomás S. Vives. *Comentarios al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 258).

A exemplo do Código Português, para assegurar o regular exercício da autoridade, essencial à consecução da atividade-fim da Administração Pública - o interesse público representado pelo bem comum -, o Estatuto Espanhol elenca grande número de infrações que punem especificamente eventuais embaraços ao escorreito uso do poder estatal. Assim, prevê os crimes de encobrimento ou ocultação (art. 451); de falsas acusações e alegações e da simulação de crimes (arts. 456 e 457); de obstrução à justiça e deslealdade profissional (arts. 463 a 467); da rebelião (arts. 472 a 484); crimes contra as instituições estatais (arts. 492 a 505); da usurpação das atribuições (arts. 506 a 509); crimes contra a ordem pública (arts. 544 a 549); de atentados contra a autoridade, seus agentes e funcionários públicos, e de resistência e desobediência (arts. 550 a 556); de desordens públicas (arts. 557 a 561); delitos de traição (arts. 581 a 588); crimes que comprometem a paz ou a independência do Estado (arts. 589 a 597); as faltas contra os interesses gerais (arts. 639 a 632); e as faltas contra a ordem pública (arts. 633 a 637). O Capítulo VII dedica-se exclusivamente às organizações terroristas e grupos terroristas e crimes de terrorismo.

- **ITÁLIA**

O Código Penal Italiano (*Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398*), no Livro Segundo (Do Delito em Particular), Título II (Do Delito contra a Administração Pública), Capítulo I (Do Delito de Publicidade Oficial contra a Administração Pública), disciplina expressa e especificamente o abuso de função ou poder no art. 323 - Abuso de Ofício – que prescreve:

Salvo se o fato constituir crime mais grave, o funcionário público ou encarregado de serviço público que, no exercício da função ou serviço, em violação de normas legais ou regimentais, ou ainda se omitindo diante de seus deveres em razão de um interesse próprio ou de parente próximo ou em outros casos previstos, intencionalmente, pede para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida que traga dano

para outros é punido com a reclusão de um a quatro anos. A pena é aumentada nos casos em que o benefício ou dano têm um caráter de significativa gravidade.¹⁸⁸

Trata-se de figura penal subsidiária, prevista de modo expreso como crime contra a Administração Pública. A exemplo da legislação brasileira, o tipo peninsular tutela sobretudo a probidade, a legalidade e a dignidade das funções públicas.

O Código Italiano também contempla, na Parte Geral, a previsão do abuso de poder como agravante genérica. Consoante o art. 61, n. 9, dentre outros, são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, haver o sujeito ativo cometido o fato com abuso de poder, ou com violação dos deveres inerentes à função pública ou de serviço público, incluindo-se aí a qualidade de ministro de culto.¹⁸⁹

O legislador destina uma seção à tutela da liberdade (arts. 605 e seguintes do Diploma Italiano), com a tipificação do abuso de poder nas prisões e diligências ilegais. Incluem-se, também, entre os crimes contra a liberdade, os delitos sexuais – que, como se sabe, podem ser cometidos por particulares.

- **ALEMANHA**

A Constituição Alemão refere-se ao abuso de poder no art. 78, ao estabelecer que a “legislação concorrente abrange as seguintes matérias: [...] 16. a prevenção contra o *abuso do poder econômico*”; e, no

188 Tradução livre do original: “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravita.”.

189 Tradução livre do original: “Art. 61. Circostanze aggravanti comuni:- Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 9) l’aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto.”.

art. 18, ao tratar da perda dos direitos fundamentais, diz:

*Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais.*¹⁹⁰ (Grifou-se)

O Código Penal Alemão (*Deutsches Strafgesetzbuch*) preconiza, dentre os crimes funcionais, no § 343, que:

[...] o funcionário público, atuando em procedimento penal, que maltrate fisicamente, utilize violência, grave ameaça ou tortura, para obter alguma declaração ou para omiti-la, será castigado com a pena de privação de liberdade de um a dez anos.

Os parágrafos seguintes tipificam o desenvolvimento de persecução penal e a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança em face de pessoa inocente.

No Diploma Penal Alemão não há, na Parte Geral, previsão do abuso de poder como causa de aumento de pena ou como circunstância agravante genérica. O § 46 traz tão somente os critérios básicos para a dosimetria da pena.

- **FRANÇA**

A França outorgou ao mundo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Logo no preâmbulo, o documento destaca a

¹⁹⁰ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

corrupção e os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, contra os quais busca proteção:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Fazem jus a destaque também o art. 2º – “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”; o art. 3º – “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”; e o art. 15 – “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”.

No art. 12, determina que “a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daquelas a quem é confiada”.

O Código Penal Francês (*Ordonnance n.º 2000-916 du 19 septembre 2000*) confere extenso tratamento aos crimes contra a pessoa. O Livro II destina-se, na íntegra, a disciplinar – Do Crimes e Delitos contra as Pessoas em seus dois títulos. O primeiro cuida dos Crimes contra a Humanidade, dentre eles, o genocídio (Título I - Dos Crimes contra a Humanidade), enquanto o segundo versa sobre os Atentados contra a Pessoa Humana (Título II - Dos Ataques à Pessoa Humana). Neste último, há sete capítulos em que os atributos da personalidade são tutelados de maneira destacada, com a previsão dos delitos de tortura (arts. 222-1 e 222-6-1), de discriminação racial (arts. 225-1 a 225-4), e de violação da vida privada (arts. 226-1 a 226-7).

Ao tratar dos crimes contra a Administração, o Diploma Francês traz, no Título III, uma seção destinada aos delitos de abuso de autoridade contra a Administração (arts. 432-1 a 432-3); e outra aos delitos de abuso de autoridade praticados contra os particulares (parágrafo 1 - violações da liberdade individual (arts. 432-4 a 432-6); § 2º – discriminação (art. 432-7); § 3º – transgressão à inviolabilidade do domicílio (art. 432-8); § 4 – infrações de correspondência (art. 432-9).

• ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Em 1789, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) dos Estados Unidos da América, atualmente em vigor, com nítida inspiração iluminista, influenciada pela Declaração Francesa (do mesmo ano) e pela Declaração da Virgínia (1776), sedimentou a importância da prevenção e combate ao abuso de poder.

Já na Seção 3 do art. I, a Constituição Estadunidense determina que “o julgamento em casos de *impeachment* não se estenderá além da remoção do cargo e desqualificação para manter e usufruir de qualquer cargo de honra, confiança ou lucro nos Estados Unidos”.¹⁹¹

A Seção 4 do art. II, por sua vez, prevê que “o Presidente, o Vice-Presidente, e todos os funcionários civis dos Estados Unidos

191 Tradução livre do original: “Judgment in cases of impeachment shall not extend further than to removal from office, and disqualification to hold and enjoy any office of honor, trust or profit under the United States.”.

serão afastados de suas funções por *impeachment* por condenação por traição, suborno, ou outros crimes e delitos graves”.¹⁹²

Dentre as dez emendas à Constituição Estadunidense, todas elas versando sobre a preservação dos direitos fundamentais do cidadão, destaca-se a primeira, que expressa típica vedação ao abuso do poder de legislar:

O Congresso não deve fazer nenhuma lei em observância a um dogma religioso, ou proibindo seu livre exercício; ou abdicando da liberdade de expressão, ou de imprensa; ou do direito das pessoas de se reunirem de forma pacífica e de solicitarem ao governo uma reparação de queixas.¹⁹³

O Código Criminal Estadunidense (*US Code*) contém, no Título 18, Parte I, Capítulo 11, um capítulo especificamente destinado a esse gênero de crimes (§ 201 a § 227). Os vinte e sete parágrafos dispõem sobre a corrupção de funcionários públicos e testemunhas, com multa correspondente a três vezes o montante equivalente ao valor monetário ou da coisa recebidos, considerando sempre o que for maior; ou, ainda, com prisão por não mais de quinze anos - ou ambos. O corrupto também pode ser proibido de ocupar qualquer cargo de honra, confiança, ou lucro no país (§ 201, B, 4).

Trata-se da figura do *Bribery*, ou *graft*, equivalente à corrupção ou ao suborno, caracterizados pelo pagamento ou recebimento de propina, nas modalidades passiva e ativa.¹⁹⁴

A previsão expressa e específica ode crimes praticados por membros do Poder Legislativo – membro do Congresso, membro

192 Tradução livre do original: “The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors.”.

193 Tradução livre do original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”.

194 WALLACE, Harvey; ROBERSON, Cliff. *Principles of criminal law*. Cambridge: Pearson, 2015. p. 233 e ss..

do Congresso eleito, Delegado, Delegado eleito, Comissário residente, ou Comissário residente eleito – está esculpida no § 203, a, 1, A. Os sujeitos ativos das modalidades em questão são determinados e apenas compreendem os parlamentares ou representantes eleitos pela população. As sanções para esses crimes envolvem prisão de até cinco anos ou multa - ou ambos (Código Estadunidense, Título 18, Parte I, Capítulo 11, § 216).

Como garantia do exercício escorreito do poder público, os juízes federais estadunidenses somente podem ser removidos do ofício (demitidos) mediante *impeachment*, o qual tramita sempre perante o Congresso Nacional, independentemente da instância de atuação do magistrado. A responsabilidade de disciplinar os juízes estaduais é prevista na legislação de cada unidade da federação.

Para os membros do Ministério Público, a situação é diversa. Os *U.S Attorneys* (responsáveis pela atividade de persecução penal federal e de defesa da União¹⁹⁵) são nomeados para um mandato de quatro anos, mas servem *ad nutum* do Presidente da República. Desse modo, a sua dispensa pode dar-se independentemente da prévia comprovação de prática de atos ilegais - basta ao Presidente expedir o ato competente. No entanto, esses membros do Ministério Público também se sujeitam a condenação por *impeachment*, sempre com trâmite perante o Congresso Nacional.

Em complemento ao sistema de contrapesos que assegura o regular exercício do poder público, promotores de Justiça e juízes detêm imunidade civil em relação aos atos praticados no exercício do ofício.

O Código Criminal Estadunidense em comento prevê crimes de oficiais públicos federais em geral. Especificamente no tocante ao abuso, a figura típica do § 242, relativa à privação de direitos de cidadãos, é análoga à de abuso de autoridade. O delito ali definido atinge magistrados, inclusive.¹⁹⁶

No § 207 é estabelecida uma série de restrições a ex-oficiais, bem como a funcionários (eleitos ou não) dos Poderes Executivo e

195 Similar ao Ministério Público Federal do Brasil do período anterior à Constituição de 1988.

196 Como no caso *United States vs. Roberto C. Nalley*, em que um juiz foi condenado por determinar uso imoderado de força- aplicação de choques elétricos- contra uma das partes durante uma audiência judicial.

Legislativo. No rol dos impedimentos foram incluídos, permanentemente, a vedação à representação de questões particulares em assuntos públicos, além de outras proibições temporárias. Com isso, à evidência, o legislador pretendeu evitar qualquer forma de influência - e até mera comunicação - que possa atingir assuntos relativos à Administração Pública, com possibilidade do abuso do poder, prestígio ou autoridade decorrente da função outrora exercida pelo antigo servidor e pelo atual particular.

Nessa esteira, o § 227 pune aquele que impulsiona ou influencia, injustamente, com base na filiação político-partidária, as decisões de um Membro do Congresso, funcionário dos Poderes Legislativo e Executivo, de emprego ou de prática de emprego de uma entidade privada.

O salário dos funcionários do governo, pagos somente pela Administração Pública, é previsto no § 209. O dispositivo veda qualquer pagamento (suplementos ou contribuições) feito por parceiro, associação, corporação, ou outra organização, em violação daquela subseção.

A oferta ilícita para exercer cargos públicos de nomeação é sancionada pelo § 210. Desse modo, aquele que paga, oferece ou promete qualquer dinheiro ou coisa de valor, a qualquer pessoa, empresa ou corporação em consideração do uso ou promessa de qualquer influência para obter qualquer cargo de nomeação para qualquer pessoa, é punido com multa ou prisão de até um ano - ou ambos.

Já a aceitação ou solicitação de vantagem para obter cargos públicos de nomeação é criminalizada no § 211. Conseqüentemente, pratica crime aquele que solicita ou recebe, como contribuição política, para emolumentos pessoais, qualquer dinheiro ou coisa de valor, em consideração da promessa de apoio ou uso de influência na obtenção de nomeação a qualquer cargo público. Nessa senda, delinque aquele que solicita ou recebe qualquer coisa de valor sob promessa de ajudar alguém a obter emprego, referindo o seu nome a um departamento executivo ou agência dos Estados Unidos ou exigindo o pagamento de uma taxa. Em ambos os casos, a sanção é de multa ou prisão de até um ano - ou ambos.

Os §§ 212 e 213 punem a oferta e a aceitação de empréstimo ou gratificação ao examinador da instituição financeira; e o § 214 tipifica a oferta, recebimento, consentimento ou concordância de qualquer taxa para aquisição de empréstimo bancário do Federal Reserve e desconto

de papel comercial. No § 215 é inculcado o recebimento de comissões ou brindes para aquisição de empréstimos. As sanções atingem multa no valor de um milhão de dólares ou três vezes o valor da coisa – sempre o que for maior –, ou prisão de até trinta anos. Trata-se, claramente, de normas cujo propósito é coibir o abuso do poder econômico na esfera pública - e há outras que ultrapassam as fronteiras do poder público para atingir, com precisão, o abuso de poder cometido na esfera privada.

A aceitação da contrapartida pelo ajuste do endividamento agrícola é punida no § 217. Ainda sobre crimes financeiros, praticados continuamente, as empresas que os organiza, gerencia ou supervisiona é punida com multa de até vinte milhões de dólares, além de prisão que pode atingir a perpetuidade.

O § 224 pune o suborno em competições esportivas, com multa ou prisão por até cinco anos – ou ambos.

Ainda no cenário estadunidense, em matéria de corrupção, destaca-se, na década de 1980, o julgamento de políticos e antigos agentes do Federal Bureau of Investigation (FBI), envolvidos em supostas vendas de vistos de entrada no país, nos chamados escândalos *ABSCAM*,¹⁹⁷ iniciais de um suposto grupo árabe.¹⁹⁸

O *money laundering*, importante contribuição transnacional do Direito Estadunidense, caracteriza-se pela prática de lavagem de moeda com o objetivo de legalizar dinheiro ilícito (sujo), ordinariamente vinculado ao tráfico de drogas, ao terrorismo, ao crime organizado e à fraude fiscal.¹⁹⁹ A conduta aproxima-se daquela atinente aos crimes de colarinho branco (*white collar crimes*), expressão criada por Edwin Sutherland na década de 1930 para descrever crimes não violentos cometidos em razão do trabalho, ofício, ocupação ou cargo, fraudando-se pessoas privadas ou o governo.²⁰⁰ Ainda, a conduta concentra-se no potencial ofensivo do criminoso, decorrente de sua atividade laboral e de

197 Também chamado Abdul Scam.

198 KNAPPMAN, Edward W. *Great American trials*. Canton: Visible Ink Press, 1983. p. 699 e ss..

199 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. New York: West, 2011. p. 535.

200 WALLACE, Harvey; ROBERSON, Cliff. *Principles of criminal law*, p. 5.

seu conhecimento - teórico e prático.²⁰¹ Trata-se de típico abuso de poder na seara privada.

Os crimes de colarinho branco desdobram-se em conspiração (*conspiracy*), fraude bancária mediante uso de correio ou outros meios de comunicação (*mail, wire and bank fraud*), obstrução de justiça (*obstruction of justice*), extorsão (*extorsion*), crimes fiscais (*tax crimes*), e negociatas (*racketeering*). Há, hoje, especial cuidado do Direito Penal Estadunidense com as organizações criminosas voltadas a delitos de colarinho branco, contra as quais o Congresso dos Estados Unidos aprovou, em 1970, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO – Lei das Organizações Influenciadas e Corruptas do Racketeer*²⁰²). Essa norma prevê ações penais prolongadas e permite o julgamento de *líderes* de uma organização pelos crimes cometidos por seus comandados e auxiliares.

Promotores federais utilizam esse estatuto com recorrência para o combate ao crime organizado, centrando investigações em empresas que apresentem indícios de fraudes.²⁰³

A partir de 1972, trinta e três Estados da Federação estadunidense adotaram leis próprias RICO para combater comportamentos semelhantes.

Em face da relação da lavagem de dinheiro com o suposto financiamento do terrorismo, foram editadas legislações especiais para o enfretamento desses crimes, por vezes com dimensões internacionais, como o *USA Patriot Act*, decreto transformado em lei em 26 de outubro de 2001, pelo então Presidente George Bush.

- **INGLATERRA**

O primeiro passo para o surgimento das chamadas declarações de direitos foi dado na Inglaterra, em 1215, com a Magna

201 PODGOR, Ellen S. *White collar crime*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013. p. 2.

202 A Lei RICO foi esculpida no Título IX, Seção 901, a, da Lei do Controle de Crime Organizado, de 15 de outubro de 1970, e assinada por Richard M. Nixon, então Presidente dos Estados Unidos da América. A redação do documento coube a G. Robert Blakey, Conselheiro do Comitê de Operações do Governo do Senado dos Estados Unidos, sob supervisão do Presidente do Comitê, o Senador John Little McClellan.

203 PODGOR, Ellen S. *White collar crime*, p. 154 e ss..

Carta.²⁰⁴ O documento, produto dos desentendimentos entre o Rei, o Papa Inocêncio III e os barões ingleses, limitou o poder dos monarcas ingleses, sobretudo o do Rei João, conhecido como João Sem-Terra (*John Lackland*, em inglês), e impediu o exercício do poder absoluto. Com isso, o Monarca viu-se obrigado a renunciar a certas prerrogativas e a reconhecer que sua vontade estaria sujeita à lei.

Logo no início, a Carta anuncia as liberdades individuais:

Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo enumeradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre.²⁰⁵

A norma é reiterada no art. 60 ao dispor que “Todos os direitos e liberdades, que concedemos e que reconheceremos enquanto for nosso o reino, serão igualmente reconhecidos por todos, clérigos e leigos, àqueles que deles dependerem”.²⁰⁶

A Magna Carta também estabeleceu limites ao poder de tributação (arts. 12, 14 e 16), com vedação ao confisco (arts. 28, 30 e 31); as penalidades (arts. 20 e 21); o devido processo legal (arts. 36, 39, 40 e 42); e os direitos da burguesia (art. 41).

Seguiu-se a *Petition of Rights* (Petição de Direitos), apresentada pelo Parlamento ao Rei Carlos I, em 1628. O Rei, de tendências absolutistas, havia sido malsucedido nas guerras em que se envolvera, vendo-se obrigado a convocar a Assembleia Parlamentar, que lhe apresentou uma série de reivindicações, destacando-se, entre elas, a proibição do lançamento de impostos sem aprovação do Parlamento, a

204 *Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o Rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do Rei inglês).

205 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

206 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

vedação da prisão arbitrária e da utilização da lei marcial em tempo de paz e o interdito à ocupação permanente de casas particulares por soldados.

O *Habeas Corpus* já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária, mas sem muita eficácia em razão da falta de normas adequadas. Em 1679, o decreto cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar” trouxe as garantias processuais que criaram efetivamente os direitos.²⁰⁷

Anos depois, o Parlamento inglês redigiu o *Bill of Rights* (Lei de Direitos), de 1689,²⁰⁸ com o propósito de limitar o poder real de Guilherme III. O documento consignou uma série de garantias fundamentais: o direito de petição, a inviolabilidade dos membros do Parlamento quando no exercício de suas funções; a extinção dos tribunais de exceção; a ilegalidade da faculdade do Rei para suspender a vigência de leis ou autorizar o seu descumprimento; e a vedação ao Monarca do poder de lançar tributos ou manter exército permanente sem autorização do Parlamento. Trata-se do primeiro documento oficial que garante a participação popular, por meio de representantes parlamentares, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade, e veda, ainda, a instituição de impostos excessivos e de punições cruéis e incomuns.

Seguiu-se o *Act of Settlement*, de 1701, cujas prescrições impediam o Rei de governar sem o Parlamento, bem como de interferir na aplicação da justiça.

Contemporaneamente, o *Parliament Act*, de 1911, limitou os poderes da Câmara dos Lordes e fixou em cinco anos o mandato dos integrantes da Câmara dos Comuns.

207 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

208 Após grave confronto com o Parlamento, o Rei Jaime II fugiu da Inglaterra, em episódio conhecido como Revolução Gloriosa de 1688. Para assumir o trono foi chamada sua filha Maria II, casada com o primo Guilherme III (Guilherme de Orange). No entanto, sua condução ao trono por aclamação foi condicionada ao reconhecimento de uma série de direitos, que objetivavam pôr fim ao absolutismo dos reis Stuarts, casa a que pertenciam Jaime II e Maria II.

Outros diplomas complementam o arcabouço constitucional inglês como o *Statute of Westminster* (1931), o *Minister of the Crown Act* (1937), os *Regency Acts* (1937 e 1953), o *Parliament Act* (1949), o *Life Peerages Act* (1958), e o *Peerages Act* (1963).

DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEI N. 4.898/1965

Em um dos momentos mais importantes da política nacional, em que as instituições de maior relevância da República são colocadas à prova diariamente, o Congresso Nacional resolveu debruçar-se sobre a necessária atualização da Lei Federal n. 4.898/1965, que trata dos chamados crimes de abuso de autoridade.

É indubitável que esse importante diploma legal precisa passar por uma completa revitalização; afinal, passados mais de cinquenta anos de sua edição, sofreu mudanças significativas no enfrentamento à criminalidade e, por conseguinte, nas técnicas de investigação utilizadas pelo Estado. As políticas criminais ocupam-se, cada vez mais, da prevenção, até mesmo em detrimento da repressão em algumas hipóteses.

Trata-se, portanto, de valiosa oportunidade de elaborar uma norma que, de fato, compreenda todas as formas de abuso de poder ou, ao menos, todas as espécies de abuso de autoridade e as previna e reprima com eficácia.

Sabe-se que as últimas décadas contemplaram o surgimento de novas práticas delitivas, inexistentes à época da edição da Lei n. 4.898/1965. Do mesmo modo, a sociedade brasileira acompanhou o nascimento de grupos criminosos altamente organizados, que se espalharam por todo o território nacional, em grande parte em razão da ineficácia das políticas estatais existentes para o combate ao crime.

Diante desse cenário, a investigação criminal passou a adotar técnicas que nem ao menos poderiam ser imaginadas nas décadas de 1950 ou 1970. Por consequência, ao lado dessa nova realidade, emergiu a necessidade de um regramento capaz de colocar limites eficazes ao abuso de poder, quer seja público ou privado.

A importância de se proteger o cidadão contra o abuso de poder é tal que a Constituição Cidadã de 1988 tratou do tema no art. 5º, inc. XXXIV, *a*, ao assegurar a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder.

Deve o legislador, sem dúvida alguma, preocupar-se em limitar eventuais abusos cometidos por autoridades públicas ou por

detentores de poder na seara privada. No entanto, com o mesmo rigor, deve buscar, de forma incansável, preservar as instituições incumbidas do combate ao crime, respeitando sua autonomia e a independência de seus membros.

A propósito, Clovis Bevilacqua leciona que a lei contém em si muito do arbítrio, pois, como a arte e a ciência, é criada pelo homem e, por isso, é imperfeita. Daí a importância de profunda reflexão no exercício da função legislativa, sobretudo em face da relevância do tema ora tratado e do peculiar momento político vivenciado pela sociedade brasileira.

Neste ponto, faz-se igualmente oportuno o ensinamento de Flavio L. Linquevis, nos seguintes termos:

O nascimento de uma lei não é tarefa simples, tendo sua origem em fenômenos sociais, devendo ser delineada quanto ao seu objetivo, a pacificação social, mas com vista também à busca do desenvolvimento contínuo da coletividade e à transposição dos anseios de nossa sociedade, a qual, neste contexto, é detentora originária do poder e beneficiária final de tais normativas. A lei deve ser reflexa de questões sociais, adequada à realidade, refletindo as instituições e a vontade coletiva, colocada no mundo fático através da representatividade, com intuito de beneficiar a todos. Não basta a norma existir, ela deve satisfazer determinados pressupostos intrínsecos e extrínsecos de validade, sob pena da perda de eficácia e efetividade.²⁰⁹

A nova lei de abuso de poder (autoridade) deve primar pela melhor técnica; precisa buscar punir o abuso de poder e não o exercício escorrido deste. Só assim, a nova lei alcançará seus objetivos e contribuirá para o desenvolvimento das relações sociais, com a efetiva pacificação dos conflitos e a consecução do bem comum.

209 LINQUEVIS, Flávio L. Breves comentários sobre o crime de abuso de autoridade e a proposta 280/2016: um país em busca de sua identidade. *Revista Conceito Jurídico*, Brasília, ano I, p. 30-33, 2 fev. 2017, p. 31.

DOS CRIMES VAGOS

O exame responsável do Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional também exige uma avaliação preliminar necessária, qual seja, a pesquisa da observância dos postulados da legalidade e inerente taxatividade da lei penal. E uma perfunctória digressão histórico-legislativa reforça a importância da obediência a esses fundamentos básicos.

Isso porque, como se sabe, ao editar a Lei n. 4.898/1965, não andou bem o legislador quando estabeleceu tipos penais vagos, em inobservância aos princípios da legalidade e da taxatividade (*lex certa*).

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o defina. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.²¹⁰

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.²¹¹

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

210 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

211 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 386.

Ademais, há também de ser prestigiado, sem exceções, o postulado penal da intervenção mínima - o que nem sempre ocorre com a Lei n. 4.898/1965 e pode ser, temerariamente, reproduzido nos textos legislativos em trâmite no Congresso Nacional.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,²¹² o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.²¹³

A interpretação doutrinária do princípio da intervenção mínima aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de

212 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5o. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

213 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 71.

intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.²¹⁴

Posto isso, passa-se à análise propriamente dita do Projeto de Lei do Senado Federal n. 280/2016.

²¹⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*- introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 272.

PARTE 2

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 280/2016

O ATUAL CONTEXTO LEGISLATIVO – PLS N. 280/2016

O texto inicial do Projeto de Lei n. 280/2016 (Senado), apresentado pelo Senador Renan Calheiros no dia 5 de julho de 2016, foi autodenominado *abuso de autoridade*. O referido texto estava acompanhado da seguinte justificção:²¹⁵

A Lei n° 4.898, de 9 de dezembro de 1965, relativa ao abuso de autoridade, está defasada. Precisa ser repensada, em especial para melhor proteger os direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição de 1988 (mais rica no particular do que a Constituição de 1946, vigente quando da promulgação da Lei n° 4.898, de 1965), bem assim para que se possam tomar efetivas as sanções destinadas a coibir e punir o abuso de autoridade.

Assim, o projeto de lei ora apresentado define como crimes de abuso de autoridade diversas condutas que têm o condão de atingir, impedindo, embaraçando ou prejudicando o gozo dos direitos e garantias fundamentais. O projeto o faz com esmero e com isso há evidente ganho de minúcia e rigor, o que vem a favor de uma tipificação mais exata de condutas, o que é essencial à boa técnica de elaboração de tipos penais.

O projeto também atualiza os crimes de abuso de autoridade em situações específicas, mormente para coibir e punir condutas que escapem ao Estado de Democrático de Direito, ao pluralismo e à dignidade da pessoa humana. Quanto aos aspectos processuais da matéria, vale ressaltar que a ação penal nos casos dos

215 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2913735&disposition=inline>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

crimes ora tipificados é pública condicionada à representação do ofendido, sendo que, em caso do não ajuizamento da ação no prazo devido pela autoridade competente, conceder-se-á prazo para que o ofendido possa ajuizar a ação penal privada, subsidiária da pública. Além disso, ressalva-se a possibilidade de o ofendido buscar as devidas reparações também nas esferas cível e administrativa. Vale destacar que o projeto também se preocupa em redimensionar as multas e outras penas cominadas para que venham a se tornar efetivas, ou seja, para que verdadeiramente concorram para coibir o abuso de autoridade ou para punir melhor aqueles que venham a constringer, com abuso de autoridade, o seu semelhante.

É preciso acabar – de parte a parte – com a cultura do “você sabe com quem está falando?” Uma disciplina como a que consta do projeto não se assimila de uma hora para outra. Ao contrário. Veja-se: tão-só a sua premência já aponta para estágio ainda discreto de civilidade. É preciso mudar a cultura. Para tanto, nos primeiros passos, uma legislação de escopo pedagógico é imprescindível, ainda que – insista-se – a sua necessidade deponha menos a favor do grau de civilidade da sociedade do que se poderia desejar.

Por fim, deve-se salientar que o projeto acima é fruto de um processo de convergência alcançado por meio de diálogos intensos e profícuos entre os três Poderes constituídos no Brasil. Houve relevante participação e colaboração por parte do Comitê Gestor do II Pacto Republicano, com efetiva colaboração do Judiciário. O Executivo foi ouvido em diversas oportunidades por

intermédio do Ministério da Justiça, de forma que o presente texto é objeto de um consenso inicial importante, chegando maduro à deliberação derradeira do Parlamento.

Essas as razões que justificam a aprovação do presente projeto.

Sala das Sessões,

Senador RENAN CALHEIROS

Pela Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição (CECR), ofereceu parecer o respectivo Presidente, Senador Romero Jucá.²¹⁶ O então parecerista relatou:

[...] o projeto em tela é *fruto de um processo de convergência* alcançado por meio de diálogos intensos e profícuos entre os três Poderes constituídos no Brasil. Conforme citado na sua justificação, houve relevante participação e colaboração por parte do Comitê Gestor do II Pacto Republicano, com efetiva colaboração do Judiciário. O Executivo foi ouvido em diversas oportunidades, por intermédio do Ministério da Justiça, de forma que a proposta é objeto de um consenso inicial importante. (Grifou-se)

Conquanto tenha ressaltado que o Projeto “vem a favor de uma tipificação mais exata de condutas, o que é essencial à boa técnica de elaboração de tipos penais”, o Senador Romero Jucá ofereceu substitutivo, “que visa aperfeiçoar a redação e a técnica legislativa da proposição original”, com a seguinte justificação:

Este substitutivo tem o propósito exclusivo de *corrigir lapsos de ordem redacional e incorreções de técnica legislativa*, mantendo o escopo e, na matéria, os objetivos das disposições

216 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790103&disposition=inline>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

originais. Esperamos que essa iniciativa possa suscitar a contribuição de parlamentares, assim como aquelas de outros órgãos e instituições públicas, a exemplo do Ministério da Justiça e do Ministério Público Federal. (Grifou-se)
Reafirmamos a intenção de *não opor obstáculos à continuidade de trabalhos e atividades desenvolvidos pelas instituições do Estado brasileiro, particularmente os que se notabilizaram como a operação Lava-Jato*. Desejamos que esses e atividades transcorram nos limites da lei e no intuito da apuração da verdade, assim como que se concluam com a responsabilização de todos aqueles que tenham dado causa, por ação ou omissão, a prejuízos ao Erário. (Grifou-se)
Sala da Comissão, de julho de 2016.
Senador, Presidente
Senador ROMERO JUCÁ, Relator

O referido substitutivo (Emenda (n. 01 – CECR – do Senador Romero Jucá) propôs diversas modificações no Projeto. No parágrafo único do art. 4º, exigiu, para a perda do cargo, mandato ou função, a reincidência específica na prática de crime por abuso de autoridade, e não a mera reincidência. No art. 21, enquanto o Projeto se refere a invasão de casa alheia, o substitutivo alude a imóvel alheio, conceito obviamente bem mais abrangente do que o de casa; e, no art. 22, o substitutivo postulou a exclusão do tipo penal *atingimento de terceiros nas interceptações telefônicas*.²¹⁷

Foram propostas inúmeras outras emendas.

O próprio Senador Romero Jucá apresentou as Emendas ns. 29-CCJ a 34-CCJ. A Emenda n. 29-CCJ altera os arts. 1º e 2º do PLS n. 280/2016. No art. 2º, prevê um rol mais amplo dos sujeitos ativos do

217 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

crime do que o previsto na redação original do PLS. No art. 1º, por sua vez, insere os seguintes parágrafos:

§ 1º Não há crime quando o sujeito ativo pratica o fato em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Tribunal de Segunda Instância ao qual estiver vinculado funcionalmente ou ao qual esteja submetido à jurisdição no caso concreto.

§ 2º Se o fato é praticado no estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem.

A Emenda n. 30-CCJ propôs alterar a redação do art. 4º do PLS n. 280/2016, que versa sobre os efeitos da condenação, valendo destacar o § 1º, que remete ao valor mínimo da indenização fixada na sentença penal condenatória: “O valor a que se refere o inciso I do caput será debitado à conta da unidade orçamentária do órgão ao qual estava vinculada a autoridade autora ao tempo do crime, observado o disposto no art. 100 da Constituição da República.”

A Emenda n. 31-CCJ, por sua vez, visou incluir no Projeto duas condutas, ambas punidas com reclusão, de dois a quatro anos, e multa: uma, relacionada com a divulgação de segredo de justiça; outra, para punir o retardamento na investigação ou a não instauração desse procedimento nos casos de violação de segredo de justiça.

Já a Emenda n. 32-CCJ propôs inserir no Projeto dispositivo para incriminar a conduta de prorrogar a investigação sem justificativa, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado, cominando na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Ainda, a Emenda n. 33-CCJ teve por finalidade alterar o art. 10 do Código de Processo Penal, estabelecendo prazos peremptórios para a conclusão dos inquéritos policiais e para o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito. O descumprimento injustificado desses prazos sujeitaria o responsável às sanções cominadas aos crimes de abuso de autoridade.

Por fim, a Emenda n. 34-CCJ apresentou proposta idêntica à da Emenda n. 31-CCJ.²¹⁸

O Senador Fernando Collor propôs (Emenda n. 02 - CECR) a modificação da redação do art. 36 do Projeto, para ampliar o espectro da prevaricação nele descrita, de modo que configurasse crime a conduta de “deixar de determinar a instauração de procedimento investigatório para apurar a prática de infração penal ou de improbidade administrativa quando dela tiver conhecimento e competência para fazê-lo”, não mais se restringindo aos crimes previstos no próprio Projeto.²¹⁹

O Senador Randolfe Rodrigues e outros (Emenda n. 03-PLEN) propuseram o aprimoramento de diversos dispositivos.²²⁰ O Senador Randolfe Rodrigues também ofereceu a Emenda n. 26-PLEN, propondo a substituição integral de todo o Projeto com a seguinte justificção:

O presente substitutivo objetiva equilibrar o justo interesse de coibirem-se atos abusivos contra cidadãos comuns por partes de autoridades, sem, no entanto, criminalizar o legítimo esforço do Sistema de Justiça no sentido da responsabilização de altas autoridades que, valendo-se abusivamente de prerrogativas institucionais, objetivam esquivar-se da reprimenda conseguinte aos seus delitos. Para que não paire qualquer suspeita sobre as reais intenções do Parlamento e seja fulminada qualquer dúvida sobre escusos propósitos de constricção aos avanços de relevantes processos investigatórios, tais como a chamada Operação Lava-Jato, equilibrar responsabilidade e independência das instituições do Sistema

218 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

219 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

220 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

de Justiça é fundamental, intento este que ponderamos ser atendido de modo parcimonioso pelo presente substitutivo que ora oferecemos.²²¹ (Grifou-se)

O Senador Ricardo Ferraço (Emendas nºs 04 e 07-PLEN) sugeriu que fosse estabelecida ressalva para evitar o crime de hermenêutica, mediante previsão segundo a qual “não o configura crime previsto nesta lei a divergência na interpretação da lei penal ou processual penal ou na avaliação de fatos e provas”; postulou a supressão do art. 30 do Projeto, que tipificava a conduta de “dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa, com abuso de autoridade” (Emendas ns. 05 e 08-PLEN); propôs a supressão do inc. III do art. 13 do Projeto, relativo ao constrangimento de preso para produção de provas contra si ou contra terceiros (Emenda n. 09-PLEN); sugeriu a supressão do art. 10 do Projeto, que versa sobre a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo (Emenda n. 10-PLEN); recomendou que se estabelecesse que os crimes de abuso de autoridade cometidos por magistrados e por membros do Ministério Público fossem de iniciativa, respectivamente, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República (Emenda n. 11-PLEN); requereu a supressão do art. 31 do Projeto, que tipifica a persecução criminal como forma de abuso de autoridade, por ter redação vaga e imprecisa (Emenda n. 27-CCJ); postulou a modificação do inc. II do art. 4º do substitutivo, para prever, como efeito da condenação, “a perda do cargo, do mandato ou da função pública e a inabilitação para o exercício de função pública pelo período de um a cinco anos, no caso de reincidência em crime de abuso de autoridade” (Emenda n. 35-CCJ); pretendeu que se conferisse ao *caput* do art. 10 do Projeto a seguinte redação: “Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado em desacordo com as normas processuais vigentes sobre a matéria” (Emenda n. 36-CCJ); propôs a retirada da redação do *caput* art. 13 do Projeto, a expressão “ou redução de sua capacidade de resistência”, ao argumento de que se poderia, de alguma forma, implicar

221 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790631&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

a nulidade da colaboração, conhecida como *delação premiada* (Emenda n. 37-CCJ); requereu a supressão do art. 39 do substitutivo, ao argumento de que a conduta nele descrita, consistente no pedido de vista com intuito procrastinatório, já estaria contemplada no art. 319 do Código Penal, que descreve o crime de prevaricação (Emenda n. 38-CCJ); sugeriu a alteração do parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, na forma do art. 43 do Projeto, para que tivesse a seguinte redação, ficando suprimida a expressão “ou com abuso de poder”, vista na parte final do dispositivo: “Parágrafo único. Incide nas mesmas penas a autoridade judicial que determina a execução de conduta descrita no *caput*, com objetivo não autorizado em lei” (Emenda n. 39-CCJ); propôs nova redação para o art. 13 do Projeto, com vistas a suprimir qualquer dúvida a respeito da possibilidade de acordo de delação premiada, sugerindo o seguinte texto (Emenda n. 46-CCJ).²²²

Art. 13. Constranger o preso ou detento, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe ter reduzido, por qualquer meio ilícito, a capacidade de resistência, a:

- I – exhibir-se, ou ter seu corpo ou parte dele exibido, à curiosidade pública;
- II – submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
- III – produzir prova contra si mesmo, ou contra terceiro, fora dos casos de tortura.

O Senador Telmário Mota (Emenda n. 06-PLEN) sugeriu a inclusão, no art. 8º do Projeto, de um parágrafo único prevendo que “a mera divergência de entendimento ou de interpretação entre membros do Ministério Público e juízes, ou entre estes e outros órgãos jurisdicionais, não constitui abuso de autoridade”, acompanhada de justificação advogando a impossibilidade de criminalização da hermenêutica jurídica.²²³

222 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

223 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

O Senador Aloysio Nunes Ferreira apresentou as Emendas ns. 12 a 25-PLEN. A primeira seguiu (n. 12) no mesmo sentido da Emenda n. 04, do Senador Ferraço. Já a Emenda n. 13-PLEN propõe-se a aperfeiçoar o *caput* do art. 5º do PLS, para ressaltar que as penas restritivas de direito têm caráter substitutivo em relação à privativas de liberdade. A Emenda n. 14-PLEN retira do parágrafo único do art. 6º do Projeto a menção ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pois o próprio dispositivo já prevê que a representação do ofendido será encaminhada à autoridade competente, com vistas à apuração de falta funcional. A Emenda n. 15-PLEN visou alterar a redação do art. 9º do Projeto, conforme a seguir:

Art. 9º Decretar prisão preventiva, busca e apreensão de menor ou outra medida de privação da liberdade, *fora das hipóteses legais ou sem o cumprimento ou a observância de suas formalidades:*

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade judiciária que, *sem justa causa*, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III – deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*.

(Grifou-se)

Na proposta, o Senador Aloysio Nunes Ferreira ressaltou que a expressão *prazo razoável*, constante do substitutivo, é demasiadamente subjetiva. A Emenda n. 16-PLEN alterou a redação do art. 10 do Projeto, para dispor que constitui crime “decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”, ao argumento que a expressão *manifestamente descabida*, constante da redação do substitutivo, é de extrema subjetividade. A Emenda n. 17-PLEN substituiu, no inc. IV do parágrafo único do art. 12 do substitutivo, a

expressão *sem motivo justo e excepcionalíssimo* por *injustificadamente* com a justificativa do autor de que o termo *excepcionalíssimo* é muito subjetivo. A Emenda n. 18-PLEN propôs a supressão do art. 15 do Projeto, que incrimina a conduta de não comunicação ao preso dos seus direitos ao silêncio e à assistência jurídica. O autor argumentou que a conduta é desprovida de perigo social. Do mesmo argumento se serviu a Emenda n. 19-PLEN, ao pugnar pela supressão do art. 16 do Projeto, que criminaliza a conduta de não identificação e de falsa identificação de agente de segurança pública ao preso. A Emenda n. 20-PLEN sugeriu suprimir, no art. 27 do Projeto, a expressão *ou fazer uso de provas de cuja origem ilícita se tenha conhecimento*, ao argumento de que a ilegalidade da prova pode ser discutida com base na doutrina e na jurisprudência. A Emenda n. 21-PLEN propôs a supressão do art. 45 do Projeto, que prevê a criminalização de condutas que violem a prerrogativa profissional do advogado, com a alegação de que a proposta deslocará o equilíbrio processual para longe do intuito da Justiça criminal, ao promover um embate entre patronos e órgãos responsáveis pela persecução penal. A Emenda n. 22-PLEN recomendou suprimir a expressão *ou moral* do art. 23 do Projeto, que prevê a criminalização de prática de violência física ou moral, ponderando ser a proposta imprecisa no que toca ao conceito de violência moral. A Emenda n. 23-PLEN propôs a supressão do art. 33, parágrafo único, dispositivo esse que não existe no Projeto. A Emenda n. 24-PLEN sugeriu a inclusão da expressão *sem justa causa* e a substituição da expressão *crimes previstos nesta Lei por infração penal ou de improbidade administrativa* do art. 36 do Projeto, que prevê a criminalização de inércia do membro do Ministério Público, quando tiver conhecimento de prática de crime. A Emenda n. 25-PLEN propôs a supressão do art. 39 do Projeto, com a alegação de que seria impossível constatar a prática de crime por procrastinação. O art. 39, todavia, não trata dessa matéria.²²⁴

O Senador Lasier Martins, inspirado na proposta apresentada pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, reformulou o

224 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>; <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790567&disposition=inline>>; <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790583&disposition=inline>>; <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790599&disposition=inline>>; <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790615&disposition=inline>>. Acesso em:30 jun. 2017.

art. 1º do Projeto, conferindo-lhe redação praticamente idêntica à do PLS nº 85, de 2017, para evitar o crime de hermenêutica (Emenda n. 28-CCJ).²²⁵ A Emenda n. 47-CCJ, do mesmo Senador, propôs nova redação para o art. 3º do Projeto, sugerindo a seguinte redação: “Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, admitindo a ação penal privada subsidiária da pública nos termos do Código de Processo Penal”. A justificacão defende o direito do ofendido de propor ação penal privada.

A Senadora Simone Tebet apresentou as Emendas ns. 40-CCJ a 43-CCJ, 48-CCJ e 51-CCJ. A Emenda n. 40-CCJ propunha a substituição, no art. 22, parte final, do Projeto, da conjunção aditiva e pela alternativa ou, de modo a constar “sem determinacão judicial ou fora das condições estabelecidas em lei”, como forma de permitir que fiscais tributários tenham acesso aos livros contábeis dos estabelecimentos, para o cumprimento de seu dever legal, na forma da legislacão tributária. A Emenda n. 41-CCJ propôs nova redação para o art. 26 do Projeto, para deixar claro que o crime somente ocorre quando se faz uso da prova tendo conhecimento prévio da sua ilicitude. Com a redação proposta, fica claro que o agente deve ter conhecimento da ilicitude da prova no ato mesmo da sua utilizacão. A Emenda n. 42-CCJ visou ressaltar, no art. 28 do Projeto, as investigacões preliminares e as sindicâncias administrativas. A autora alegou que o Fisco recebe muitas denúncias contra contribuintes e que, em defesa do Erário, somente pode descartá-las após fazer uma investigacão preliminar. Observou também que a sindicância administrativa e as investigacões preliminares no âmbito criminal, que antecedem, respectivamente, o processo administrativo e o inquérito policial, são promovidas para uma averiguacão prévia e sumária, sem a qual não há como saber se é o caso ou não de se instaurar o processo ou o inquérito. A Emenda n. 43-CCJ reformula a redação do art. 33 do Projeto, para que o *caput* tenha a seguinte redação:

Art. 33. Negar ao interessado, seu defensor ou a qualquer advogado acesso aos autos de investigacão preliminar, ao termo

225 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvadas as peças relativas a diligências em curso ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível.

Na justificação, a Senadora anotou:

[...] esta emenda atende ao alerta feito pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco), no sentido de que o dispositivo deve ressaltar também as peças que indiquem a realização de diligências futuras, para que seus resultados não sejam frustrados.

A Emenda n. 48-CCJ, da Senadora Simone Tebet, propôs modificar o art. 3º do substitutivo, de modo que prevaleça a seguinte redação:

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º O Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), contado do recebimento do inquérito ou, tendo esse sido dispensado, do recebimento da representação do ofendido, para requerer novas investigações ou o seu arquivamento, ou oferecer ação penal.

§ 2º Será admitida ação privada subsidiária, dentro de 3 (três) meses após o decurso do prazo de que trata o parágrafo anterior, nos termos do artigo 29 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

Na justificação, a autora argumentou que o intuito seria o de corrigir uma impropriedade técnica, por entender incoerente o

estabelecimento de legitimidade concorrente para a propositura de ação privada pelo ofendido. Além disso, alegou que essa legitimação concorrente seria inconstitucional, já que a Carta Política confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva para a ação penal pública. A Emenda n. 51-CCJ propôs a supressão do termo *razoável* do texto do § 2º do art. 1º, ao argumento de que confere alto grau de subjetividade ao dispositivo.²²⁶

O Senador Antônio Carlos Valadares apresentou as Emendas ns. 44, 45, 52 e 57-CCJ. A Emenda n. 44-CCJ reformulou a redação dos §§ 1º e 2º do art. 1º do Projeto, sugerindo a seguinte redação:

Art. 1º [...]

§ 1º As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade somente quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar a si próprio ou a terceiro ou ainda quando praticado com fim de chantagem ou por motivo de vingança.

§ 2º Não configura crime de abuso de autoridade, por si só, a divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas, quando devidamente fundamentadas.

A justificação defendeu o texto do *caput*, na forma já prevista no substitutivo, e especificou as alterações pontuais propostas para os parágrafos. A Emenda n. 45-CCJ propôs nova redação para o art. 3º do Projeto, nos seguintes termos:

Art. 1º O art. 3º do Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2016 passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 3º Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. Será admitida ação penal privada subsidiária da pública nos termos do

226 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

Código de Processo Penal.

A justificação defende o direito do ofendido de propor ação penal privada.²²⁷ A Emenda n. 52-CCJ reproduziu sugestão do Procurador-Geral da República à época, Rodrigo Janot, que deu ao art. 3º do Projeto a seguinte redação:

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de seis meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.²²⁸

A Emenda n. 57-CCJ deu ao art. 3º do Projeto a redação sugerida pelo então Procurador-Geral da República:

Art. 3º. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo

227 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

228 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º O ofendido decairá do direito de queixa se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

Justificou que, “embora louvável o objetivo perseguido pelo dispositivo, no sentido de dar efetividade à Lei em que se insere, penso que, *na prática, haverá excessos no exercício do direito de ação, com a propositura de demandas infundadas, apenas com a finalidade de constranger o suposto agente do crime de abuso de autoridade*” (grifou-se).²²⁹

A Senadora Gleisi Hoffmann (Emendas ns. 49 e 50-CCJ), requereu o aprimoramento da redação do *caput* do art. 9º do Projeto, contemplando uma sugestão formulada na reunião anterior e de pronto acolhida pelo Relator, para que constasse o seguinte: “Art. 9º Decretar qualquer medida de privação da liberdade, em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”; e postulou a modificação da redação do inc. II do art. 17 do Projeto, para substituir a expressão *visivelmente grávida* por *gravidez demonstrada por evidência*.²³⁰

O Senador Antonio Anastasia ofereceu as Emendas ns. 58 e 59-CCJ. A Emenda 58-CCJ deu nova redação ao § 2º do art. 1º do Projeto, ao dispor, no Art. 1º, § 2º, que “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade”. Justificou expondo que o objetivo da emenda é esclarecer, com redação clara e direta, que inexistente o denominado *crime de hermenêutica*.²³¹ A Emenda n. 59-CCJ deu nova redação ao art. 3º do Projeto, ao estabelecer que “Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada,

229 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5242981&disposition=inline#Emenda57>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

230 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

231 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5243041&disposition=inline#Emenda58>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

admitindo a ação penal privada subsidiária da pública nos termos do Código de Processo Penal”. Justificou que almeja conferir ao assunto o mesmo procedimento adotado, como regra, na legislação processual penal.²³²

A Senadora Ana Amélia ofereceu as Emendas ns. 60 a 62-CCJ. A Emenda n. 60-CCJ deu nova redação ao § 2º do art. 1º do Projeto – “Art. 1º [...] § 2º Não configura abuso de autoridade a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, desde que fundamentada.”. Justificou que a redação do § 2º do art. 1º do relatório do Senador Roberto Requião, em que pese melhorada em relação a outros textos, é ainda um tanto ampla, permitindo interpretação extensiva. Por sua vez, o inc. I do parágrafo único do Projeto de Lei do Senado n. 85, de 2017, oriunda da proposta da Procuradoria-Geral da República, passou ideia melhor sobre a motivação buscada pelo Parlamento, a fim de evitar o risco de sancionamento, pelo que a doutrina e a jurisprudência chamam de *crime de hermenêutica*, ou seja, punir a autoridade pela mera opção por fundamentação diversa. Acrescentou que impendia, ainda, salientar que, na interpretação de lei, convicções e linhas de pensamento próprias do intérprete influenciam na valoração da prova e na formação do juízo de convencimento do agente. Dessa forma, não se pode punir o julgador por não poder prever o entendimento a ser, posteriormente, adotado pelo órgão de segunda instância, em eventual reforma da decisão.²³³

A Emenda n. 61-CCJ deu nova redação ao art. 33 do Projeto:

Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação que sabe indevida, além dos limites de suas atribuições funcionais, mas a pretexto de exercê-la, com a finalidade de violar direito que sabe legítimo ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal ou de outrem.

Justificou que a redação do *caput* do art. 33 do Projeto consigna tipo exageradamente aberto, que torna difícil a aplicação da lei

232 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5243057&disposition=inline#Emenda59>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

233 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5243239&disposition=inline#Emenda60>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

no caso concreto. Isso porque termina por vedar ao Juiz ordenar ao ente público que seja suprimida omissão que, pelo exato motivo de consistir em conduta que, embora não esteja taxativamente prevista em lei, decorra de direito fundamental assegurado constitucionalmente, viole direito do cidadão. Para exemplificar, citem-se a hipótese de deferimento de pedido de obrigação de fornecimento de determinado medicamento pela Fazenda Pública.²³⁴

A Emenda n. 62-CCJ deu nova redação ao art. 34 do Projeto:
Art. 34. Deixar de corrigir erro que sabe existir em processo ou procedimento, quando provocado e tendo competência para fazê-lo, ausente qualquer possibilidade de ação ou recurso para impugnação, com a finalidade de violar direito que sabe legítimo ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal ou de outrem.

Justificou que a reforma ou a reavaliação de atos e decisões em processos judiciais, em regra, obedecem ao Princípio de Duplo Grau de Jurisdição, pelo qual se devolve ao órgão revisor a matéria objeto de recurso. Destarte, a aplicação do art. 34, tal qual redigido pelo substitutivo apresentado pelo Relator, tornar-se-á inviável quando, para o ato passível de correção, houver ainda recurso ou qualquer meio de impugnação.²³⁵

Foram também sopesadas as sugestões formuladas pela representante da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Dra. Ana Cláudia Monteiro; da Presidente da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC), Sra. Lucieni Pereira da Silva; e do Presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Dr. Fábio Tofic Simantob.²³⁶

234 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5243257&disposition=inline#Emenda61>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

235 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5243273&disposition=inline#Emenda62>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

236 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)²³⁷ ofereceu, espontaneamente, contribuições.

Manifestaram, expressamente, repúdio ao Projeto de Lei, a Câmara Municipal de Jundiaí²³⁸ e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas, de Material elétrico e Eletrônico da Região das Agulhas Negras – RJ (SINDMETAL-AN).²³⁹ O Instituto Democracia e Liberdade (IDL),²⁴⁰ por sua vez, manifestou discordância.

Com base no parecer do Relator do Projeto de Lei n. 280/2016 na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, Senador Roberto Requião, alterou-se a numeração para PLS n. 85/2017 - número do Projeto de Lei do Senador Randolfe Rodrigues que tratava da mesma matéria.²⁴¹ A unificação das iniciativas legislativas originou-se no requerimento da Senadora Vanessa Grazziotin, formulado em 4 de abril de 2017.²⁴²

Com isso, a consulta pública feita pelo Senado, que já contava com a manifestação de 282.179 opiniões (mais de 98% delas contrárias à iniciativa - 277.507 opiniões),²⁴³ foi zerada e retomada (feita novamente). A consulta já se encerrou e, com a nova numeração, contou com apenas 34.807 manifestações populares. Nessa nova etapa de consulta, 34.239 (98,36%) das pessoas foram *contra* o Projeto;²⁴⁴ e somente 568 (1,64%) foram favoráveis à iniciativa.

No dia 26 de abril de 2017, o Senador Roberto Requião apresentou, à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, seu *sexto*

237 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790164&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

238 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790173&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

239 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790173&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

240 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5242034&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

241 O Senador agora figura formalmente como Relator, embora nada tenha relatado.

242 RQS n. 218/2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5215531&disposition=inline>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

243 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

244 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

relatório,²⁴⁵ com o respectivo substitutivo ao texto inicial do Projeto de Lei. Este último foi lido e aprovado pelo colegiado na mesma data, sob a presidência do Senador Edison Lobão e, posteriormente, seguiu para aprovação no Plenário do Senado Federal, presidido pelo Senador Eunício Oliveira.

Encaminhado para a Câmara dos Deputados, o Projeto recebeu o n. 7.596/2017 e consta como tendo sido proposto pelo Senador Randolfe Rodrigues,²⁴⁶ com origem no PLS n. 85/2017 do Senado Federal.

O Projeto, recebido na Câmara dos Deputados com o n. 7.596/2017, aguarda despacho do Presidente da Câmara dos Deputados.²⁴⁷

245 Disponíveis em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790341&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5235387&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5239240&disposition=inline>; <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5245854&disposition=inline>> (todos com acesso em: 12 jun. 2017).

246 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

247 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ANÁLISE JURÍDICA DO SUBSTITUTIVO APRESENTADO PELO SENADOR ROBERTO REQUIÃO AO PLS N. 280/16 OU PLS N. 85/2017 (SENADO) – ATUAL PL N. 7.596/2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS)

Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

A nomenclatura jurídica *crimes de abuso de autoridade* já estava prevista na proposta original do Senador Renan Calheiros e foi, até o momento, mantido.

Entretanto, como sobredito, o *nomen juris* abuso de autoridade é equivocadamente para o conteúdo do Projeto de Lei em análise, pois a lei objeto de análise não prima por valores técnicos ou pelo rigor da linguagem jurídica. Assim, a terminologia correta seria *abuso de poder* (em sentido estrito). Senão, veja-se.

O principal fundamento constitucional do abuso de poder e, por consequência, de abuso de autoridade, qual seja, o art. 5º, inc. XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal²⁴⁸ – “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou *abuso de poder*” (grifou-se).

A Lei n. 4.898/1965 regula “o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de *abuso de autoridade*”, somente (grifou-se). Em outros termos, não abrange, como determina a Constituição Federal, as situações de abuso de poder.

Resta claro que o Texto Constitucional menciona abuso de poder (gênero), enquanto a Lei n. 4.898/1965 apenas trata da modalidade abuso de autoridade (espécie). Depreende-se, assim, da leitura do art. 5º,

248 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 35.

inc. XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal, que há clareza do legislador ao estabelecer, nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que o abuso de poder lesa direitos – a serem defendidos mediante o direito de petição -, ao passo que a legislação ordinária apenas contempla a espécie do abuso de autoridade e não envolve as demais inúmeras formas de abuso de poder.²⁴⁹

Desse mesmo equívoco padece o atual Projeto.

Para extrair o exato conteúdo e significado jurídico-penal da expressão *abuso de autoridade* e sua diferença para *abuso de poder*, é preciso analisar o sentido de sua utilização no próprio Código Penal. Verifica-se que o Código trata do abuso de autoridade e do abuso de poder em dois momentos distintos: como circunstância agravante (art. 61, alínea *a*) e como crime de *exercício arbitrário ou abuso de poder* (art. 350).

O art. 61, inc. II, alíneas *f* e *g*, determina:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II – ter o agente cometido o crime:

[...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Roberto Lyra²⁵⁰ explica que, nas alíneas *f* e *g* do inc. II do art. 61 do Código Penal (art. 44, anterior à reforma penal de 1984), estão abrangidos os “abusos de autoridade pública ou particular não especificados na letra *h*²⁵¹ (encargos, ofício, ministério ou profissão)”

249 Será possível verificar, adiante, que este não se afigura como um mero descuido, mas, sim, como uma proposição refletidamente seletiva.

250 LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p. 291.

251 Atual alínea *g*.

e que, na alínea *h*, “também não há distinção entre poder público ou particular (chefe, tutor, curador, mestre concessor, médico, empregador, etc.)”.²⁵²

Basileu Garcia²⁵³ salienta que a alínea *f* (abuso de autoridade²⁵⁴), assim como permite a agravação da pena daquele que delinque contra seus patrões, impõe, reciprocamente, a elevação da pena do patrão que pratica o crime contra o empregado – *ou porque abusa da autoridade ou porque se prevalece também das relações domésticas*. À evidência, o jurista inclui, no abuso de autoridade, as relações privadas.

Aníbal Bruno restringe a agravante da atual alínea *f* (abuso de autoridade) às

[...] particulares relações de dependência, intimidade ou comunidade material de vida, que prendam criminoso e vítima, como acontece com os crimes de *abuso de autoridade*, qualquer que seja a natureza da hierarquia, *de ordem privada*, em que a autoridade se apoie.²⁵⁵
(Grifou-se)

A propósito, Damásio de Jesus esclarece que “a expressão ‘abuso de autoridade’ indica o exercício ilegítimo da autoridade no campo privado, como relações de tutela, curatela, de ofício, de hierarquia eclesiástica, etc.”. No caso do crime cometido com abuso de poder, o jurista afirma que “o sujeito ativo deve exercer cargo ou ofício público, vindo a praticar o delito com abuso de poder ou violação de obrigação inerente à sua atividade”.²⁵⁶

É certo que o jurista não equipara as expressões abuso de poder e abuso de autoridade. Relaciona a autoridade com o *campo privado*, e o poder com o exercício de cargo ou ofício público. A desequiparação

252 As alíneas indicadas são aquelas constantes da redação original do Código Penal de 1940, anteriores à reforma de 1984.

253 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, t. II, v. I, p. 548.

254 Alínea *g* do art. 44 da versão original do Código Penal.

255 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 3, p. 128.

256 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte geral, v. 1, p. 563.

tem dois fundamentos básicos: a lei não contém palavras inúteis, e o Código Penal não empregaria duas expressões - abuso de poder e abuso de autoridade -, a título de circunstâncias que agravam a pena, em alíneas distintas (respectivamente *f* e *g* do inc. II do art. 61), com o mesmo significado, sob pena de indesejável *bis in idem*, além da questão da ampla exegese das próprias alíneas *f* e *g*.

A alínea *f* do inc. II do art. 61 dispõe que o crime é agravado quando cometido em cinco circunstâncias específicas: com abuso de autoridade; prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou com violência contra a mulher na forma da lei específica, típicas da esfera privada e não da pública. Se quatro das circunstâncias são peculiares às relações privadas, pode-se concluir que a primeira – abuso de autoridade - também o é.

Nessa esteira, a alínea *g* do inc. II do art. 61 dispõe que o crime é agravado quando cometido em outras cinco circunstâncias específicas: abuso de poder; e violação dos deveres inerentes a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Damásio de Jesus infere que a violação de deveres inerentes a cargo ou ofício são típicas das funções da Administração Pública.²⁵⁷ O jurista conclui que o abuso de poder se refere ao exercício de atividade típica da Administração Pública, tal como cargo ou ofício.

Essa linha de entendimento é defendida por Julio Fabbrini Mirabete, para quem o abuso de autoridade diz respeito às relações privadas – interpretação decorrente “da similitude desta hipótese com as demais contempladas na mesma alínea, em que se preveem casos de relações não-oficiais. O abuso das autoridades administrativas está descrito na alínea seguinte”²⁵⁸ (respectivamente, alínea *g*). O jurista exemplifica, dentre outras, com a relação patrão–empregado e, ainda, esclarece que o abuso de poder constitui crime cujo bem jurídico é violado por agente público, que se excede no desempenho de suas funções.

257 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal- parte geral*, v. 1, p. 563. Acompanham esse entendimento, Rogério Greco (*Curso de direito penal. v. I – parte geral*, p. 729) e Celso Delmanto (*Código penal comentado*, p. 409).

258 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*, v. I, p. 299.

Guilherme de Souza Nucci também assevera que o abuso de autoridade indicado nas circunstâncias agravantes “é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor e tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado, etc.”. Na visão do autor, o abuso de poder, também agravante genérica, “é justamente o abuso de uma função pública. E ressalta com perspicácia - por isso muito fácil de ser confundido com o abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898/65”.²⁵⁹

Celso Delmanto comunga dessa mesma ideia, ao sustentar que o abuso de autoridade “diz respeito às relações privadas (tutela, curatela etc.) e não às funções públicas”.²⁶⁰ Em igual sentido, José Frederico Marques vincula o abuso de autoridade às relações privadas, e o abuso de poder ao exercício de atividade pública.²⁶¹

O Código Penal também cuida da questão em um segundo momento, no art. 350, sob a rubrica *exercício arbitrário ou abuso de poder*. No estudo do tipo em questão, Damásio de Jesus se debruça sobre a problemática terminológica aqui avaliada, com o enfoque especial da acepção dada ao abuso de autoridade pela Lei n. 4.898/1965.²⁶² O jurista diagnostica que, “sob o ponto de vista jurídico-penal, os crimes definidos na Lei n. 4.898/65 não receberam o ‘nomen juris’ apropriado”, uma vez que, como afirma, a Lei n. 4.898/1965 não trata de abuso de autoridade, mas, sim, de abuso de poder.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina estabelecem a mesma distinção entre abuso de autoridade e abuso de poder.²⁶³

A problemática do inapropriado *nomen juris* da Lei n. 4.898/1965 – abuso de autoridade no lugar de abuso de poder –, reprisado no Projeto de Lei objeto deste estudo, causa frequentes equívocos práticos.

Roberto Lyra, em visão quase profética sobre o *nomen iuris* dos crimes, critica duramente alguns doutrinadores ao qualificá-los como *vulgares*, pois, em suas palavras:

259 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 384.

260 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 407.

261 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 269/270.

262 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte especial, v. 4, p. 344 e ss.

263 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal* – parte geral, p. 521.

[...] se entendem que, para isto, se convertem em ciência os métodos de defesa social contra o crime! ... Fundarão escolas, escreverão livros, criarão teorias, inventarão terminologias, e até... cometerão crimes para impô-los como únicos depositários da verdade. O pior é que, muitas vêzes, a omissão de uma rubrica, a troca de uma alínea por um parágrafo, um equívoco na disposição material ou na topografia de um dispositivo, convocam o estado-maior para transformar os descuidos de um dactilógrafo ou de um compositor em alta indagação científica. Também aquele comandante da anedota mobilizou a oficialidade do navio para procurar a ilha atirada por uma mosca ao mapa de bordo.²⁶⁴

Conquanto o Projeto de Lei preveja também sanções civis e administrativas, é certo que o caráter penal transborda do Projeto, com a enumeração de inúmeros crimes, mas sem a especificação de qualquer infração civil ou administrativa.

O Senador Romero Jucá, na justificação da Emenda n. 29-CCJ, deixa claro que o emprego da expressão abuso de autoridade tem origem administrativista, e não penal:

Para complementar a especificação dos demais sujeitos ativos, a emenda *recorre à definição de agente público contida no art. 2º, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (“Lei da Improbidade Administrativa”)*, recurso que possui a vantagem de empregar na lei nova uma definição já conhecida e difundida tanto pelas cortes judiciárias quanto pela *prática administrativa*, expurgando dúvida quanto ao seu significado ou a necessidade de ingressar em pormenores conceituais. (Grifou-se)

264 LYRA, Roberto. Comentários ao código penal, p. 262/263. Texto exatamente como o original.

Não obstante, como visto, o que prevalece no Projeto é seu caráter penal, com a previsão de diversos crimes, e não os aspectos administrativos, nitidamente secundários.

Assim, para melhor consolidação da legislação federal e regulamentação em conformidade com a Constituição, sugere-se que o *nomen juris* seja alterado para *abuso de poder*, no sentido estrito, utilizado pela Constituição Federal e também pelo Código Penal, embora naquela em sentido amplo – ressalva aplicável a todos os dispositivos do Projeto que mencionam abuso de autoridade em vez de abuso de poder. Veja-se.

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar a si próprio ou a terceiro ou ainda por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Esta lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por membro de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe foi conferido.

Cabem aqui todas as observações relativas à equivocada utilização da expressão *abuso de autoridade*, em desconformidade com a Constituição Federal e com o Código Penal, conforme já exposto. O *caput* e os parágrafos primeiro e segundo do dispositivo deveriam indicar *abuso de poder*, e não de autoridade.

Ainda no *caput* do dispositivo, é preciso substituir a expressão *agente público por autoridade pública*.

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.²⁶⁵ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”.

A autoridade – esta, sim –, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do Juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

Nesse sentido, vale ressaltar a Emenda n. 29-CCJ do Senador Romero Jucá que, dentre outros aspectos, propunha a alteração do art. 1º para inserir um parágrafo segundo no dispositivo, nos seguintes termos: “§ 2º Se o fato é praticado no estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem” (grifou-se). Conquanto com terminologia distinta, trata-se, à evidência, da

265 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

incorporação da diferenciação feita por Hely Lopes Meirelles entre autoridade pública e agente público.

Desse modo, a terminologia correta é *autoridade pública* e não *agente público*.

As mesmas observações são aplicáveis ao parágrafo primeiro, que menciona *agente* em vez de *autoridade*.

O Senador Antônio Carlos Valadares, na Emenda n. 44-CCJ, reformulou também o § 1º do art. 1º do Projeto, sugerindo a seguinte redação:

Art. 1º [...]

§ 1º As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade somente quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar a si próprio ou a terceiro ou ainda quando praticado com fim de chantagem ou por motivo de vingança.

A emenda foi parcialmente acolhida pelo Relator.

Feitas as primeiras ressalvas terminológicas, e considerando a alteração proposta na Emenda n. 44-CCJ, parcialmente acolhida, convém ressaltar que o parágrafo primeiro está em consonância com o Direito Comparado, especificamente com o Código Penal Português (Decreto-lei n. 48, de 15 de março de 1995), que define o abuso de poder em um tipo expressamente subsidiário:

Artigo 382º. Abuso de poder. O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, *com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa*, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. (Grifou-se)

Para a total congruência com a mais avançada legislação comparada, é preciso, apenas, deixar expresso que se trata de benefício

indevido ou ilegítimo (ilegal), como fez o Código Português. Do contrário, poder-se-ia questionar aquele que pratica ato de ofício, movido pela intenção legítima de promoção. Em sendo o benefício justo, e inexistindo ilegalidade, não há que falar em abuso de autoridade.

O parágrafo segundo, que pretende afastar o chamado *crime de hermenêutica*, rendeu oito diferentes emendas, respectivamente as de n. 28, 29, 44, 51, 58 e 60, todas da Comissão de Constituição e Justiça; e as Emendas ns. 04 e 12 do Plenário. Em comum, todas elas preocuparam-se em evitar a chamada *criminalização da hermenêutica*.

Nesse sentido, o Senador Ricardo Ferraço (Emenda n. 04-CCJ) sugeriu expressamente que fosse estabelecida ressalva para evitar o crime de hermenêutica, prevendo que não configura crime da respectiva lei a divergência na interpretação da lei penal ou processual penal ou na avaliação de fatos e provas. O Senador Aloysio Nunes Ferreira apresentou a mesma sugestão na Emenda n. 12-PLEN. Ambas foram acolhidas, em parte, pelo Relator.

Igualmente ocupada com a criminalização da hermenêutica, a Emenda n. 51-CCJ, da Senadora Simone Tebet, acolhida pelo Relator, suprimiu o termo *razoável* do texto do § 2º do art. 1º, ao fundamento de que conferia alto grau de subjetividade ao dispositivo.

O Senador Lasier Martins, inspirado na proposta apresentada pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, reformulou o art. 1º do Projeto, conferindo-lhe redação praticamente idêntica à do PLS n. 85/ 2017, para evitar o crime de hermenêutica (Emenda n. 28-CCJ).

O Senador Antônio Carlos Valadares, na Emenda n. 44-CCJ, reformulou a redação dos §§ 1º e 2º do art. 1º do Projeto, sugerindo a seguinte redação:

Art. 1º [...]

§ 1º As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade somente quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar a si próprio ou a terceiro ou ainda quando praticado com fim de chantagem ou por motivo de vingança.

§ 2º Não configura crime de abuso de autoridade, por si só, a divergência na interpretação da

lei ou na avaliação de fatos e provas, quando devidamente fundamentadas.

A emenda foi parcialmente acolhida pelo Relator.

Em sentido bastante análogo, a Senadora Ana Amélia ofereceu a Emenda n. 60-CCJ que propunha nova redação ao § 2º do art. 1º do Projeto: “Art. 1º [...] § 2º Não configura abuso de autoridade a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, desde que fundamentada”.

Preocupado com a mesma questão, o Senador Antônio Anastasia ofereceu a Emenda 58-CCJ, que deu nova redação ao § 2º do art. 1º do Projeto: “Art. 1º [...] § 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade”. Vê-se que foi essa a redação final adotada pelo Projeto. O Senador justifica com a assertiva de que o objetivo da emenda é esclarecer, com redação clara e direta, que não existe o denominado crime de hermenêutica.

O próprio Senador Romero Jucá, na tentativa de afastar, em parte, a criminalização da hermenêutica, apresentou a Emenda n. 29-CCJ que propunha também a alteração do art. 1º, para inserir os seguintes parágrafos:

§ 1º Não há crime quando o sujeito ativo pratica o fato em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Tribunal de Segunda Instância ao qual estiver vinculado funcionalmente ou ao qual esteja submetido à jurisdição no caso concreto.

A função jurisdicional do Estado é inerente à interpretação que possibilita a justa aplicação das leis. Interpretar é extrair o conteúdo e o significado da norma. A interpretação dos textos, do sentido das palavras, diz respeito à hermenêutica, essência da função jurisdicional. A construção de tipos penais atrelados à interpretação de fatos, provas ou normas é crime de hermenêutica que, como essência do sistema de justiça, implica infração ao princípio da separação dos poderes.

Nas palavras de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna juízes e promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos. O jurista assim se manifesta:

[...] para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.²⁶⁶

O parágrafo segundo, que pretende afastar o chamado *crime de hermenêutica*, com a redação dada pela emenda apresentada pelo Senador Anastasia, apenas padece do emprego irregular da expressão *por si só*. Por motivos notórios e públicos, o crime de hermenêutica é típico dos regimes autoritários. Para afastar essa possibilidade, emoldurou-se o parágrafo segundo.

Entretanto, a expressão *por si só* ainda transmite a ideia de que, em algumas hipóteses, a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas possa configurar crime de abuso de poder. Para afastar qualquer possibilidade da nefasta criminalização da hermenêutica, deve-se deixar, com firmeza e clareza, margem para que o operador do direito que exerça autoridade interprete a lei, avalie fatos e valora a prova produzida - inclusive em atenção ao princípio da livre valoração da prova, insculpido no Código de Processo Penal.

Para tanto, é fundamental suprimir a expressão *por si só* e acrescentar um parágrafo quarto, afastando-se, definitivamente, a possibilidade de criminalização do regular exercício da autoridade pública, fundamental para a garantia da liberdade e da democracia.

266 BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986. t. III, v. XXIII, p. 228.

Ainda, para afastar qualquer possibilidade de dúvida, é oportuna e acertada a redação de um terceiro parágrafo, a ser acrescido ao art. 1º do Projeto: “Não configura abuso de poder o exercício regular deste ou o cumprimento legal de dever de ofício, assegurada a independência funcional das autoridades que a detêm, nas hipóteses legais”.

Em síntese, pelos motivos expostos, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo:

CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de *poder*, cometidos por *autoridade pública*, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de *poder* quando praticadas *pela autoridade* com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar *indevidamente* a si próprio ou a terceiro ou ainda por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de *poder*.

§ 3º *Não configura abuso de poder o exercício regular deste ou o cumprimento legal de dever de ofício, assegurada a independência funcional das autoridades que a detêm, nas hipóteses legais.* (Grifou-se)

CAPÍTULO II – DOS SUJEITOS DO CRIME

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, compreendendo, mas não se

limitando a:

I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II – membros do Poder Legislativo;

III – membros do Poder Executivo;

IV - membros do Poder Judiciário;

V - membros do Ministério Público;

VI – membros dos tribunais ou conselhos contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangido pelo *caput*.

O dispositivo é semelhante ao art. 5º da Lei n. 4.898/1965.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Art. 2º São sujeitos ativos dos crimes previstos nesta lei: I – agentes da Administração Pública, servidores públicos ou a eles equiparados;
II – membros do Poder Legislativo;
III – membros do Poder Judiciário;
IV – membros do Ministério Público.

Nota-se com clareza que a redação original não indica, expressamente, os membros do Poder Executivo. Tanto assim que o Senador Romero Jucá apresentou a Emenda n. 29-CCJ, que altera o art. 2º, inclusive, e prevê um rol mais amplo dos sujeitos ativos do crime:

São sujeitos ativos dos crimes definidos por essa lei o membro de Poder e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra

forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, que, no exercício das suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abusa do poder que lhe foi conferido.

A alteração foi assim justificada pelo Senador:

A redação do artigo segundo atribuída pela emenda ao projeto original foi reformulada para *esclarecer qualquer ambiguidade*, deixando *expresso que membros de qualquer Poder do Estado*, tais como parlamentares, juízes, órgãos do Ministério Público, governadores, prefeitos e mesmo o Presidente da República, estão sujeitos às sanções cominadas na proposta. (Grifou-se)

Cabem aqui todas as observações relativas à equivocada utilização da terminologia *abuso de autoridade*, em desconformidade com a Constituição Federal e com o Código Penal, consoante já exposto; e o igualmente desafortunado emprego da terminologia *agente público*, ante a já mencionada distinção com *autoridade pública*. O *caput* do dispositivo deveria indicar *abuso de poder*, e não de autoridade; e no parágrafo único é preciso substituir a expressão *agente público* por *autoridade pública*, conforme esclarecido nos artigos anteriores. Deve-se observar a já esclarecida distinção entre autoridade pública e agente público, feita por Hely Lopes Meirelles,²⁶⁷ isto é, autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e possui competência para praticar os respectivos atos decisórios; o agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Aquela pode incorrer em abuso de poder; este tem o dever de cumprir a ordem.

Conforme já indicado, o sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade é, evidentemente, a *autoridade pública* – leciona a doutrina administrativista tradicional que o exercício da autoridade é típico da Administração Pública.

267 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

Não bastasse, o conceito de *autoridade pública* não se confunde com o de funcionário público insculpido no art. 327 do Código Penal - utilizado no parágrafo único do art. 2º do Projeto –, pois, na linha daquilo proposto por Hely Lopes Meirelles, nem todo servidor público exerce a função de autoridade.²⁶⁸

Dessa maneira, com acerto a doutrina indica a imprecisão do legislador ao confundir o conceito de autoridade com o de funcionário público, estabelecido pelo Código Penal.²⁶⁹ Exemplo desse equívoco é o daquele que exerce múnus público, como o administrador judicial. Conquanto seja considerado funcionário público para fins do art. 327 do Código Penal, não pode ser considerado autoridade para fins da Lei n. 4.898/1965.²⁷⁰

Para efeitos penais, consoante a renomada doutrina nacional, funcionário público é todo aquele que, embora em caráter transitório ou sem remuneração, exerce função ou emprego público, equiparando-se a este, também aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Cargo público é aquele criado pela Lei, com nomenclatura certa e remuneração pelos cofres públicos. É o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente.²⁷¹ Emprego público se configura pela contratação para serviços temporários, quer seja pelo regime jurídico celetista ou especial, como o médico, o dentista ou o professor.

No entendimento de Heleno Claudio Fragoso, “é realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público”.²⁷² E função pública é um conceito aferido por exclusão - é o conjunto de atribuições do Estado que são consideradas de natureza pública (função judiciária, executiva e legislativa); e também a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração Pública (atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o Poder Público) confere a determinados

268 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 17.

269 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais* – parte II, p. 17.

270 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 59.

271 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 297/298.

272 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*, v. 4, p. 1062.

servidores para a execução de serviços eventuais²⁷³ (jurados, mesários em eleições etc.).

Nessa linha manifesta-se o sempre definitivo magistério de Nelson Hungria, que leciona o critério moderno: “o conceito de funcionário público deve ser, assim, ligado à ampla noção de ‘função pública’”.²⁷⁴ Dessa maneira, o conceito de funcionário público não deriva do conceito de autoridade, mas daquele de função pública. E por função pública se deve entender qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública, independentemente do efetivo exercício de autoridade.

Para exercer autoridade pública não basta ser funcionário público. É preciso mais – o sujeito deve exercer uma parcela do poder do Estado e estar investido desse poder em uma posição de mando. Só exercerá autoridade aquele que tiver competência para determinar, subordinar ou se fazer obedecer.

Assim, o porteiro que executa ordens do seu superior hierárquico, conquanto não exerça autoridade, mas somente as cumpra (mero executor), desempenha função pública e é funcionário público.

Para efeitos penais, a aceção do conceito de funcionário público, vinculada à de função pública, transcende não só o exercício de autoridade, mas inclui nos crimes funcionais todos aqueles que se acham no exercício de qualquer função pública, permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, profissional ou não, efetiva ou interina, originária ou por acidente.

Desse modo, para ser penalmente incluído no conceito de funcionário público, não é preciso que o sujeito exerça autoridade, tampouco que efetivamente seja um servidor público. Basta que exerça uma *função pública*, configurada pela prática de qualquer função que execute atividades e fins típicos da Administração Pública, ainda que executada gratuitamente por pessoa estranha aos seus quadros.

Por esse motivo, a jurisprudência inclui no conceito penal de funcionário público, por exemplo, aquele que labora a título precário

273 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – parte geral, v. III, p. 298.

274 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 400/401.

e de experiência;²⁷⁵ episodicamente por designação de autoridade competente;²⁷⁶ os guardas-noturnos;²⁷⁷ e os funcionários autárquicos.²⁷⁸

Portanto, o conceito de funcionário público supera em muito, nos diversos aspectos, o de autoridade pública; e também a autoridade pública, em alguns pontos, extrapola a acepção de funcionário público, conforme demonstrado a seguir.

Função pública é diversa de *múnus público*, como leciona Nelson Hungria.²⁷⁹ Aqueles que exercem *múnus público* não são considerados, para fins penais, funcionários públicos. Assim, não exercem função pública os tutores e curadores dativos, os inventariantes judiciais, os administradores judiciais da empresa falida, os diretores de sindicatos, os empregados de sociedade de economia mista, o depositário judicial e o advogado dativo.

Nas hipóteses mencionadas, embora não seja funcionário público, é possível que o sujeito exerça uma parcela do poder do Estado, esteja investido desse poder em uma posição de mando, tenha competência para determinar, subordinar ou se fazer obedecer.

Conclui-se, assim, que aquele que desempenha *múnus público*, conquanto não seja funcionário público, pode exercer autoridade.

Aqui, cabe uma importante referência internacional – a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,²⁸⁰ conhecida como Convenção de Mérida, no art. 2º (definições), alínea *a*, assim conceitua funcionário público:

[...] toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; toda pessoa que desempenhe uma

275 RT 399/297.

276 RT 443/406.

277 RT 370/188, 301/396, 346/276, 291/541 e 374/164.

278 RT 438/415.

279 HUNGRIA, Nelson *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 402/403.

280 Promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; e toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte; e toda pessoa que desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte.

Essa mesma Convenção conceitua, no art. 19, *abuso de funções ou cargo*:

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.

Esse importante conceito, erigido à condição de norma supralegal – consoante Emenda Constitucional n. 45/2004 -, é muito mais amplo. Envolve todos os atos cometidos com abuso de autoridade, praticados no exercício de funções públicas mediante ação ou omissão, em violação à lei, com o fim de obter um benefício indevido para si ou para outrem, inclusive entidades.

Consequentemente, é preciso desvincular o sujeito ativo dos crimes de abuso de poder do conceito de funcionário público - atrelado à função pública e não à autoridade - e o relacionar com o exercício de

autoridade pública, inclusive em observância à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Em síntese, pelos motivos expostos, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo:

CAPÍTULO II – DOS SUJEITOS DO CRIME

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de *poder* qualquer *autoridade pública*, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional, *de entidade paraestatal, e de empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - servidores públicos *civis* e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II – membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;

III - membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias Estaduais e Municipais;

IV – membros dos Tribunais ou Conselhos Contas.

Parágrafo único. Reputa-se *autoridade pública*, para os efeitos desta Lei, *todo aquele que exerce uma parcela do poder do Estado no desempenho*, ainda que transitório ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, função ou *múnus* em órgão, entidade *ou empresa* abrangido pelo *caput*. (Grifou-se)

CAPÍTULO III – DA AÇÃO PENAL

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de seis meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

O dispositivo equivale, na Lei n. 4.898/1965, ao art. 12.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

CAPÍTULO III – Da Ação Penal

[...]

Art. 3º Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública condicionada a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§ 2º O direito de representação poderá ser exercido pessoalmente, ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração ou através de petição, escrita ou oral, dirigida ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 3º A representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia.

§ 4º O ofendido, ou o seu representante legal, decairá no direito de representação, se não o exercer no prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

§ 5º Será admitida ação privada subsidiária, a ser exercida se a ação pública não for intentada pelo Ministério Público no prazo de 15 (quinze) dias, contado do recebimento do inquérito ou, tendo dispensado este, do recebimento da representação do ofendido.

§ 6º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de seis meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

§ 7º A ação penal será pública incondicionada se a prática do crime implicar pluralidade de vítimas ou se, por razões objetivamente fundamentadas, houver risco à vida, à integridade física ou situação funcional de ofendido que queira representar contra autores do crime.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 11-PLN, propôs a determinação de que os crimes de abuso de autoridade cometidos magistrados e por membro do Ministério Público sejam de iniciativa, respectivamente, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República.

O Senador Lasier Martins, na Emenda n. 47-CCJ, sugeriu nova redação para o art. 3º do Projeto, nos seguintes termos: “Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, admitindo a ação penal privada subsidiária da pública nos termos do Código de Processo Penal”. Por sua vez, a Emenda n. 48-CCJ, da Senadora Simone Tebet, modificava o art. 3º, de modo a prevalecer a seguinte redação:

Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º O Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), contado do recebimento do inquérito ou, tendo esse sido dispensado, do recebimento da representação do ofendido, para requerer

novas investigações ou o seu arquivamento, ou oferecer ação penal.

§ 2º Será admitida ação privada subsidiária, dentro de 3 (três) meses após o decurso do prazo de que trata o parágrafo anterior, nos termos do artigo 29 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

Na justificação, a Senadora argumentou que o intuito seria o de corrigir uma impropriedade técnica, por entender incoerente o estabelecimento de legitimidade concorrente para a propositura de ação privada pelo ofendido. Além disso, alegou que essa legitimação concorrente seria inconstitucional, já que Carta Política confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva para a ação penal pública.

O Senador Antônio Carlos Valadares, na Emenda n. 45-CCJ, também propôs nova redação para o art. 3º do Projeto: “Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. Será admitida ação penal privada subsidiária da pública nos termos do Código de Processo Penal”. A justificação defende o direito do ofendido de propor ação penal privada. Na Emenda n. 52-CCJ do mesmo parlamentar, que reproduz sugestão do Procurador-Geral da República à época, Rodrigo Janot, deu-se ao art. 3º do Projeto a seguinte redação:

Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de seis meses, contado da data em

que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

Por fim, a Emenda n. 57-CCJ,²⁸¹ ainda do Senador Valadares, deu ao art. 3º do Projeto a redação sugerida por Rodrigo Janot: “§ 2º O ofendido decairá do direito de queixa se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia”. O autor justificou que, embora louvável o objetivo perseguido pelo dispositivo, no sentido de dar efetividade à Lei em que se insere na prática, haverá excessos no exercício do direito de ação, com a propositura de demandas infundadas, apenas com a finalidade de constranger o suposto agente do crime de abuso de autoridade.

O Senador Antônio Anastasia ofereceu a Emenda n. 59-CCJ, dando nova redação ao art. 3º do Projeto: “Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada, admitindo a ação penal privada subsidiária da pública nos termos do Código de Processo Penal”. O autor justificou que almejava dar ao assunto o mesmo procedimento adotado, como regra, na legislação processual penal.

Acertada a opção legislativa. Os crimes de abuso de autoridade visam tutelar a dignidade da função pública e a correta atuação de seus agentes. Por isso, o exercício da ação penal não pode ficar condicionado ao interesse do particular eventualmente lesado.

Entretanto, a redação mais adequada afigura-se ser aquela proposta pelo Senador Antônio Anastasia, na Emenda n. 59-CCJ, uma vez que os parágrafos 1º e 2º do art. 3º apenas reproduzem o conteúdo dos arts. 29 e 38 do Código de Processo Penal. Portanto, a redação simples, direta, taxativa, sistemática e objetiva do Senador Antônio Anastasia contempla todas as previsões existentes no Projeto, com uma fórmula muito mais eficaz.

Cabe apenas adaptar o conteúdo da proposta à linguagem consagrada pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, que utiliza a nomenclatura *se procede mediante*, ao invés de *são de ação*; e *ação penal privada subsidiária*, no lugar de *ação penal privada subsidiária da*

281 Idêntica à Emenda n. 52-CCJ, do mesmo Senador. A diferença está apenas na redação do § 2º do art. 3º, única parte transcrita.

pública - toda ação penal privada subsidiária surge na ausência da ação pública.

Em síntese, pelos motivos expostos, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo, proposta pelo Senador Antônio Anastasia na Emenda n. 59-CCJ, com pequenas adaptações de compatibilização à nomenclatura utilizada pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal:

CAPÍTULO III DA AÇÃO PENAL

Art. 3º Os crimes previstos nesta lei *se procedem* mediante ação penal pública incondicionada, admitindo-se a *ação penal privada subsidiária* nos termos do Código de Processo Penal. (Grifou-se)

CAPÍTULO IV DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Seção I Dos Efeitos da Condenação

Art. 4º São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

A proposta do Senador Renan Calheiros tem a seguinte redação:

CAPÍTULO IV - Dos Efeitos da Condenação e das Penas Restritivas de Direitos

Seção I - Dos Efeitos da Condenação

[...]

Art. 4º São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, fixando o Juiz na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

II – a perda do cargo, mandato ou função pública.

Parágrafo único. A perda do cargo, mandato ou função, deverá ser declarada motivadamente na sentença e independerá da pena aplicada, ficando, contudo, condicionada à ocorrência de reincidência.

O Senador Romero Jucá, na Emenda n. 01–CECR, postulou que o parágrafo único do art. 4º exija, para a perda do cargo, mandato ou função, a “reincidência específica na prática de crime por abuso de autoridade”, e não a mera reincidência. A emenda foi parcialmente adotada, neste aspecto, pelo Relator. Na Emenda n. 30-CCJ, propôs nova redação ao parágrafo do art. 4º:

§ 1º O valor a que se refere o inciso I do *caput* será debitado à conta da unidade orçamentária do órgão ao qual estava vinculada a autoridade autora ao tempo do crime, observado o disposto no art. 100 da Constituição da República.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 35-CCJ, postulou a modificação do inc. II do art. 4º, para prever, como efeito da condenação, “a perda do cargo, do mandato ou da função pública e a inabilitação para o exercício de função pública pelo período de um a cinco anos, no caso de reincidência em crime de abuso de autoridade”. Afigura-se ter sido este o sentido da versão final esposada pelo Relator.

Os servidores públicos em geral, no exercício de suas funções, podem cometer infrações administrativas, civis e penais. Os

crimes de abuso de poder, como já exposto, apenas podem ser cometidos por aqueles que exercem autoridade, o que não atinge todo o corpo de servidores da Administração Pública.

A sentença penal condenatória transitada em julgado produz duas ordens de efeitos: os principais, consistentes na quantidade e imposição da pena; e os secundários, acessórios ou reflexos – estes comportam duas espécies: os efeitos secundários penais como a reincidência, o impedimento para concessão ou revogação de benefícios, entre outros; e os não penais, de natureza civil, tal como a obrigação de reparar o dano.

De outro aspecto, os efeitos da sentença penal condenatória podem ser obrigatórios, automáticos e genéricos; ou facultativos e não automáticos e específicos. Os obrigatórios decorrem do próprio texto legal e não exigem previsão específica na sentença. Os facultativos devem ser expressamente citados pelo Juiz na condenação para que incidam, sempre de forma fundamentada.

As sanções administrativas, naquilo atinente aos servidores públicos, resultam da infringência de normas funcionais específicas, de violações que interessam apenas aos regramentos internação do funcionamento da Administração. É o ilícito administrativo a ser apurado e punido por autoridade também administrativa. Na Lei n. 4.898/1965 estavam previstas no art. 6º, § 1º. De certa maneira, as sanções previstas no art. 4º, *caput*, incs. II e III, do Projeto em análise podem ter caráter híbrido penal-administrativo, pois seu art. 6º, *caput* e parágrafo único ressaltam:

CAPÍTULO V – DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL
E ADMINISTRATIVA

[...]

– Art. 6º – As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei *que descreverem falta funcional* serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração. (Grifou-se)

O adágio “notícias de crimes previstos nesta Lei *que descreverem falta funcional*” deixa claro que, para o Projeto, nem todo

crime de abuso também caracteriza infração administrativa - circunstância que dificilmente será identificada na rotina administrativa ou forense.

Como será observado adiante, o Projeto não prevê nenhuma infração tipicamente administrativa, ao contrário do que fez a Lei n. 4.898/1965 (art. 6º, § 1º), mas apenas ilícitos penais que, quando descreeverem faltas funcionais, serão também comunicadas à autoridade competente.

Deixou, inclusive, de contemplar a advertência e a suspensão do cargo ou função, esta por prazo limitado e com perda de vencimentos e vantagens, prevista no art. 6º, § 1º, alíneas *a* e *b*, da Lei n. 4.898/1965 – indicando-a como pena restritiva de direitos no art. 5º, inc. II, do Projeto. Inquestionavelmente, como punição administrativa, o Projeto delegou a aplicação dessas medidas, se o caso, para a autoridade administrativa, a ser comunicada.

As sanções civis, também na específica hipótese de infração cometida por servidor público, no exercício de suas funções, limitam-se ao ressarcimento do dano por ele causado. Na Lei n. 4.898/1965, essas sanções estavam previstas no art. 6º, § 2º, e no atual Projeto, no art. 4º, *caput*, inc. I, como efeito obrigatório da condenação criminal - portanto, também têm caráter híbrido.

As sanções penais resultarão da condenação por uma das infrações previstas nos arts. 9º a 38. Essa condenação, além da pena principal, também produz três efeitos: torna certa a obrigação de indenizar o dano causado; enseja a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública; e implica a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Para o Projeto, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime será estabelecida pelo Juiz a requerimento do ofendido. Compreenderá um valor mínimo para reparação, fixado conforme os prejuízos sofridos pelo ofendido. Trata-se de efeito secundário, não penal, e facultativo da sentença condenatória, que depende exclusivamente do pedido do interessado.

Aprimorou-se a sistemática anterior ao não preestabelecer um valor mínimo ou máximo em concreto, mas somente a proporcionalidade em relação aos danos causados. Trata-se de importante inovação, sobretudo porque, no caso de reparação de danos, não apenas

a autoridade é responsável; também a Fazenda Pública responde pelos mesmos prejuízos, em razão do princípio geral fixado no art. 194 da Constituição Federal e segundo o qual aquela é civilmente responsável pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

A inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de um a cinco anos; e a perda do cargo, do mandato ou da função pública são efeitos não penais, secundários e não automáticos. Dependem, para sua incidência, nos termos do parágrafo único do artigo, de uma circunstância e de um evento, respectivamente, da verificação da reincidência específica e da declaração motivada na sentença.

Tratava-se, na Lei n. 4.898/1965, de pena acessória cuja finalidade era complementar e assegurar a eficácia da pena principal ou prevenir a reincidência, com caráter repressivo e preventivo (intimidativo). Com isso, evita-se o exercício de certos direitos por pessoas que não os usaram de modo lícito, assim como o exercício de certas funções por aqueles que se mostraram indignos ou incapazes de praticá-las.

Ocorre que a pena acessória de perda de função, cargo ou mandato, com a reforma penal de 1984, passou a ser efeito da condenação.

O Código Penal, nos arts. 91 e 92, trata dos efeitos da condenação:

Art. 91 – São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Desse modo, o disposto no inc. I do art. 4º do Projeto já está, em parte, contemplado pelo art. 91, inc. I, do Código Penal. Apenas

não consta, no Código, a parte final - “devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos”.

A inabilitação para o exercício de mandato não é novel no Direito Penal. Já estava prevista como efeito da sentença condenatória proferida por órgão colegiado, no art. 1º, inc. I, alínea *e* da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990²⁸² – “são inelegíveis os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de *8 (oito) anos após o cumprimento da pena*” (grifou-se).

A Lei Complementar mencionada prevê a sanção nas hipóteses de abuso do poder econômico ou político (alíneas *d* e *h*); corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais (alínea *j*); crimes de responsabilidade (alíneas *b* e *c*); ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (alínea *l*); entre outros.

Afigura-se recomendável utilizar sistemática análoga, também para cargo ou função pública, conservando-se, assim, a integridade, proporcionalidade e coerência do ordenamento jurídico.

Por fim, o inc. III do art. 4º do Projeto é mais brando, em um aspecto, do que o art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal, e mais rigoroso em outro. Senão, veja-se.

O Projeto prevê “a perda do cargo, do mandato ou da função pública” (inc. III) na hipótese de “reincidência em crime de abuso de autoridade” (parágrafo único). Já o Código Penal determina:

[...] a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de

282 Modificada pela Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.

liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Em ambos os casos, os efeitos não são automáticos e devem ser motivadamente declarados na sentença (art. 4º, parágrafo único, do Projeto; e art. 92, parágrafo único, do Código Penal).

O aspecto que torna o Código Penal mais rigoroso reside na exigência de reincidência específica em crime de abuso de poder que o Projeto faz, e o Código não.

Em outro aspecto, o Código exige, para aplicação da perda do cargo, função ou mandato, pena privativa de liberdade mínima de um ano; enquanto o Projeto não faz essa exigência. Neste ponto, o Projeto é mais rigoroso que o Código Penal.

Assim, trata-se de nova lei que, em parte, é mais severa que a disposição anterior, pois não exige a pena mínima de um ano; e mais benéfica do que o Código Penal ao exigir a reincidência.

Surgirá, assim, uma inovação legislativa, em parte mais benéfica, em parte mais severa. Tem, então, aplicação do princípio da legalidade e suas consequências, especificamente, a anterioridade e retroatividade da lei mais benigna – ou irretroatividade da lei mais grave.

O princípio da irretroatividade da *lex gravior* (irretroatividade *in pejus* ou *in malam partem*) impede a lei penal que não beneficie o acusado de retroagir, pois não há crime sem lei anterior que o defina (Código Penal, art. 2º, parágrafo único; Constituição Federal, art. 5º, XL). Afere-se a benignidade, no caso concreto, confrontando as leis concorrentes. Mais branda será a lei que cominar a pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis; que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do *jus puniendi* ou do *jus punitonis*, quer estendendo o do *jus libertatis*.

Mas o caso em apreço trata de norma híbrida, como dito, uma parte mais benéfica e outra mais severa. A doutrina se divide na solução do problema. Parte defende a combinação das leis, em que o Juiz deve ajustar ou integrar as normas formando um corpo mais benéfico para o condenado. Seguem esse posicionamento os doutrinadores José Frederico Marques e Basileu Garcia. Outra parcela assevera que não se pode combinar leis, sob pena de desrespeito ao princípio da separação

dos poderes, pois o Juiz estaria legislando e ele não é legislador. O Juiz não tem a faculdade de ajustar as normas para extrair um conteúdo mais favorável para o réu; ele estaria, em tal hipótese, elaborando uma lei, o que não é permitido no sistema legal brasileiro. Ou aplica a lei na sua íntegra ou não aplica nada. Combinar leis seria criar uma nova norma. Defendem essa linha de pensamento os doutrinadores Nelson Hungria e Aníbal Bruno. Essa é, igualmente, a posição adotada pela jurisprudência.

Na mesma esteira, a atual redação do Projeto resultaria em antinomia (conflito ou concurso aparente de normas) entre as disposições da proposta e os arts. 91 e 92 do Código Penal, no mínimo, a ser solucionado pelos operadores do Direito de todo o País sob a égide dos princípios da sucessividade ou critério cronológico; da especialidade; da subsidiariedade ou tipo de reserva; da consunção; e da alternatividade. A tarefa, como se sabe, árdua, certamente redundará em entendimentos diversos nos diferentes julgados, causando indesejada incerteza e instabilidade jurídica, tanto a jurisdicionados como aos que trabalham no sistema de justiça brasileiro.

É, com efeito, totalmente incerta a solução que se daria ao caso concreto. Aliás, a boa técnica legislativa recomenda que se evitem situações desse gênero. O mais adequado é evitar o problema e solucionar a questão antes da promulgação da norma, compatibilizando-o com o restante do ordenamento jurídico.

Ademais, não há motivos para que apenas as hipóteses de crimes de abuso de poder contempladas no Projeto, que, como se sabe, não abarca todas as suas espécies, contem com a obrigação judicial de fixação do valor mínimo de indenização proporcional aos danos sofridos. Em verdade, essa deve ser a regra para todas as condenações criminais.

Observe-se, igualmente, a diferenciação dada aos efeitos da condenação nos crimes de abuso de poder elencados no Projeto, se equiparados com outros crimes do mesmo gênero - abuso de poder - como aqueles previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral). É o caso da corrupção, que não se limita às ações de funcionários públicos - mais ampla e presente nas relações de poder, muitas vezes

com o objetivo de manter uma relação de dominação ou situação de anomia.

Não há razão jurídica que fundamente a criação de regras especiais sobre parte dos crimes de abuso de poder, sem o alcance de todos, distinguindo as autoridades públicas que cometem crimes previstos em lei específica daquelas que são condenadas por outras espécies de delitos de abuso de poder não contempladas na lei especial. A situação, se mantida, à evidência, fere a isonomia assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*).

Essa problemática já era identificada pela doutrina na análise da Lei n. 4.898/1965:

[...] considerando a desigualdade de tratamento dado pela lei ao autor de um delito funcional de certa gravidade, como por exemplo o de concussão (CP, art. 316) e ao que cometeu um crime de abuso de autoridade, sustentávamos que o Magistrado deveria procurar uma solução com base na equidade, não segundo o rigor da lei, mas, no dizer de Borges da Rosa, “com uma moderação e doçura razoáveis”.²⁸³

Pelo fato de a Lei n. 4.898 ser de 1965, e a reforma do Código Penal ter ocorrido em 1984, a preocupação com a disparidade de tratamento deixou de existir, aplicando-se a nova norma, qual seja, a do art. 92 do Código Penal.

No caso de ser aprovado o Projeto, a discussão sobre a falta de isonomia no tratamento de autores de crimes de abuso de poder, previstos na nova lei e em outros diplomas penais, será reinaugurada. Todas as autoridades públicas que abusam do poder de que se acham investidas ou violam deveres da função exercida são indignas da confiança que lhes foi depositada, incapazes de bem e firmemente servirem aos interesses públicos.

Vale lembrar que, reconhecidamente, *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito), e

283 FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*, p. 103.

ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

O tratamento desigual certamente será reconhecido nos Tribunais nacionais e implicará o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 4º do Projeto, devastando parte importante da inovação legislativa que pretende punir e prevenir crimes de abuso de poder.

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 4º, que observe a igualdade de tratamento (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e as disposições já enumeradas no Código Penal; trate todos os crimes de abuso de poder de maneira uniforme - e não apenas as modalidades previstas no Projeto –; atente às novas regras de inelegibilidade; e evite problemas com a aplicação da uma nova lei, parte mais grave e mais branda, nos seguintes termos:

CAPÍTULO IV DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Seção I Dos Efeitos da Condenação

Art. 4º Os artigos 91 e 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 91 [...]

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, fixar na sentença o valor mínimo para reparação, considerando todos os prejuízos; (N.R.)

II – [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

Art. 92 [...]

I – [...]

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a *seis meses*, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (N.R.)

b) [...]

II – [...]

III – [...]

IV – *a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;*

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença e: (N.R.)

a) na hipótese da alínea a do inciso I, condicionados à reincidência;

b) na hipótese do inciso IV, condicionados ao trânsito em julgado da condenação ou à decisão proferida por órgão judicial colegiado. (Grifou-se)

Seção II Das Penas Restritivas de Direitos

Art. 5º As penas restritivas de direitos substitutivas das privativas de liberdade previstas nesta Lei são:

I - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

II - suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

III - proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

O art. 5º, inc. II, equivale, na Lei n. 4.898/1965, ao art. 6º, § 1º, alínea c. O inc. III é semelhante ao art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/1965.

A proposta do Senador Renan Calheiros tem a seguinte redação:

Seção II - Das Penas Restritivas de Direitos

[...]

Art. 5º Para os crimes previstos nesta lei, são admitidas as seguintes penas restritivas de direitos:

I – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

II – suspensão do exercício do cargo, função ou mandato pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com perda dos vencimentos e vantagens;

III – proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) anos.

O Senador Antônio Anastasia propôs, na Emenda n. 13-PLEN, o aperfeiçoamento do *caput* do art. 5º, para ressaltar que as penas restritivas de direito têm caráter substitutivo em relação às privativas de liberdade.

As penas restritivas de direito estão disciplinadas no art. 43 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – limitação de fim de semana;

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

O inc. I do art. 5º do Projeto está totalmente abrangido pelo disposto no art. 43, inc. IV, do Código Penal. Portanto, neste aspecto, a inclusão repetitiva desta pena restritiva de direitos é desnecessária - já foi tratada pelas normas gerais do Código Penal.

O inc. I do art. 5º do Projeto determina a suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de um a seis meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens. Equivale ao disposto no art. 6º, § 1º, alínea c, da atual Lei n. 4.898/1965.

A suspensão mencionada é uma das penas mais graves, porque atinge o patrimônio da autoridade e também implica a perda de todas as vantagens e direitos inerentes ao cargo (férias, licença-prêmio, antiguidade etc.). No período de um a seis meses, a autoridade não poderá exercer o cargo, função ou mandato.

O Supremo tribunal Federal, na análise da Lei n. 4.898/1965, vinha decidindo que

[...] a suspensão do cargo com perda de vencimentos e vantagens não constitui pena acessória que possa ser aplicada pelo poder judiciário, mas sanção administrativa imponível em processo regular pela autoridade civil ou militar competente.²⁸⁴

Fatalmente, o entendimento será alterado, no caso de ser aprovado o Projeto. Isso porque não mais trata de *sanção administrativa*, como determinava o *caput* do art. 6º da Lei n. 4.898/1965; e sim de pena restritiva de direitos substitutiva da privativa de liberdade, que pode ser aplicada *autônoma ou cumulativamente* (parágrafo único do art. 5º). É, portanto, agora, pena principal e não acessória.

O mesmo ocorre com o disposto no inc. III do art. 5º do Projeto – proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima, pelo prazo de um a três anos.

Essa disposição apenas alcança o exercício da autoridade policial ou militar, restrita ao Município em que tiver sido praticada a infração e àquele em que a vítima trabalha ou reside. Em se tratando de pena alternativa à privação de liberdade, é principal e não acessória.

Disposição análoga está prevista na atual Lei n. 4.898/1965, no art. 6º, § 5º. A doutrina justifica o dispositivo da lei em vigor ao fundamento de que a autoridade policial ou militar emprega vigilância em proteger a sociedade e seus membros, assegurar seus direitos, evitar riscos, prevenir crimes, manter a ordem e o bem-estar da população. Assim, exerce papel relevante pela confiança que deve inspirar nas pessoas, em especial nos mais vulneráveis.

284 RT 95/1.092.

A teoria, sob este aspecto, afigura-se adequada, mas uma análise aprofundada do dispositivo revelará os problemas que serão enfrentados, conforme explanado a seguir.

A medida de proibição do exercício de funções no Município em que tiver sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima pode ser eficaz nas pequenas cidades, onde as autoridades e seus agentes são notoriamente conhecidos. Já nas grandes cidades ou metrópoles, dificilmente essa providência teria qualquer impacto.

Além disso, conquanto a disposição mencione a proibição do exercício de funções no local do delito ou onde residir ou trabalhar o ofendido, em verdade a restrição será muito maior. Isto porque a autoridade deve residir no local onde presta serviços. Por consequência, a autoridade, para exercer funções em outro local, terá que mudar sua residência para o novo local de trabalho. Trata-se, portanto, de disposição que obriga a autoridade a deixar o domicílio para que possa, em outro local, continuar a trabalhar.

A problemática, no entanto, não se encerra aqui. A Lei n. 4.898/1965 restringe a proibição ao distrito da culpa. O Projeto acrescenta o local de residência ou domicílio do ofendido.

Se porventura o fato tiver sido praticado em uma comarca, a vítima residir em uma segunda e trabalhar em terceiro local, a autoridade ficará impossibilitada de exercer funções - e residir - em três diferentes municípios. Se o ofendido tiver mais de um domicílio, a restrição para o exercício de funções ampliar-se-á significativamente, talvez à impossibilidade empírica do exercício das funções.

Outrossim, na hipótese de o ofendido mudar de domicílio ou de local de trabalho, no período de vigência da proibição (um a cinco anos), terá a autoridade também que se mudar. Dessa maneira, ficará à mercê da vontade da vítima que, diante da notícia de que o condenado iniciou o exercício de funções em nova localidade, pode ali estabelecer um domicílio - ainda que eventual e não permanente - apenas com o intuito de prejudicar o trabalho do sentenciado. Assim, o Projeto dá margem a perseguição inversa - da vítima ao ofensor -, situação totalmente indesejada.

Ademais, como se procederá com aqueles que exercem funções em todo um Estado da Federação ou até mesmo no País inteiro?

A pena de proibição do exercício de funções de natureza policial ou militar no distrito da culpa e naquele em que residir ou trabalhar a vítima tornar-se-á uma sanção de âmbito estadual ou nacional.

Posto isso, retorna-se a um dos principais equívocos do dispositivo analisado - sua inconstitucionalidade. Isso porque, como assinalado, as sanções agora são principais, substitutivas da pena corporal, e não acessórias.

Assim sendo, novamente, cabe a ressalva, feita no dispositivo anterior, que identifica um rompimento da isonomia constitucional.

Em outras palavras, não há motivos para que apenas nas hipóteses de crimes de abuso de poder contempladas no Projeto, que, como se sabe, não abarca todas as suas espécies, contem com a possibilidade de suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato (de um a seis meses), com a perda dos vencimentos e das vantagens; e a proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima (de um a três anos). Em verdade, essa deve ser a regra para todas as condenações por crimes cometidos com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Todas as autoridades públicas que abusam do poder de que se acham investidas ou violam deveres da função exercida são indignas da confiança que lhes foi depositada, incapazes de bem e firmemente servirem aos interesses públicos.

A diferenciação dada às penas alternativas nos crimes de abuso de poder elencados no Projeto, se equiparados com outros crimes do mesmo gênero - abuso de poder - como aqueles previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral), fere a isonomia constitucional (Constituição Federal, art. 5º, *caput*). Não há razão jurídica que fundamente a criação de regras especiais sobre parte dos crimes de abuso de poder, sem o alcance de todos, distinguindo as autoridades públicas que cometem crimes previstos em lei específica daquelas que são condenadas por outras espécies de delitos de abuso de poder não contempladas na lei especial.

Reconhecidamente, *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis*

ratio ibi eadem dispositio (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

O tratamento desigual certamente será reconhecido nos Tribunais nacionais e implicará o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 4º do Projeto, devastando parte importante da inovação legislativa que se propõe a punir e prevenir crimes de abuso de poder.

A problemática já era identificada pela doutrina na análise da Lei n. 4.898/1965 – “considerando a desigualdade de tratamento dado pela lei ao autor de um delito funcional de certa gravidade, como por exemplo o de concussão (CP, art. 316) e ao que cometeu um crime de abuso de autoridade”.²⁸⁵

A situação, se mantida, à evidência, fere a igualdade assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*).

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 4º, que observe a igualdade de tratamento (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e as disposições já enumeradas no Código Penal; trate todos os crimes de abuso de poder de maneira uniforme - e não apenas as modalidades previstas no Projeto, nos seguintes termos:

Seção II Das Penas Restritivas de Direitos

Art. 5º Os artigos 43 e 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passam a vigorar com as seguintes redações acrescidas, respectivamente, do inciso VIII e do § 5º:

Art. 43 [...]

VIII – nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública:

a) a suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

b) a proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver

285 FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*, p. 103.

sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 44 [...].

§ 5º – Na condenação por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, as penas restritivas de direitos previstas no inciso VIII do art. 43 podem ser aplicadas cumulativamente, entre si e com outras. (Grifou-se)

CAPÍTULO V DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL E ADMINISTRATIVA

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O art. 6º, *caput*, equivale, na Lei n. 4.898/1965, ao art. 9º.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

CAPÍTULO V - DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL E ADMINISTRATIVA

[...] Art. 6º A responsabilização das pessoas referidas no art. 2º, pelos crimes previstos nesta Lei, não os isenta das sanções de natureza civil e administrativa porventura cabíveis em decorrência dos mesmos fatos. Parágrafo único. A autoridade policial, o representante do Ministério Público ou outras autoridades ou servidores, quando formalizarem a representação do ofendido, ou o Ministro da Justiça, quando apresentar a requisição, deverão comunicar o fato considerado ilícito ao Conselho Nacional de Justiça, se for o caso, e à autoridade judicial ou administrativa competentes para apuração das faltas funcionais.

Art. 7º A responsabilidade civil e administrativa é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 8º Faz coisa julgada no cível e no âmbito administrativo-disciplinar a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 14-PLEN, postulou a retirada do parágrafo único do art. 6º do Projeto da menção ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pois o próprio dispositivo já prevê que a representação do ofendido será encaminhada à autoridade competente, com vistas à apuração de falta funcional. A iniciativa foi acolhida pelo Relator.

O Senador Telmário Mota, na Emenda n. 06-PLEN, sugeriu a inclusão, no art. 8º do Projeto, de um parágrafo único prevendo que a

mera divergência de entendimento ou de interpretação entre membros do Ministério Público e juízes, ou entre estes e outros órgãos jurisdicionais, não constitui abuso de autoridade. A proposta se fez acompanhar de justificação advogando a impossibilidade de criminalização da hermenêutica jurídica. Novamente, surgiu, com clareza, a grande preocupação do legislador com a criminalização da hermenêutica jurídica. A iniciativa não foi acolhida pelo Relator, no art. 8º.

As sanções administrativas, naquilo atinente aos servidores públicos, resultam da infringência de normas funcionais específicas, de violações que interessam apenas aos regramentos internos do funcionamento da Administração. Trata-se do ilícito administrativo a ser apurado e punido por autoridade também administrativa, previstos anteriormente na Lei n. 4.898/1965 (art. 6º, § 1º). De certa maneira, as sanções previstas no art. 4º, *caput*, incs. II e III do Projeto em análise podem ter caráter híbrido penal-administrativo, pois, no art. 6º, *caput* e parágrafo único, ressalta *as sanções de natureza civil e administrativa*.

A sentença “notícias de crimes previstos nesta Lei *que descreverem falta funcional*” (art. 6º) deixa claro que, para o Projeto, nem todo crime de abuso também caracteriza infração administrativa - circunstância que dificilmente será identificada na rotina administrativa ou forense.

Como se pôde verificar, o Projeto não prevê nenhuma infração tipicamente administrativa, ao contrário do que fez a Lei n. 4.898/1965 (art. 6º, § 1º), mas tão somente ilícitos penais que, quando descreverem faltas funcionais, serão também comunicados à autoridade competente.

Deixou, inclusive, de contemplar a advertência e a suspensão do cargo ou função, esta por prazo limitado e com perda de vencimentos e vantagens, prevista no 6º, § 1º, alíneas *a* e *b*, da Lei n. 4.898/1965 – indicando-a como pena restritiva de direitos no art. 5º, inc. II, do Projeto. Inquestionavelmente, como punição administrativa, o Projeto delegou a aplicação das medidas apontadas, se o caso, para a autoridade administrativa, a ser comunicada.

As sanções civis, também na específica hipótese de infração cometida por servidor público, no exercício de suas funções, limitam-se ao ressarcimento do dano por ele causado. Na Lei n. 4.898/1965, essas sanções estavam previstas no art. 6º, § 2º; e no atual Projeto, no art. 4º,

caput, inc. I, como efeito obrigatório da condenação criminal - portanto, também têm caráter híbrido.

Os arts. 7º e 8º trazem previsões já contempladas pelo ordenamento jurídico e pelas decisões de Tribunais Superiores.

A Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Trata-se do chamado princípio da independência das instâncias, amplamente consagrado.

Nesse sentido, o Projeto não abarca nenhuma inovação, o que se pode confirmar com a própria exceção da regra de independência das instâncias, esculpida no art. 126 da Lei n. 8.112/1990 – “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

Desse modo, os dispositivos em questão não comportam indagações mais aprofundadas, sobretudo no bojo de um estudo criminal do abuso de poder.

CAPÍTULO VI DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

- I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;
- II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
- III – deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.

O art. 9º, *caput*, equivale, na Lei n. 4.898/1965, ao art. 4º, alínea *a*, ao passo que o inc. II do parágrafo único é semelhante ao art. 4º, alínea *d*, dessa mesma Lei.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

CAPÍTULO VI - DOS CRIMES E DAS PENAS

[...]

Art. 9º Ordenar ou executar captura, detenção ou prisão fora das hipóteses legais ou sem suas formalidades:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I – recolhe ilegalmente alguém a carceragem policial, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II – deixa de conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança, quando assim admitir a lei e estiverem inequivocamente presentes seus requisitos;

III – efetua ou cumpre diligência policial autorizada judicialmente, em desacordo com esta ou com as formalidades legais.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 15-PLEN, postulou a alteração da redação para constar o seguinte:

Decretar prisão preventiva, busca e apreensão de menor ou outra medida de privação da liberdade, fora das hipóteses legais ou sem o cumprimento ou a observância de suas formalidades:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade judiciária que, *sem justa causa*, deixar de:

- I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;
- II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
- III – deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*. (Grifou-se)

O Senador ainda ressaltou que a expressão *prazo razoável* é demasiadamente subjetiva.

A Senadora Gleisi Hoffmann, na Emenda n. 49-CCJ, requereu o aprimoramento da redação do *caput* do art. 9º do Projeto - sugestão acolhida oralmente pelo Relator –, para que constasse o seguinte: “Art. 9º Decretar *qualquer* medida de privação da liberdade, em manifesta desconformidade com as hipóteses legais” (grifou-se). Entretanto, como se pôde verificar, não consta do Projeto atual o termo *qualquer*.

Trata-se de tipo semelhante aos previstos no art. 350 do Código Penal e no art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Entretanto, padece de inconstitucionalidade, já pontuada pelo Senador Aloysio Nunes na Emenda n. 15-PLEN, e tangencia, perigosamente, com a criminalização parcial da hermenêutica jurídica, especificamente naquilo relacionado à decretação de medida de privação de liberdade, seu relaxamento, substituição ou, ainda, à concessão de liminar em ordem de *habeas corpus*.

Medida privativa de liberdade, na explicação de Nelson Hungria,

[...] é a “prisão”, no sentido de captura ou apreensão de alguém, para o fim de

ser recolhido ao cárcere ou internado em estabelecimento de segurança, seja em caráter provisório ou meramente coercitivo (prisão em flagrante. Prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia ou condenação penal recorrível, prisão administrativa, prisão civil), seja em cumprimento de sentença penal transitada em julgado.

Ainda na explanação do jurista:

[...] é preciso não confundir a ilegalidade (substancial ou formal) da ordem de prisão com a injustiça da decisão de que decorre tal ordem (isto é, a decisão apoiada em errônea apreciação da prova).

Por fim, Nelson Hungria lembra que “o executor ficará isento de pena, se a ordem emanar de seu superior hierárquico e não for manifestamente ilegal”.²⁸⁶

Para não incidir em indesejada criminalização da hermenêutica jurídica, como tentaram evitar oito diferentes emendas, respectivamente, as de ns. 28, 29, 44, 51, 58 e 60, todas da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ); e as Emendas ns. 04 e 12 do Plenário, o parágrafo segundo do art. 1º do Projeto foi alterado, acolhendo a redação dada pela emenda do Senador Antônio Anastasia.

Entretanto, a ausência de indicação do elemento subjetivo do injusto (dolo específico) no artigo em análise ainda transmite a ideia de que, em algumas hipóteses, a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas possa configurar crime de abuso de poder. Para afastar qualquer possibilidade da nefasta criminalização da hermenêutica, deve-se deixar, com firmeza e clareza, margem para que o operador do direito que exerça autoridade interprete a lei, avalie fatos e valora a prova produzida - inclusive em atenção ao princípio da livre valoração da prova, insculpido no Código de Processo Penal.

286 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 512/513.

Para tanto, é fundamental acrescentar, no *caput* do dispositivo, a específica intenção de constranger indevidamente o ofendido no curso de investigação ou processo judicial, afastando-se, definitivamente, a possibilidade de criminalização do regular exercício da autoridade pública, fundamental para a garantia da liberdade e da democracia.

Nos dizeres de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna juízes e promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos:

[...] para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.²⁸⁷

Como sobredito, a conduta já está incriminada no Código Penal, conforme dispositivo a seguir:

Art. 350 – Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena – detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único – Na mesma pena incorre o funcionário que:

I – ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II – prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo

287 BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, t. III, v. XXIII, p. 228.

oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III – submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV – efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

O art. 350, preciso, escoreito e taxativo, pode ser facilmente acomodado às novas necessidades ainda não contempladas como o relaxamento da prisão manifestamente ilegal; a substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou a concessão liberdade provisória, quando manifestamente cabível; e o deferimento de liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.

Para tanto, bastaria a inclusão da finalidade específica do sujeito ativo, alteração da pena cominada ao crime e o acréscimo de quatro incisos ao mencionado art. 350 do Código Penal. Com isso, conservar-se-ia o corpo único do texto jurídico do Código Penal, mediante a adequação da redação às necessidades contemporâneas.

Não bastasse, o artigo do Projeto de Lei prevê figura típica já disciplinada no art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:

Pena – detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.

Por força do princípio da especialidade, deve prevalecer o crime previsto na Lei n. 8.069/1990, nas hipóteses em que o abuso for praticado contra crianças e adolescentes.

A redação do parágrafo único padece de inconstitucionalidade, pois utiliza conceito aberto de *prazo razoável*, violador do princípio da taxatividade do Direito Penal.

O Senador Aloysio Nunes, na justificação da Emenda n. 15- PLEN, já identificava a inconstitucionalidade do dispositivo:

[...] optamos por substituir a expressão “dentro de prazo razoável”, constante no parágrafo único, pela expressão “sem justa causa”. Novamente a *proposição incorre em subjetividade demasiada*, vez que não há definição clara sobre qual seria o prazo razoável. De outro lado, a expressão “sem justa causa” leva a autoridade a ter que justificar as razões pelas quais deixou de praticar os atos elencados pelo dispositivo. (Grifo do original)

No início da justificativa, o Senador alertou, de forma expressa, que “a elementar do tipo é excessivamente subjetiva, o que é *incompatível com a taxatividade penal*” (grifou-se).

Não obstante, como se pôde verificar, a sugestão apresentada não foi acolhida, e a expressão *dentro de prazo razoável* foi mantida.

O princípio da reserva legal – na forma da taxatividade²⁸⁸ –, que pressupõe a definição de todos os elementos que integram a conduta típica, foi insculpido no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar

288 Nesse sentido: NUCCL, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 38.

margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.²⁸⁹

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.²⁹⁰

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

Desse modo, é preciso suprimir a expressão *dentro de prazo razoável*, que encerra conteúdo indeterminado, e apor a fórmula *injustificadamente, no prazo legal*, pois de nada adiante afastar o crime de hermenêutica do art. 1º e seus parágrafos, mas, de fato, manter a criminalização dos dispositivos.

É importante lembrar, também, que os remédios ordinários para corrigir decisões que determinam a prisão, quando dela se discorda, são os recursos e a ordem de *habeas corpus*. Essa é a forma correta de reverter qualquer decisão equivocada, pois não se pode, a pretexto de corrigi-la, substituir os meios ordinários com a criminalização de condutas em razão da simples discordância do mérito de decisões. A criminalização, consoante princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, é excepcional e tem lugar quando os demais ramos do Direito não satisfazem o interesse público.

Do prisma do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves, protegendo um *fragmento* dos interesses jurídicos. O Direito Penal constitui apenas um fragmento de um todo que é o ordenamento jurídico, devendo ocupar-se apenas dos conflitos sociais mais graves. Cada ramo do Direito deve ocupar-se da matéria que lhe é afeta. Se o Direito Penal se agigantar, invadirá outros ramos do Direito, rompendo com a fragmentariedade.

289 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

290 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

Na hipótese aventada, se acaso a criminalização substituir as formas ordinárias de impugnação das decisões de prisão (recursos e *habeas corpus*), o Direito Penal sobrepujará o Direito Processual Penal, em flagrante violação do princípio da fragmentariedade.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,²⁹¹ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.²⁹²

A interpretação doutrinária do princípio da intervenção mínima aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis;

291 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

292 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.²⁹³

Desse ponto de vista, outro ramo do Direito já previne, adequadamente, as prisões ilegais - o Direito Processual Penal, com seus recursos e ordem de *habeas corpus*.

O Direito Penal também é chamado de *ultima ratio* – significa que é a última solução que o Estado possui. Se toda infringência a uma norma jurídica fosse tipificada, o Direito Penal seria muito presente, e o Estado totalitário. Por isso, o Direito Penal não pode se agigantar, tornar-se a *prima ratio*. Trata-se de um princípio que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador, evitando a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas. Novamente, outro ramo do Direito já corrige, de modo satisfatório, as prisões ilegais - o Direito Processual Penal, seus recursos e a ordem de *habeas corpus*.

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 9º, que observe os princípios constitucionais da legalidade - e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima - e da separação dos poderes, evitando-se a indesejada inconstitucionalidade; afaste-se da nociva criminalização da hermenêutica; preserve a disposição já enumerada do Código Penal; e se ajuste ao art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); nos seguintes termos:

CAPÍTULO VI - DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 9º O artigo 350 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescida dos incisos VIII:

[...]

Art. 350 – Ordenar ou executar medida privativa de liberdade sem as formalidades legais ou com

293 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

abuso de poder, com o propósito de constranger indevidamente o ofendido: (N.R.)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (N.R.)

Parágrafo único – Na mesma pena incorre a autoridade que, com o propósito de constranger indevidamente o ofendido: (N.R.)

I – [...]

V – deixa, injustificadamente, de relaxar a prisão manifestamente ilegal;

VI - deixa, injustificadamente, de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

VII – deixa, injustificadamente, de deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível. (Grifo do original)

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O conteúdo do dispositivo não constava da proposta original oferecida pelo Senador Renan Calheiros.

Não obstante, o dispositivo constou do primeiro relatório oferecido pelo Senador Roberto Requião, com a seguinte redação:

Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.²⁹⁴

294 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Essa é, exatamente, a redação atual do tipo em análise. Não há, no relatório apontado, indicação alguma da origem da redação do crime em questão, qual seja, decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.

Como as razões da inclusão do crime em questão não foram expostas nos relatórios, é difícil perquirir os motivos do Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado. Entretanto, é público e notório que o Senador Roberto Requião é severo crítico da condução coercitiva decretada em desfavor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.²⁹⁵ O Senador definiu-a como *sequestro* em um evento partidário²⁹⁶ e a classificou como *absurda* em uma de suas redes sociais.²⁹⁷

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 10-PLEN, sugeriu a retirada do art. 10 do Projeto. Posteriormente, na Emenda n. 36-CCJ, propôs que se conferisse ao *caput* do art. 10 do Projeto a seguinte redação: “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado em desacordo com as normas processuais vigentes sobre a matéria”. A emenda, como se pôde verificar, não foi acolhida.

295 Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160330_requiiao_pmdb_if>; <<http://www.esmaelmorais.com.br/2016/03/requiiao-ve-molecagem-de-moro-e-da-globo-em-espetaculo-midiatico/>>; <<https://www.brasil247.com/pt/247/parana247/219741/Requi%C3%A3o-v%C3%AA-%E2%80%9Cmolecagem%E2%80%9D-da-parceria-Globo-Moro.htm>>; <<https://ocorreiodaelite.blogspot.com.br/2016/03/globo-moro-requiiao-diz-que-sequestro-de.html?m=1>>; <<https://www.conversaafiada.com.br/brasil/requiiao-e-molecagem-da-globo-e-do-moro>> (todos com acesso em: 30 jun. 2018).

296 Disponível em: <<http://www.pt.org.br/evento-de-comunicacao-em-sp-denuncia-abusos-da-globo-e-defende-lula/>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

297 Disponível em: <<http://www.fabiocampana.com.br/2016/03/requiiao-critica-medida-coercitiva/>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 16-PLEN, postulou alterar a redação do art. 10 do Projeto, para dispor que constitui crime “decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”, ao argumento de que a expressão *manifestamente descabida*”, constante da redação do Projeto, é extremamente subjetiva. O Relator também não adotou esta redação, como se confere no atual Projeto de Lei.

A observação inicial necessária refere-se ao fato de o tipo não distinguir o gênero (civil, administrativo, criminal etc.) ou a espécie de procedimento em que criminaliza a condução coercitiva. Conquanto mencione a condição de investigado, presente apenas em alguns processos ou procedimentos, indica também a de testemunha, ordinariamente comum a todas as demandas judiciais.

Por esse motivo, conclui-se que a criminalização pode, em tese, atingir os mais diversos processos e procedimentos, desde que decretada contra investigado ou testemunha.

Nessa linha, o dispositivo menciona expressamente “sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”, não indicando outras autoridades. Assim, a exigência de prévia intimação circunscreve-se aos processos judiciais, enquanto o *descabimento manifesto* atinge todos os processos, judiciais ou administrativos, investigatórios ou não, nos quais se determine a condução coercitiva.

O questionamento é instintivo: como se pode exigir que o investigado - fase que antecede o início do processo - tenha sido previamente intimado para comparecer no juízo quando nem sequer existe um processo?

A segunda constatação diz respeito ao fato de o crime exigir que a condução coercitiva, de investigado ou testemunha, seja “manifestamente descabida *ou* sem prévia intimação de comparecimento ao juízo” (grifou-se).

Por consequência, uma condução coercitiva apenas não configurará o delito em estudo quando preencher dois requisitos, concomitantemente: deve estar de acordo com a lei e ser precedida de intimação para comparecimento em juízo. A conclusão é extraída da locução *ou*, aposta entre as duas elementares do tipo – “manifestamente descabida *ou* sem prévia intimação para comparecimento em juízo”.

Em outras palavras, toda condução coercitiva que for manifestamente descabida será criminosa; igualmente, toda condução coercitiva sem prévia intimação de comparecimento em juízo será criminosa, ainda que manifestamente cabida e, com maior razão, quando expressamente adequada. A exigência da prévia intimação para comparecimento em juízo foi aposta sempre, independentemente de qualquer outra circunstância.

Como se fará nas investigações sigilosas (art. 20 do Código de Processo Penal), imprescindíveis para o esclarecimento de crimes graves ou para apuração de fatos implicando organizações criminosas, em razão do grande interesse social envolvido (art. 5º, LX, da Constituição Federal)? Avisar-se-á o investigado, perigoso delinquente ou líder de organização criminosa, com a intimação a ser expedida (e que, necessariamente, deve preceder sua condução coercitiva), sobre a investigação em curso, frustrando totalmente o sentido da decretação do sigilo e o esclarecimento do ocorrido. A chamada *crise de confiança* na Justiça tornar-se-á permanente.

Na lição de Tourinho, a publicidade não atinge os atos que se realizam durante a feitura do inquérito policial, não só pela própria natureza inquisitiva da investigação como também porque o próprio art. 20 do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade assegurará o sigilo necessário.²⁹⁸ E não se invoque o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal, que trata apenas dos processos e admite exceções à publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

O inquérito policial é naturalmente sigiloso, e assim as demais investigações.²⁹⁹ Como lembra Guilherme de Souza Nucci,³⁰⁰ “Nem o indiciado, pessoalmente, aos autos tem acesso”. Se as apurações em questão visam à investigação; à elucidação; à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias; pouco ou quase nada valeria a ação da autoridade investigadora se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização.

298 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 47.

299 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: RT, 2007. p. 108 e ss..

300 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 108.

O princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afina com o inquérito policial. Sem o necessário sigilo, diz Tornaghi, o inquérito policial seria uma burla, um atentado. Se até mesmo na fase judicial a lei permite ou impõe o sigilo, quanto mais em se tratando de simples investigação, de simples colheita de provas.³⁰¹

A divulgação inerente à prévia intimação causará embaraços ao desvendamento do fato, sua autoria e circunstâncias, pois permite que o responsável ou pessoas a ele ligadas desfaçam vestígios; ocultem instrumentos, provas e o produto da infração; destruam papéis; removam valores; afastem ou subordinem testemunhas; antepõem outras barreiras aos trabalhos de elucidação; além de possibilitar que a localização do autor se torne mais difícil.

E não há falar-se em restrição à defesa, como ressalta Tourinho Filho, pois na investigação não há acusação ou defesa. “E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe.”³⁰² O contraditório, na investigação, inexistente. Em outros termos, é diferido ou postergado. O próprio Texto Constitucional refere-se a *litigantes* e *acusados* – art. 5º, inc. LV: “aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifou-se).

A mesma metodologia é adotada na Alemanha, Espanha e França, entre outros países.³⁰³

Não há acusado ou litigante na investigação, mas, sim, indiciado, suspeito ou investigado.

Criminalizar a condução coercitiva da forma como feito no tipo estudado não é punir o abuso de poder, mas, sim, o exercício regular da autoridade do Estado, especificamente do sistema de justiça. Essa

301 Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 211.

302 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 212.

303 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 214/215.

intervenção criminalizadora do exercício regular da justiça e desempenho das atividades-fim que das respectivas Instituições configura clara infração ao princípio da separação dos poderes.

A coerção, na acepção jurídica, é a força exercida pelo Estado para fazer cumprir e valer o direito. As normas jurídicas têm coerção, na medida em que autorizam a dedução de uma pretensão que, se procedente, exige do Estado o emprego da força para fazer cumprir o direito, a coerção. Em outras palavras, a norma jurídica infringida comporta uma sanção, um de seus elementos estruturais, aplicada mediante coerção do Estado que tem o monopólio da jurisdição.

Por conseguinte, a condução coercitiva é uma das ferramentas à disposição do Juiz para compelir alguém a cumprir uma determinação que não foi satisfeita regularmente.

A condução coercitiva não se confunde com nenhuma restrição da liberdade ambulatoria. Não há na condução coercitiva uma prisão, entendida como privação da liberdade mediante clausura, o que não ocorre naquela. Se há na condução coercitiva alguma restrição, ainda que mínima, à liberdade ambulatoria, é certo que a Constituição Federal restringe somente as possibilidades de prisão de alguém, conforme estabelece o art. 5º, inc. LXI – “ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifou-se).

Iniciar-se-á com a hipótese da testemunha.

Sabe-se que a testemunha tem dever de comparecimento, ou seja, “de apresentar-se em dia, hora e local designados pela autoridade competente para prestar seu depoimento”.³⁰⁴ Esse dever pressupõe sua notificação que, se desatendida, enseja a decretação da condução coercitiva e a cominação de multa, sem prejuízo do processo por crime de desobediência (entre outros, arts. 218, 219, 458 e 461, todos do Código de Processo Penal).

Também a autoridade policial pode valer-se, se necessário, da condução coercitiva da testemunha faltosa - o que não lhe alcança é somente a cominação de multa. Então, “Se pode fazê-lo com o ofendido,

304 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 331.

por que razão não o poderá se se tratar de testemunha faltosa?”³⁰⁵ O inquérito policial

[...] é inquisitório e “inquisitio sine coertione nulla est”, donde se conclui que a Autoridade Policial tem essa “potestas coercendi” para compelir as testemunhas a comparecer perante ela, para depor, podendo, inclusive, processá-las pelo crime de desobediência.³⁰⁶ Nem teria sentido que o Estado, exercendo esse poder de autodefesa, investigando o fato infringente da lei e seu autor para, em seguida, acusar, não pudesse, por intermédio de órgão próprio, que é a Autoridade Policial, exercer esse poder de coerção sobre as testemunhas.³⁰⁷

Tourinho Filho conclui:

Nem se concebe que a eficácia da investigação policial ficasse a mercê dos cidadãos-testemunhas [...] A que extremos de inanidade se reduziria a ação da Polícia? Se assim não fosse, os inquéritos dificilmente seriam peças informativas pois nenhuma Autoridade Policial, mormente com acúmulo de serviço, se abalançaria a marcar encontros com as testemunhas, nas residências destas, para ouvi-las. E, por outro lado, de nada valeria a natureza inquisitiva do inquérito.³⁰⁸

Posto isso, passa-se à avaliação da situação do investigado.

No que tange à possibilidade de decretação da condução coercitiva do investigado e da testemunha, há pouca diferença entre as

305 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 335.

306 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 335.

307 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 336.

308 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 336.

duas situações. Isso porque a presença do investigado é necessária, muito embora não seja indispensável. É contra ele que repousa a suspeita e, por isso, cumpre-lhe apresentar-se para se defender, ocasião em que poderá, inclusive, pela firmeza de sua fala, dissipar qualquer dúvida do espírito do julgador.³⁰⁹

Guilherme de Souza Nucci explica que a condução coercitiva “é fundamental, para que a ordem legal seja reconhecida e respeitada pelo acusado”.³¹⁰

E não é só. Certos atos investigatórios imprescindíveis para o esclarecimento dos fatos não podem ser realizados sem a presença do investigado, como o reconhecimento, a perfeita qualificação, a acareação, a audiência de conciliação do art. 520 do Código de Processo Penal, entre outros. É por esse motivo que o legislador concede à autoridade - inclusive à policial – poderes para determinar a condução coercitiva à sua presença, conforme dispõe o art. 260 do Código de Processo Penal.

Todos esses atos poderão ser frustrados com a exigência de prévia intimação do investigado, sob pena da prática de crime de abuso de poder, que poderá, uma vez sabedor do ato a ser realizado, empreender fuga ou dificultar sua localização para que seja efetuada a condução coercitiva que se seguirá.

O investigado, inequivocamente, tem direito ao silêncio quando necessário para não se incriminar. Mas esse direito não lhe assegura o de se recusar a comparecer à presença do Juiz ou do investigador, que deve ter a faculdade de conduzi-lo coercitivamente, quando necessário, para o esclarecimento dos fatos ou instrução processual, sob pena de frustração completa da verdade real consagrada pela legislação processual penal.³¹¹

É absolutamente indispensável que, de maneira fundamentada, seja permitida a condução coercitiva de investigados – que têm liberdade plena para silenciar ou mesmo falsear a verdade -, para que sejam imediatamente ouvidos. Com essa medida menos gravosa, atende-se ao interesse da sociedade, no que se refere à colheita de provas de maneira mais pura e mais próxima da verdade real, impedindo-se o prévio

309 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 484.

310 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 531.

311 Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 363.

falseamento de depoimentos com o objetivo vil de ludibriar o julgador, sem a necessidade de decretação da prisão temporária ou preventiva, providência que, em rigor, seria cabível para a garantia da colheita de provas sem interferências indevidas.

Faz-se necessário acrescentar a específica intenção de constranger indevidamente o conduzido no curso de investigação ou processo judicial, afastando-se, em definitivo, a possibilidade de criminalização do regular exercício da autoridade pública, fundamental para a garantia da liberdade e da democracia, sob pena de infração à separação dos poderes.

Nas palavras de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna juízes e promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos:

[...] para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.³¹²

É importante lembrar, também, que os remédios ordinários para corrigir decisões que determinam a condução coercitiva, quando dela se discorda, são os recursos e a ordem de *habeas corpus* – essa é a forma correta de reverter qualquer decisão equivocada, pois não se pode, a esse pretexto, substituir os meios ordinários com a criminalização de condutas em razão da simples discordância do mérito de decisões. A criminalização, consoante princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, é excepcional e tem lugar quando os demais ramos do Direito não satisfazem o interesse público.

312 BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, t. III, v. XXIII, p. 228.

Do prisma do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves, protegendo um *fragmento* dos interesses jurídicos. O Direito Penal constitui apenas um fragmento de um todo que é o ordenamento jurídico, devendo ocupar-se apenas dos conflitos sociais mais graves. Cada ramo do Direito deve ocupar-se da matéria que lhe é afeta. Se o Direito Penal se agigantar, invadirá a esfera de outros ramos do Direito, rompendo com a fragmentariedade.

Na hipótese aventada, se acaso a criminalização substituir as formas ordinárias de impugnação das decisões de condução coercitiva (recursos e *habeas corpus*), o Direito Penal sobrepujará o Direito Processual Penal, em flagrante violação do princípio da fragmentariedade.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³¹³ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Por fim, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³¹⁴ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando

313 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

314 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³¹⁵

Desse ponto de vista, outro ramo do Direito já previne, ad-equadamente, as decisões ilegais que determinam conduções coercitivas - o Direito Processual Penal, com seus recursos e ordem de *habeas corpus*.

O Direito Penal é também chamado de *ultima ratio* – significa a última solução que o Estado possui. Se toda infringência a uma norma jurídica fosse tipificada, o Direito Penal seria muito presente; e o Estado, totalitário. Por isso, o Direito Penal não pode agigantar-se, tornar-se a *prima ratio*. Trata-se de um princípio que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador, evitando a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas. Novamente, outro ramo do Direito já corrige, de modo satisfatório, as decisões ilegais que determinam conduções coercitivas - o Direito Processual Penal, seus recursos e a ordem de *habeas corpus*.

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 10, que observe os princípios constitucionais da legalidade - e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima - e da separação dos poderes, evitando-se indesejada inconstitucionalidade; afaste-se da nociva criminalização da hermenêutica; e preserve a capacidade investigatória do Estado, essencial para o esclarecimento de graves violações de direitos; nos seguintes termos:

315 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

Art. 10. Decretar, sem justificativa, a condução coercitiva manifestamente descabida de testemunha ou investigado, com o propósito de constranger indevidamente o conduzido:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Grifou-se)

Art. 11. Executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ou de condenado ou internado fugitivo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O tipo tem alguma similaridade com o disposto no art. 4º, alínea *a*, da Lei n. 4.898/1965.

A redação original da proposta do Senador Renan Calheiros não contemplava esse dispositivo. O tipo que se aproximava do atual art. 11 era esculpido no art. 9º:

Ordenar ou executar captura, detenção ou prisão fora das hipóteses legais ou sem suas formalidades:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único – Incorre nas mesmas penas quem:

I – recolhe ilegalmente alguém a carceragem policial, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II – deixa de conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança, quando assim admitir a lei e estiverem inequivocamente presentes seus requisitos;

III – efetua ou cumpre diligência policial autorizada judicialmente, em desacordo com esta ou com as formalidades legais.

Não obstante, o dispositivo constou do primeiro relatório oferecido pelo Senador Roberto Requião, com a seguinte redação:

Executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ou de condenado ou internado fugitivo.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.³¹⁶

Essa é, exatamente, a redação atual do tipo em análise. Não há, no Relatório apontado, nenhuma indicação da origem da redação do crime mencionado.

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

Trata-se de tipo penal, inócuo, que confunde autoridade pública, apta a abusar do poder, e agente público, mero executor de ordens.

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.³¹⁷ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é

316 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

317 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”.

A autoridade – esta, sim –, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do Juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

Nesse sentido, vale ressaltar a Emenda n. 29-CCJ, do Senador Romero Jucá, que, dentre outros aspectos, propunha a alteração do art. 1º para inserir um parágrafo segundo no dispositivo, nos seguintes termos: “§ 2º Se o fato é praticado no estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, *só é punível o autor da ordem*” (grifou-se). Conquanto com terminologia distinta, trata-se, à evidência, da incorporação da diferenciação feita por Hely Lopes Meirelles entre autoridade pública e agente público.

A falta de técnica leva ao ponto de se indicar, no próprio *caput*, que o tipo objetivo é, dentre outros, “executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa sem ordem escrita de autoridade judiciária”. O próprio tipo assume que incrimina apenas o executor que pratica o fato sem ordem da autoridade judiciária, diferenciando executor da autoridade.

Certamente esse dispositivo está fadado à inaplicabilidade, pois no mais das vezes o executor apenas cumpre a ordem de terceiro da qual não pode se esquivar e que constitui verdadeira autoridade, não abrangida pelo tipo. Assim, o policial militar que em obediência à ordem de seu superior hierárquico conduz alguém ao cárcere pressupondo a

licitude do comando - todo ato de servidor público goza da presunção de legalidade - não será punido pelo tipo, ou porque agiu em estrita obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal), ou porque o fez em estrito cumprimento do dever legal (de obedecer a ordem, sob pena de prevaricação - art. 23, inc. III, do Código Penal); ou pela conjugação das duas hipóteses anteriores. E tampouco o tipo contempla o autor da ordem, verdadeira autoridade, já que fala em *executar*.

A única perspectiva de incidência do crime será na hipótese em que a autoridade, autor da ordem, é também o executor dela.

Naquilo atinente à medida de busca e apreensão, a situação é ainda mais infeliz, pois já há previsão expressa de crime no art. 22, *caput* e § 1º, do Projeto. A redação do art. 22, muito mais abrangente, abarcará todas as hipóteses de abuso de poder no cumprimento de mandado de busca e apreensão, à exaustão. Assim, nesse especial aspecto da medida cautelar, o art. 11 não se presta, sequer, a tipo subsidiário ou de reserva.

Os defeitos do artigo em análise são, pelos motivos expostos, irreparáveis. Assim, não resta outra alternativa exceto a de sugerir a exclusão do dispositivo.

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;

IV - prolonga a execução de pena privativa de

liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

O delito previsto no *caput* guarda uma distante similitude com o art. 4º, alínea *c*, da Lei n. 4.898/1965. O inc. I do parágrafo único do artigo, que praticamente repete o conteúdo do *caput*, também lembra o art. 4º, alínea *c*, dessa Lei. O inc. IV do dispositivo do Projeto tem alguma semelhança com o art. 4º, alínea *i*, da norma em vigor.

As inovações mais significativas estão nos incs. II e III do parágrafo único do artigo em estudo, tornando as condutas ali indicadas – antes meras irregularidades formais – crimes de abuso de poder.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, o conteúdo do atual art. 12 constava do art. 10, com a seguinte redação:

Deixar de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único – Incorre nas mesmas penas quem:

I – deixa de comunicar imediatamente a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II – deixa de comunicar imediatamente a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra, à sua família ou à pessoa por ele indicada;

III – deixa de entregar ao preso, dentro em 24h (vinte e quatro horas), a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas;

IV – prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária ou preventiva,

ou de medida de segurança, deixando de executar, no próprio dia em que expedido o respectivo alvará ou esgotado o prazo judicial ou legal, a soltura do preso;

V – deixa de relaxar prisão em flagrante formal ou materialmente ilegal que lhe tenha sido comunicada;

VI – deixa de informar ao preso, no ato da prisão, seu direito de ter advogado, com ele falar pessoalmente, bem como o de ficar calado.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 17-PLEN, postulou a substituição, no inc. IV do parágrafo único do art. 12 do Projeto, da expressão *sem motivo justo e excepcionalíssimo por injustificadamente*, ao argumento de que a “expressão ‘excepcionalíssimo’ é extremamente subjetiva e delega ao intérprete da lei a função de tentar definir os limites da expressão, o que pode acabar gerando discrepâncias na aplicação do dispositivo” e que, por isso, defendia “sua retirada do texto, especialmente porque a parte remanescente garante que deve haver a devida justificativa para o descumprimento da ordem judicial”. Como se pôde verificar, a sugestão não foi acolhida pelo Relator.

O art. 306 do Código de Processo Penal estabelece que a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade judiciária, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

A criminalização da ausência de comunicação da prisão à autoridade judiciária competente (*caput*) pode causar alguns problemas, sobretudo naquilo respeitante à prisão em flagrante, pois, como já bem ressalta a doutrina, a prisão em flagrante é um dever de toda autoridade policial e uma faculdade de qualquer pessoa do povo. Além disso, trata-se de modalidade de prisão que dispensa prévia ordem escrita, conquanto exija sua formalização no auto de prisão (arts. 304 e seguintes do Código de Processo Penal).

A prisão flagrancial feita por autoridade não gera discussões mais aprofundadas, porém, se o flagrante é realizado por qualquer do povo, torna-se impossível punir quem o fez por crime do poder que não detém. Além disso, é totalmente justificável que pessoa não versada em

leis desconheça completamente qual é a *autoridade judiciária competente* ou o *prazo legal* para a comunicação da prisão. Convém lembrar que qualquer do povo inclui, também, aqueles analfabetos, por exemplo.

O tipo penal em questão, novamente, confunde autoridade pública, apta a abusar do poder, e agente público, mero executor de ordens.

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.³¹⁸ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”.

A autoridade – esta, sim –, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do Juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

Nesse sentido, vale ressaltar a Emenda n. 29-CCJ do Senador Romero Jucá que, dentre outros aspectos, propunha a alteração do art. 1º para inserir um parágrafo segundo no dispositivo, nos seguintes termos: “§ 2º Se o fato é praticado no estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem” (grifou-se). Conquanto com terminologia distinta, trata-se, à evidência, da incorporação da diferenciação feita por Hely Lopes Meirelles entre autoridade pública e agente público.

318 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

Conclui-se, pois, que o dispositivo somente tem aplicação quando a prisão é efetuada por autoridade pública, em razão de duplo motivo: só esta detém poder de que pode abusar, e o conhecimento técnico da autoridade a ser comunicada e do respectivo prazo legal. Convém, para evitar injustas acusações, indicar essa circunstância, com clareza, no *caput* do artigo, como uma de suas elementares, para adequar o tipo à importante diferenciação entre autoridade – passível de punição por abuso – e mero executor da ordem.

Outra questão de relevada importância contemporânea, já ressaltada por Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas,³¹⁹ diz respeito à custódia precária, com moderada restrição de liberdade, que se constitui da guarda, vigilância ou observação do cidadão, com o fim de identificá-lo, de evitar a prática de crime ou de obstar atual ou iminente perturbação da ordem pública e paz social, mas que não se confunde com a prisão. Não se pode, hipocritamente, ignorar os episódios mencionados.

É o caso daqueles que se apresentam emocionalmente descontrolados ou perturbados; dos que colocam em risco a vida ou a integridade física própria ou de terceiro; dos ébrios total ou parcialmente inconscientes; das brigas generalizadas e multitudinárias envolvendo supostas disputas futebolísticas; dos conflitos armados entre quadrilhas rivais; da verdadeira demência de cidadãos que se aproveitam de manifestações populares legítimas para destruir patrimônio, perturbar a ordem, difundir o medo e aterrorizar a população; das desobediências coletivas que impedem as pessoas desenvolverem sua rotina normalmente; de pseudoprotestos que se restringem ao fechamento das principais vias urbanas, muitas vezes com emprego de violência e fogo, e que comprometem a liberdade de locomoção dos demais e impedem até mesmo o exercício do direito ao trabalho; dos que utilizam o anonimato (máscaras, lenços etc.) para transgredir impunemente; entre tantos outros.

Sabe-se que o aumento do êxodo rural e o acelerado crescimento vegetativo transformaram diversos municípios em grandes aglomerados populacionais e, por consequência, surgiram novos e complexos problemas nas mais variadas searas. Também a segurança e paz

319 FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*, p. 65 e ss.

públicas e individuais, a liberdade, a vida e a integridade física enfrentam, nos dias atuais, novos riscos que o Estado tem o dever de arrostar.

A ação policial, sobretudo preventiva, passou a ser cada vez mais exigida ante o espantoso aumento do número de ocorrências, proporcional ao crescimento populacional nos grandes centros e aos novos métodos empregados no cometimento de infrações e violações de direitos. Ao mesmo tempo, as deficiências de infraestrutura (material e humana), das forças policiais, são públicas e notórias – há Estados onde nem sequer o salário é honrado na data legal.

É evidente que o ideal seria o aparelhamento do Estado – das polícias e de outros equipamentos –, com a criação de órgãos das mais variadas disciplinas destinados a atender a essas situações; implantação de equipes multidisciplinares dentro das próprias Delegacias de Polícia; modernização do sistema carcerário; fortalecimento dos sistemas de educação e saúde; efetivo implemento do direito à moradia; garantia de efetivo acesso à cultura, ao esporte e ao lazer; diminuição do desemprego; viabilização da obtenção de bens de consumo; entre outras diversas providências. Não obstante o fato triste, mas inegável, é que o País atravessa, há anos, a maior crise econômica de sua história, sem perspectiva alguma de retomada significativa de um crescimento que possibilite os expressivos investimentos apontados – e que apenas apresentarão resultados a longo prazo, quando e se implementados. É passado o momento de superar oratórias românticas ou redentoristas, que só encontram refúgio nos insensíveis formulários ou discursos, e de pôr os pés no chão: essas providências não serão satisfatoriamente adotadas em curto ou médio prazo.

O problema é de solução bastante difícil, e a Administração Pública não possui meios para, sempre, salvaguardar todos interesses sociais básicos e, de maneira simultânea, assegurar irrestritamente os direitos dos cidadãos. Ao mesmo tempo, é inadmissível que isso sirva de escusa para a prática de abusos. Nessas circunstâncias, qualquer decisão ou opção do administrador não atenderá simultânea, ampla e irrestritamente os interesses públicos e privados. Ao contrário, é um processo deliberativo real em que nenhuma das alternativas pode ser considerada *ótima*, como propõem os românticos juristas. Esse idealismo, muito elogiável e comum a todos de boa-fé, tem perfeito lugar nos textos,

roteiros cinematográficos e discursos populistas. Mas é, em muitos casos, infelizmente, impraticável e inalcançável no mundo real.

A solução que atende as necessidades imprescindíveis, minimamente e muito aquém do obrigatório, é o equilíbrio entre o uso do poder do Estado para impedir os episódios de delinquência e violência urbanas apontados, e a contenção dos abusos, para conciliar o interesse social e o particular.

Aristóteles apregoava que “O mal menor, em relação a um mal maior, está situado na categoria de bem. Pois um mal menor é preferível a um mal maior. E aquilo que é preferível sempre é um bem, e quanto o mais preferível este seja maior bem é.”³²⁰ Santo Tomás de Aquino, por sua vez, dizia que a prerrogativa do princípio do mal menor era a de que, entre dois males inevitáveis, é preciso escolher o menor. Na concepção do filósofo e teólogo, a escolha do mal menor é lícita somente quando não existe nenhuma outra alternativa possível, e os males em questão são inevitáveis. É lícito, então, escolher entre eles o mal menor.³²¹

Em breve síntese, no princípio do mal, utilizado em um contexto no qual consequências previstas – indesejáveis, mas inevitáveis – são sopesadas as exigências éticas (como a vinculação ao elevado interesse público), a existência de valores morais absolutos (como a preservação da vida) e o ordenamento jurídico, para permitir o ato que cause a consequência menos prejudicial ou negativa, preservando-se mais o direito natural do que o humano. Não se trata de praticar um ato indevido para atingir uma finalidade lícita, pois os fins não justificam os meios, e não é legítimo fazer o mal para alcançar o bem. Além disso, o princípio do mal menor apenas encontra respaldo se não houver possibilidade de deixar de agir e se todas as opções apresentadas forem ruins.

Passa-se, neste ponto, da teoria ao caso em análise.

A Administração Pública não possui meios para, sempre, salvaguardar todos os interesses sociais e, ao mesmo tempo, assegurar irrestritamente os direitos dos cidadãos; o que não escusa a prática de abusos. As decisões do administrador, resultado de um processo

320 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008. v. 3, p. 21.

321 TOMÁS DE AQUINO. *Santo Suma teológica* - parte 3, q. 64, art. 5. São Paulo: Loyola, 2003. p. 127.

deliberativo real no qual nenhuma opção é *ótima* (ideal – resultado inatingível), como se sabe, não atenderão simultânea e totalmente os interesses públicos e privados. Aplica-se o princípio do mal menor, optando-se pelo ato que causa consequências menos negativas, até que sobrevenha as imprescindíveis mudanças no aparelhamento do Estado e que tornem desnecessária sua aplicação.

O exemplo é simples e corriqueiro, mas esclarecedor: as chamadas *grandes batidas policiais* – têm o mérito de prender inúmeros foragidos da Justiça, mas também podem resultar na indesejada custódia precária, com moderada restrição de liberdade, de pessoas que não portavam documentos de qualificação até o esclarecimento de sua identidade. Confrontam-se, aqui, de um lado, a prisão de criminosos, o cumprimento de ordens judiciais e a efetivação da justiça; e, de outro, a embaraçosa, mas breve, retenção de pessoa inocente. Vê-se que, sopesados os bens jurídicos envolvidos, os interesses público e particular, o menor prejuízo está na realização dessas operações, que obedecem ao princípio do mal menor – na medida em que a solução ideal é impossível, toma-se o caminho com consequências menos negativas.

Em todos os casos, identificado o agente com a máxima brevidade possível, ou cessado o comportamento inadequado ou perigoso, o custodiado deve ser imediatamente liberado.

Entendimento em sentido diverso fomentaria uma força pública omissa, sob pena de ser punida por todo e qualquer mínimo excesso e, desse modo, imprestável aos fins a que se destina, isto é, a garantia do bem comum, da segurança, da paz social, da prevenção e punição de infrações penais e do esclarecimento de delitos. Seria a impossibilidade real do exercício de certos poderes, sob pena de criminalização pessoal das autoridades.

Entretanto, o ideal inquestionável é que o Estado promova, dentre inúmeras outras providências, o aparelhamento dos órgãos e instituições do sistema de justiça que, com condições humanas e materiais, deve agir de acordo com padrões e técnicas modernas, com inteligência e de forma preventiva, de preferência.

Uma das formas de consignar, em parte, o princípio do mal menor é justamente indicando, como elementar do tipo penal, o dolo específico ou elemento subjetivo do injusto, acrescentando-o no *caput*

e no parágrafo único do artigo a específica intenção de constranger indevidamente o preso. Assim, afastar-se-ia, definitivamente, a possibilidade de criminalização do regular exercício da autoridade pública, fundamental para a garantia da liberdade e da democracia.

Além disso, nem todo descumprimento da lei é apto à caracterização do crime de abuso de autoridade – cite-se, por exemplo, o caso de medida provisória adotada sem os requisitos de *relevância e urgência* exigidos pelo art. 62 da Constituição Federal.

O termo *imediatamente*, aposto nos incs. I e II do parágrafo único, também é de extrema subjetividade, o que fere a taxatividade. Além disso, como salientado pelo Senador Aloysio Nunes, delega ao intérprete da lei a função de tentar definir os limites da expressão, o que pode gerar discrepâncias na aplicação do dispositivo. A melhor técnica legislativa recomenda a adoção de elementos objetivos e certos.

Pontes de Miranda já anotava essa especial dificuldade, ao dizer que, terminada a lavratura do auto de flagrante, deve a autoridade comunicar, ato contínuo, a prisão ao Juiz competente, remetendo-lhe, de imediato, o ofício. Em suas ponderações, o jurista afirma que, se está fechado o foro ou se o Juiz não é encontrado, não se dispensa a comunicação imediata, pois o portador tem de mencionar essas circunstâncias, correndo por culpa sua a negligência na entrega.³²²

Aqui, Pontes de Miranda já previa a possibilidade de criminalização da conduta de mero *portador de ofício* que não faça mencionar certas circunstâncias. Evidente que o contínuo - portador de ofício - não é autoridade e, portanto, nessa condição, não pode abusar do poder que não detém.

Pelos motivos expostos, é importante substituir a duvidosa expressão *imediatamente* por *no prazo legal*, apondo-a logo no enunciado do parágrafo único para que oriente todos os incisos. Com isso, também se suprime a mesma expressão, aposta no inc. IV do parágrafo único.

No inc. II do parágrafo único, que trata da conduta da autoridade que “deixa de comunicar a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada”, convém salientar que nem sempre isso é possível. Obviamente, a comunicação

322 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, t. V, v. IV, p. 225.

depende da indicação pelo preso e da localização da pessoa a ser comunicada.

Do contrário, bastaria ao preso guardar silêncio – seu direito constitucional. Seria, assim, muito difícil comunicar seus familiares e não teria ele indicado nenhuma pessoa. Posteriormente, se acaso o preso arguisse que informara os dados necessários, a autoridade estaria sujeita a acusação injusta. Ainda que ao final seja reconhecida sua evidente inocência, o processo criminal implica conhecidos transtornos que, nesse caso, seriam utilizados pela pessoa devidamente presa como forma de achar aquele que, cumprindo dever funcional, encarcerou-a.

Para evitar essa situação, basta apor, na parte final do inc. II do parágrafo único, a expressão *quando possível*.

O inc. III encerra a criminalização de mera irregularidade formal. Por esse motivo, fere o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.³²³ Consoante essa Declaração, o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Ademais, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³²⁴

323 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.-). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

324 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³²⁵

O Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade. A criminalização de mera irregularidade formal, de inobservância de prazo para entrega da nota de culpa, não pode converter-se em crime de abuso de poder.

Naquilo atinente ao inc. IV do parágrafo único, cabe ainda observação feita pelo Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 17-PLEN, na qual o Parlamentar postulou que se substituísse a expressão *sem motivo justo e excepcionalíssimo* por *injustificadamente*, ao argumento de que a “expressão ‘excepcionalíssimo’ é extremamente subjetiva e delega ao intérprete da lei a função de tentar definir os limites da expressão, o que pode acabar gerando discrepâncias na aplicação do dispositivo” e que, por isso, defendia “sua retirada do texto, especialmente porque a parte remanescente garante que deve haver a devida justificativa para o descumprimento da ordem judicial”.

Assiste total razão ao Senador, pois, a permanecer a expressão, corre-se o risco de inconstitucionalidade por infração da

325 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

taxatividade. Entretanto, a observação é de tal relevância que a expressão *injustificadamente* deve constar do enunciado do parágrafo único; e a sentença *sem motivo justo e excepcionalíssimo*, removida do inc. IV do mesmo parágrafo.

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 12, que observe os princípios constitucionais da legalidade - e conseqüente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima - e da separação dos poderes, evitando-se a indesejada inconstitucionalidade; observe a diferença entre autoridade pública e agente público executor da ordem; e preserve a capacidade investigatória do Estado, essencial para o esclarecimento de graves violações de direitos; nos seguintes termos:

Art. 12. Deixar a autoridade, injustificadamente e no prazo legal, de comunicar prisão em flagrante ao juiz competente, com o fim de constranger indevidamente o preso:

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade que, no prazo legal e injustificadamente, com o fim de constranger indevidamente o preso:

I - deixa de comunicar a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada, *quando possível*;

III – *suprimido*;

IV - *deixa de executar o alvará de soltura após recebido, ou de promover a soltura do preso, prolongando a execução da pena privativa de liberdade, da prisão temporária, da prisão preventiva, da medida de segurança ou da internação.* (Ver art. 350 do Código Penal.)
(Grifou-se)

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução

de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III – produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

A proposta original do Senador Renan Calheiros contemplava o conteúdo em análise no art. 11:

Constranger o preso ou detento, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe ter reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a:

I – exhibir-se, ou ter seu corpo ou parte dele exibido, à curiosidade pública;

II – submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III – produzir prova contra si mesmo, ou contra terceiro, fora dos casos de tortura.

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

O conteúdo do dispositivo equivale, em certa medida, ao art. 4º, alínea b, da Lei n. 4.898/1965.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 09-PLEN, propôs a supressão do inc. III do art. 13 do Projeto, mediante a seguinte justificativa:

[...] a hipótese do crime de abuso de autoridade, na obtenção de prova decorrente da confissão ou delação de preso, ainda que faça a ressalva de que o tipo penal decorre do constrangimento derivado da ameaça, violência, ou redução

de sua capacidade de resistência, vulnera, sobremodo, tanto a confissão, como o acordo de delação premiada, daquele que estiver preso. O inciso III, “produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro”, em relação aos presos e detentos, terá como efeito a inibição dos acordos de delação premiada nestas circunstâncias, pois sempre se poderá alegar que foram celebrados em razão “da redução de sua capacidade de resistência” em razão da privação da liberdade. Este argumento poderá, inclusive, ser oposto pelo terceiro afetado. É medida nefasta para o importante instrumento da “delação premiada”. Por tais razões, objetivando contribuir com o aperfeiçoamento do projeto preservando a sensível cláusula constitucional da separação e equilíbrio entre os Poderes, em um momento de evidente tensão institucional, apresento a presente emenda, esperando contar com o apoio de meus pares. (Grifou-se)

Como se pôde verificar, a emenda não foi acolhida.

Na Emenda n. 37-CCJ, o Senador Ricardo Ferraço também requereu a retirada da expressão *ou redução de sua capacidade de resistência* da redação do art. 13, *caput*, do Projeto. Para tanto, justificou: [...] o substitutivo ao incluir no seu artigo 13, a hipótese do crime de abuso de autoridade, na obtenção de prova decorrente da confissão ou delação de preso, ainda que faça a ressalva de que o tipo penal decorre do constrangimento derivado da ameaça, violência, ou redução de sua capacidade de resistência, *vulnera, sobremodo, tanto a confissão, como o acordo de delação premiada, daquele que estiver preso*. O inciso III, “produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro”, em relação aos

presos e detentos, terá como efeito a inibição dos acordos de delação premiada nestas circunstâncias, pois sempre se poderá alegar que foram celebrados em razão “da redução de sua capacidade de resistência” pela privação da liberdade. Este argumento poderá, inclusive, ser oposto pelo terceiro afetado. É medida nefasta para o importante instrumento da “delação premiada”. Assim, a presente emenda, ao retirar a expressão “ou redução de sua capacidade de resistência”, ao lado de preserva a ideia central da proposta do substitutivo, elimina qualquer possível questionamento sobre a legalidade dos acordos de delação premiada celebrado por réu ou indiciado preso. Por tais razões, objetivando contribuir com o aperfeiçoamento do projeto preservando a sensível cláusula constitucional da separação e equilíbrio entre os Poderes, em um momento de evidente tensão institucional, apresento a presente emenda, esperando contar com o apoio de meus pares. (Grifou-se)

Essa emenda também não foi acolhida.

Por fim, ainda o Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 46-CCJ, propôs nova redação para o art. 13 do Projeto, para que não pairasse dúvida quanto à possibilidade de acordo de delação premiada, nos seguintes termos:

Constranger o preso ou detento, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe ter reduzido, por qualquer meio ilícito, a capacidade de resistência, a:

I – Exibir-se, ou ter seu corpo ou parte dele exibido, à curiosidade pública;

II – Submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III – produzir prova contra si mesmo, ou contra terceiro, fora dos casos de tortura.

O Senador assim justificou:

[...] a proteção do preso contra os abusos de autoridade, *não podem inibir a possibilidade da celebração de acordos de delação premiada, importante instituto previsto na Lei nº 12.850, de 2013.*

Acontece, que a redação do dispositivo ora emendado, pode ensejar o entendimento da *impossibilidade de tais acordos com aquele que estiver preso, pois é óbvia a redução da resistência do homem mediano em situação de cárcere.* (Grifou-se)

Essa emenda, igualmente, não foi acolhida.

No entanto, assiste razão ao Senador Ricardo Ferraço. O dispositivo, da forma como redigido, vulnera, expressivamente, a confissão e a colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, daquele que estiver preso. O inc. III dessa Lei menciona amplamente presos e detentos que venham a “produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro”, e importará no cerceamento dos acordos de colaboração, pois até mesmo terceiros identificados como coautores ou partícipes poderão aduzir que tais acordos foram celebrados em face *da redução de sua capacidade de resistência* gerada somente pela privação da liberdade - é evidente a redução da capacidade de resistência do homem médio privado de liberdade. Com maior razão ainda, se o preso estiver algemado, instrumento tipicamente utilizado para reduzir a capacidade de resistência do encarcerado e impedir sua fuga, reação, agressão ou desobediência.

As circunstâncias apontadas tornam o dispositivo castrador do importante instrumento da colaboração e redundam na criminalização do regular exercício das funções do sistema de justiça, o que implica a inobservância do princípio da separação dos poderes. E a proteção do preso contra os abusos de poder, justa e devida, pode coexistir com a celebração de acordos de colaboração, sem inibi-los.

É, assim, realmente preciso adequar o dispositivo para afastar possíveis e prováveis questionamentos da legalidade dos acordos de colaboração celebrados com pessoa presa ou indiciada.

A solução é singela. Basta apor, no *caput* do artigo, um complemento do adjunto adverbial *indevidamente* seguido de *depois de havê-lo reduzido à impossibilidade de resistência*. A prisão, por si só, constitui um constrangimento, mas não é indevido.

A redução da capacidade de resistência deve ser completa e não meramente parcial ou singela, nos termos exatos que se exige para a tipificação do crime de roubo (art. 157, *caput*, parte final), isto é, “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à *impossibilidade* de resistência.” (grifou-se). Do contrário, qualquer ato acanhado da autoridade será interpretado como algum grau, ainda que mínimo, de redução da capacidade de resistência, apto a caracterizar a infração.

Dessa maneira, abarca-se outras hipóteses expostas pela atual redação do dispositivo, como o reconhecimento pessoal, a participação em reconstituições ou em acareações, a perfeita qualificação e a audiência de conciliação do art. 520 do Código de Processo Penal, entre outros.

Para ilustrar, cite-se o seguinte exemplo. Se constranger o preso ou o detento, mediante redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo é crime de abuso de poder, a autoridade policial ou judicial terá muita dificuldade para realizar o reconhecimento pessoal do encarcerado - o que exige colaboração da pessoa a ser eventualmente reconhecida e que, estando presa, naturalmente tem reduzida sua capacidade de resistência - imprescindível em crimes de estupro, latrocínio, sequestro, roubo, tortura, entre tantos outros. Excetuada a hipótese de participação consentida, nos demais casos o preso ou detido dirá que foi constrangido a se submeter ao reconhecimento.

Com esse expediente, anulará o reconhecimento feito e iniciará processo de grave crime de abuso de poder contra as autoridades envolvidas na realização do ato.

Será o fim do esclarecimento da autoria criminosa na imensa maioria dos delitos. Essa castração impede o regular exercício das funções do sistema de justiça e, portanto, encerra violação do princípio da separação dos poderes.

Portanto, é imprescindível apor o adjunto adverbial *indevidamente*, no *caput* do art. 13, sob pena de inconstitucionalidade.

Também a ausência de indicação do elemento subjetivo do injusto (dolo específico) no artigo em análise ainda transmite a ideia de que, em algumas hipóteses, a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas possa configurar crime de abuso de poder. Para afastar qualquer possibilidade da nefasta criminalização da hermenêutica, deve-se deixar, com firmeza e clareza, margem para que o operador do direito com autoridade interprete a lei, avalie fatos e valora a prova produzida.

Paratanto, é fundamental acrescentar, no *caput* do dispositivo, a específica intenção de constranger indevidamente o ofendido no curso de investigação ou processo judicial, afastando-se, definitivamente, a possibilidade de criminalização do regular exercício da autoridade pública, fundamental para a garantia da liberdade e da democracia.

E há mais. O art. 1º, inc. I, alínea *a*, da Lei n. 9.455/1997, pune por crime de tortura aquele que “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”. Dessa maneira, a conduta prevista no inc. III do art. 13 do Projeto de Lei caracterizará crime de tortura, caso se exponha a vítima a sofrimento físico ou mental.

Será muito difícil haver constrangimento penalmente relevante, nessa hipótese, sem sofrimento físico ou mental. Desse modo, a conduta descrita no art. 13, inc. III, já está, em parte, agasalhada pelo art. 1º, item I, alínea *a*, da Lei n. 9.455/1997, qual seja, infração análoga aos crimes hediondos, imprescritível e insuscetível de anistia, graça ou indulto.

A lei de prevenção e punição da tortura não abrange os atos legais de constrangimento do preso, como o próprio encarceramento, sua presença perante a autoridade policial ou judicial, o reconhecimento pessoal, o comparecimento em acareações, a celebração de acordos de colaboração premiada, entre outros atos lícitos. Nem todo constrangimento é indevido, como o próprio ato regular de encarceramento, a cobrança de uma dívida ou tributo, a obrigatoriedade do voto, a submissão a tratamentos médicos imprescindíveis sem conviência do paciente, a internação determinada por ordem judicial, entre inúmeros outros. E nem todo constrangimento indevido é crime, como a cobrança de valor

já quitado, o assédio sexual não laboral (assédio entre professor e aluno, por exemplo), as referências jocosas a determinada opção sexual, entre diversas hipóteses.

Na mesma linha de constrangimentos justificáveis, respeitados os limites estabelecidos pela lei, devem ser inseridos o reconhecimento pessoal, o dever de comparecimento, a obrigatoriedade de se identificar corretamente e a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada com aquele que está detido ou preso.

Assim, a melhor solução é a exclusão do inc. III do art. 13.

Por todos os motivos expostos, sugere-se uma nova redação ao art. 13, que observe o princípio constitucional da separação dos poderes, evitando-se a indesejada inconstitucionalidade; preserve a capacidade investigatória do Estado, essencial para o esclarecimento de graves violações de direitos; não impeça a realização de acordos de colaboração premiada com presos, na forma da Lei n. 12.850/2013; e contemple o disposto no art. 1º, inc. I, alínea *a*, da Lei n. 9.455/97; nos seguintes termos:

Art. 13. Constranger indevidamente o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou depois de havê-lo reduzido ilegalmente à impossibilidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III – *suprimido.*

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência. (Grifou-se)

Art. 14. Fotografar ou filmar, permitir que fotografem ou filmem, divulgar ou publicar fotografia ou filmagem de preso, internado, investigado, indiciado ou vítima, sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal, com o intuito

de expor a pessoa a vexame ou execração pública:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não haverá crime se o intuito da fotografia ou filmagem for o de produzir prova em investigação criminal ou processo penal ou o de documentar as condições de estabelecimento penal.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, o conteúdo do dispositivo era contemplado no art. 12, com a seguinte redação:

Ofender a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoa indiciada em inquérito policial, autuada em flagrante delito, presa provisória ou preventivamente, seja ela acusada, vítima ou testemunha de infração penal, constringendo-a a participar de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social ou serem fotografadas ou filmadas com essa finalidade.

Pena – detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

O referido dispositivo viola os direitos constitucionais à liberdade de imprensa e de informação, previstos no art. 5º, incs. IX e XIV, da Constituição Federal:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Ressalta-se que a liberdade de imprensa só pode ser objeto de restrição na vigência do estado de sítio, consoante previsto no art. 139, inc. III, da Constituição Federal.

A imprensa livre é uma condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam a liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação.

O item X da Declaração de Chapultepec, de 1994,³²⁶ dispõe que “nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público” e, ainda, estabelece que “o exercício da liberdade de expressão e de imprensa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo” (item I); e que “toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos” (item II). O documento também determina que “as autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público” (item III).

Como se sabe, a liberdade de imprensa é um dos oxigênios da democracia que, no sentido político do termo, só cumpre o seu pleno significado com a completa realização de direitos civis, que devem ser observados - dentre eles, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa e dos meios de comunicação. Um Estado que não respeita os direitos civis, por mais que procure travestir seus atos como legais, em verdade caracteriza uma ditadura implícita ou iminente.

A imprensa tem desempenhado relevante e decisivo papel na defesa e propagação da democracia, inclusive na oposição ao abuso do poder. Os meios de comunicação, independentes e responsáveis, informam e auxiliam na formação da opinião pública. Sem eles, o conhecimento das

326 *A Declaração de Chapultepec sobre a liberdade de expressão e de imprensa*, redigida por especialistas a pedido da Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), foi assinada pelos então Presidentes Fernando Henrique Cardoso, em 1996, e Luiz Inácio Lula da Silva, em 2006. (Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-de-chapultepec-1994.html>>. Acesso em: 30 jun. 2018).

ações dos homens públicos ficaria limitada, os desmandos prevaleceriam livremente. Toda forma de censura equivale a um retrocesso democrático e social.

Criminalizar o direito à informação e a liberdade de imprensa, ainda que ao argumento da preservação da intimidade do preso, não se afigura ser o caminho democrático. Ao contrário, é importante que a população saiba quem é alvo de suspeitas da prática de crimes.

Apenas isso já é suficiente para suprimir, totalmente, o artigo. Entretanto, há outros aspectos, de ordem prática, que recomendam a exclusão do crime em estudo.

Ademais, os problemas gerados pela eventual aprovação do texto são inúmeros e diagnosticáveis com simplicidade. Vejam-se apenas alguns deles.

O texto atualmente tipifica, entre outras, a conduta daquele que fotografar ou filmar, permitir que fotografem ou filmem, divulgar ou publicar fotografia ou filmagem de preso, internado, investigado, indiciado ou vítima, *sem seu consentimento*. Como será auferido, com objetividade e segurança, se o preso, internado, investigado, indiciado ou vítima consentiu? Será necessário elaborar um *termo* específico? Se o consentimento, dado pelo interessado, não for formalizado e, posteriormente, a aceitação for por ele negada, terá início um processo por abuso de poder?

O tipo também exige dolo específico - “com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública”. Como o preso, internado, investigado, indiciado ou vítima saberão, com segurança, a intenção do fotógrafo ou cinegrafista no momento do registro, para que possa aquiescer ou não? Se aquele que registra obtiver o consentimento mediante engodo que oculta suas reais intenções, a autorização poderá ser anulada para fins de caracterização da infração penal de abuso de poder?

O artigo também criminaliza aquele que permitir que fotografem ou filmem. Terá a autoridade policial e seus agentes, reconhecidamente asoberbados com invencível volume de serviço, como controlar eventuais fotografias ou filmagens de terceiros? Realizada uma operação policial ou efetuada uma prisão flagrancial na via pública, como obstar que passantes, moradores, frequentadores, e qualquer pessoa presente, fotografem ou filmem sem o consentimento exigido pelo tipo?

Terá a autoridade e seus agentes que se distanciar da realização do ato principal para impedir os registros feitos por terceiros?

Também se quer tornar típica a conduta daquele que divulgar ou publicar a fotografia ou filmagem. Como conciliar esse crime com o uso das redes sociais, em que imagens, vídeos, textos, opiniões, reportagens, dentre outros, são compartilhados livremente por milhões de pessoas, sem a certeza da origem?

O dispositivo não distingue o preso condenado definitivamente do provisório. Portanto, não se poderá divulgar imagens daquele que foi condenado definitivamente pela prática de crime, sem seu consentimento, em clara violação do direito à informação.

Após os exemplos, coloca-se uma questão nevrálgica: como proceder no caso da divulgação de retratos-falados ou imagens de criminosos foragidos da justiça, importantes ferramentas para a identificação ou localização de autores de delitos graves, com a expressa inclusão das elementares *investigado e indiciado*? É óbvio que os retratos ou imagens aludidas, ordinariamente, não foram elaborados ou obtidos com o *consentimento* do infrator. Se obstados esses procedimentos, a sociedade ficará desprovida de um dos mais efetivos meios de localização e identificação de perigosos criminosos, utilizada no mundo todo como importantes instrumentos do sistema de justiça.

E poderiam ser indicados muitos outros problemas gerados, que certamente resultaram em um tipo penal que, para além da inconstitucionalidade, é de extrema dificuldade de aplicação. Estas circunstâncias certamente resultarão no nefasto fenômeno popularmente conhecido como *lei que não pega*, que contribui para a falta de credibilidade no sistema de justiça e fomenta o sentimento de impunidade.

Ainda no *caput* do artigo, fica evidente uma questão técnica já tratada durante a análise de outros tipos penais: a incriminação, denominada abuso de poder, de quem nem sequer é servidor da Administração Pública. Sim, pois aquele que fotografa ou filma, e aquele que divulga, no mais das vezes, não é a autoridade pública. Ter-se-á, então, a punição de pessoa estranha aos quadros da Administração Pública, que não detém parcela de poder do Estado, punida por abuso da autoridade. O cenário é paradoxal e incompatível até mesmo com o disposto no art. 2º do Projeto de Lei em exame.

Por fim, o parágrafo único do dispositivo ressalva a fotografia ou filmagem produzida como prova em investigação criminal ou processo penal, ou para documentar as condições de estabelecimento penal. No entanto, não faz nenhuma referência à importante documentação das condições de outros estabelecimentos de privação de liberdade, como unidades de internação e semiliberdade de adolescentes, locais de tratamento psiquiátrico ou de drogadição, entre outros. Nos locais mencionados, não será permitido o registro para comprovação das condições a que estão submetidas as pessoas ali contidas, pois *inclusio unius alterius exclusio* (o que não foi incluído, é porque foi excluído), e, em matéria penal, não se admite a analogia *in malam partem*.

Pelas razões expostas, o dispositivo deve ser suprimido do Projeto em estudo, sobretudo em face da violação dos direitos constitucionais à liberdade de imprensa e de informação, previstos no art. 5º, incs. IX e XIV, da Constituição Federal; dos problemas empíricos gerados pela eventual aprovação do texto; da castração de ferramentas importantes de esclarecimento de crimes e respectiva autoria; pela sua contribuição para a falta de credibilidade no sistema de justiça; e pelo fomento do sentimento de impunidade.

Entretanto, caso esta não seja a opção legislativa, deve-se alterar o dispositivo para que não viole os direitos mencionados, quais sejam, os direitos constitucionais à liberdade de imprensa e de informação, previstos no art. 5º, incs. IX e XIV, da Constituição Federal; não cause problemas empíricos; não contribua para a falta de credibilidade no sistema de justiça; e não fomente o sentimento de impunidade.

A providência aludida, subsidiária e que fatalmente não arrostará as arguições, com razão, de inconstitucionalidade, exige algumas medidas. No *caput*, a anotação, com clareza e segurança, de que o crime apenas pode ser cometido por autoridade pública; a supressão dos verbos *permitir*, *divulgar* e *publicar*; e a substituição do trecho “sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal” por “mediante violência, grave ameaça ou redução indevida à incapacidade de resistência”; bem como a retirada das elementares *investigado* e *indiciado*. No parágrafo único, é preciso incluir na ressalva descriminalizadora todos os “estabelecimentos onde exista restrição de liberdade”; a “informação jornalística”; e a “expressão da atividade

intelectual, artística, científica e de comunicação”, asseguradas pela Constituição Federal.

A redução da capacidade de resistência deve ser completa, e não meramente parcial ou singela, exatamente como se exige para a tipificação do crime de roubo (art. 157, *caput*, parte final) – “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à *impossibilidade* de resistência.” (grifou-se). Do contrário, qualquer ato acanhado da autoridade será interpretado como algum grau, ainda que mínimo, de redução da capacidade de resistência, apto a caracterizar a infração.

Ante o exposto, sugere-se a exclusão do dispositivo, pelas razões já indicadas. Caso esta não seja a opção legislativa, deve-se alterar o dispositivo para que não viole os direitos constitucionais à liberdade de imprensa e de informação, previstos no art. 5º, incs. IX e XIV, da Constituição Federal; não cause problemas empíricos; não contribua para a falta de credibilidade no sistema de justiça; não castre ferramentas importantes de esclarecimento de crimes e respectiva autoria; e não fomente o sentimento de impunidade, nos seguintes termos:

Art. 14. *Fotografar ou filmar, a autoridade pública, mediante violência, grave ameaça ou redução indevida à incapacidade de resistência, preso, internado ou vítima, com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública:*

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não haverá crime se a fotografia ou filmagem *for destinada a produzir prova em investigação criminal ou processo penal, documentar as condições de estabelecimentos onde exista restrição de liberdade, ou expressar atividade de informação jornalística, intelectual, artística, científica e de comunicação.* (Grifou-se)

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função,

ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

A proposta original do Senador Renan Calheiros esculpia o conteúdo desse dispositivo no art. 13, nestes termos:

Art. 13 – Constranger alguém, sob ameaça de prisão, a depor sobre fatos que possam incriminá-lo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem constrange a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 18-PLEN, postulou a supressão do art. 15 do Projeto, mediante a seguinte justificativa:

[...] a questão em si, punível, por essa proposta, com pena de reclusão de até 4 anos, constitui, no máximo, falta funcional ou até mesmo ato de improbidade administrativa, a depender da circunstância. Não há sentido, sequer perigo social, que justifique sua criminalização.

O dispositivo prevê a criminalização de mera irregularidade processual penal, cujos efeitos já estão indicados, nos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal, como nulidades processuais.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³²⁷ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³²⁸ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³²⁹

327 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

328 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

329 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

Na hipótese em análise, o que se vê é a criminalização de mera irregularidade processual penal, cujos efeitos já estão previstos nos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal, como nulidades processuais. Assim, assiste razão ao Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 18-PLEN, quando aduz que a questão em si constitui, no máximo, falta funcional ou até mesmo ato de improbidade administrativa, a depender da circunstância. Não há sentido, sequer perigo social, que justifique sua criminalização. Em outros termos, há infração ao princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade.

Mas os problemas do artigo não se encerram na inconstitucionalidade apontada. O *caput* do artigo menciona aqueles que, em face de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo ou resguardar sigilo. Com isso, estabelece a extensão da criminalização - tutela os que têm compromisso profissional com o sigilo ou segredo de informações, mas devem prestar depoimentos sobre estes fatos. Limita-se, pois, ao depoimento daquele que deva guardar segredo ou resguardar sigilo.

Entretanto, o parágrafo único distancia-se totalmente dos limites estabelecidos pelo *caput* e veda a continuidade do interrogatório no caso de “pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio” ou que “tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono”. Não há nenhuma menção a depoimento, mas, sim, a interrogatório - atos totalmente distintos e regradados de maneiras específicas.

Enquanto o depoimento daquele que deva guardar segredo ou resguardar sigilo atinge somente as testemunhas ou, excepcionalissimamente, vítimas, o interrogatório alcança exclusivamente o suspeito, investigado, indiciado ou processado. O depoente tem dever de falar a verdade, ressalvado o direito de não autoincriminação. Em outras palavras, o interrogado tem direito ao silêncio, naquilo respeitante ao mérito dos fatos, e não presta compromisso algum de dizer a verdade. São situações completamente distintas.

Portanto, o parágrafo único contém disposições mais amplas do que o próprio *caput*, e delas diversas. Trata-se de técnica legislativa flagrantemente equivocada, que exigirá contorcionismos hermenêuticos para dar sentido às disposições do parágrafo único.

Ainda no *caput* do art. 15 do Projeto, o tipo indica a elementar *sob ameaça de prisão*, circunstância inexistente. Senão, veja-se.

Prisão, no magistério de Nelson Hungria, é a medida privativa de liberdade

[...] no sentido de captura ou apreensão de alguém, para o fim de ser recolhido ao cárcere ou internado em estabelecimento de segurança, seja em caráter provisório ou meramente coercitivo (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia ou condenação penal recorrível, prisão administrativa, prisão civil), seja em cumprimento de sentença penal transitada em julgado.

O jurista complementa essa ideia, para alertar que “é preciso não confundir a ilegalidade (substancial ou formal) da ordem de prisão com a injustiça da decisão de que decorre tal ordem (isto é, a decisão apoiada em errônea apreciação da prova)”.³³⁰

Trata-se, pois, da legítima (lícita) captura ou apreensão de alguém para ser encarcerado. Em outras palavras, é um constrangimento lícito da liberdade de ir e vir, nas hipóteses em que a lei autoriza a providência.

A ameaça é a promessa de causar um mal injusto e grave. Pode ter um fim em si mesma, como no crime de ameaça, ou pode ser realizada simplesmente para causar um abalo moral da vítima, como meio para a prática de um crime-fim - hipótese dos autos.

O mal prometido a que se alude deve ser injusto, ou seja, indevido, descabido, rechaçado pela ordem jurídica. Não basta a promessa de um mal qualquer, é preciso que não possa ser admitido pela ordem jurídica.

Esse mal prometido, objeto da ameaça, também deve ser grave, ou seja, deve envolver o anúncio de uma violação capaz de intimidar, a um bem jurídico de igual ou superior valor àquele que será infringido caso a vítima não ceda. A potencialidade intimidatória baseia-

330 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 512/513.

se no vulto (o quão grande é a promessa do agente) e na sua realização (possibilidade, aos olhos da vítima, de que a promessa se concretize).

A prisão de uma pessoa não constitui mal descabido, indevido, rechaçado pela ordem jurídica; ao contrário, preenchidos seus requisitos legais, é providência que se impõe. Além disso, uma eventual prisão ilegal padeceria de gravidade, na espécie de realização. Uma prisão injusta, que necessariamente deva ser comunicada à autoridade judiciária competente, é de extrema dificuldade de realização.

Assim, da perspectiva jurídica, não se pode *ameaçar alguém de prisão*. Primeiro, porque prisão é constrangimento lícito, aceito pela ordem jurídica; segundo, porque sua promessa não é mal injusto, mas legítimo; e terceiro, porque não tem potencialidade intimidatória, já que padece da possibilidade de realização ante a necessidade de comunicação da autoridade judicial.

Dessa maneira, é preciso substituir a expressão “ameaça de prisão”, por “mediante violência, grave ameaça ou redução indevida à incapacidade de resistência”.

Não bastasse, a criminalização ínsita no inc. I do parágrafo único viola os direitos constitucionais do livre exercício da acusação e da autodefesa, já que o investigado ou réu pode optar acerca de quais questionamentos irá responder. A criminalização constante do inc. II, por sua vez, obsta a realização do próprio ato do interrogatório, sujeitando sua consumação à vontade do interrogado, pois condiciona a continuidade do interrogatório à presença do advogado ou defensor público daquele que tenha optado por ser assistido. Portanto, se acaso o sujeito indicar um advogado que deseje ter como patrono, o interrogatório não poderá prosseguir até sua chegada, sob pena de crime de abuso de poder. Nesse caso, passa a ser ele – o interrogado ou réu –, o organizador da pauta.

Destaca-se, igualmente, que a disposição do parágrafo único não distingue o momento, processo ou procedimento em que é realizado o interrogatório. Inclui-se, evidentemente, aquele realizado na investigação criminal, exigindo a presença do defensor indicado, sob pena de crime de abuso de poder.

E não há falar-se em restrição à defesa, como ressalta Tourinho Filho, pois na investigação não há acusação ou defesa. “E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não

existe.”³³¹ O contraditório, na investigação, inexistente. Em outros termos, é diferido ou postergado. O próprio Texto Constitucional faz referência a *litigantes* e *acusados*, no art. 5º, inc. LV – “aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifou-se).

A mesma metodologia é adotada na Alemanha, Espanha e França, entre outros países.³³²

Não há acusado ou litigante na investigação, mas, sim, indiciado, suspeito ou investigado.

Criminalizar o interrogatório da forma como foi feito no tipo estudado não é punir o abuso de poder, mas, sim, o exercício regular da autoridade do Estado, especificamente do sistema de justiça. Essa intervenção criminalizadora do exercício regular da justiça e desempenho das atividades-fim das respectivas Instituições configura clara infração ao princípio da separação dos poderes.

Dessa maneira, o art. 15 do Projeto, especialmente o parágrafo único, ignora o caráter inquisitivo do inquérito policial, transformando-o, neste ponto, em procedimento contraditório, em descompasso até mesmo com o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Ante o exposto, sugere-se a exclusão do dispositivo, pelas razões já indicadas. Caso essa não seja a opção legislativa, deve-se alterar o dispositivo, nos seguintes termos:

Art. 15. Constranger a depor, mediante violência, grave ameaça ou redução indevida à incapacidade de resistência, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Grifou-se)

Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso quando de sua captura ou

331 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 212.

332 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 214/215.

quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função.

A proposta original do Senador Renan Calheiros expunha o conteúdo do dispositivo no art. 14:

Deixar de identificar-se ao preso, por ocasião de sua captura, ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão, ou identificar-se falsamente:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas quem:

I – como responsável pelo interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de se identificar ao preso;

II – atribui-se, sob as mesmas circunstâncias do inciso anterior, falsa identidade.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 19-PLEN, requereu a supressão do art. 16 do Projeto com base na seguinte argumentação:

[...] a questão em si, punível, por essa proposta, com pena de reclusão de até 4 anos, constitui, no máximo, falta funcional ou até mesmo ato de improbidade administrativa, a depender da circunstância. No que tange à falsa identificação, já há no Código penal crime para conduzir a questão à punibilidade adequada. Não há sentido, sequer perigo social, que justifique nova criminalização de tal conduta.

Como se pôde verificar, a emenda não foi acolhida pelo Relator. No entanto, assiste razão ao Senador Aloysio Nunes.

A liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³³³ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³³⁴ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

333 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5o. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

334 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caso de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³³⁵

A inobservância dos deveres previstos na redação deste artigo não gera ofensa a bem jurídico penalmente tutelado, como bem salientado pelo Senador Aloysio Nunes na Emenda n. 19-PLEN. Constitui, no máximo, falta funcional ou até mesmo ato de improbidade administrativa, a depender da circunstância.

Não bastasse, a conduta de atribuir a si mesmo falsa identidade já está prevista no art. 307 do Código Penal. Dessa maneira, estabelecer tratamento desigual para a autoridade que deixa de identificar-se, ou se identifica falsamente, ao preso no momento de sua captura, detenção ou prisão; ao interrogado quando em procedimento investigatório de infração penal; diferenciando-a das demais autoridades públicas que o fizerem em outros atos de ofício, constitui flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

E há mais. O tipo penal não pune somente a autoridade, mas também o executor da ordem da autoridade.

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.³³⁶ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de

335 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

336 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”³³⁷

A autoridade – esta, sim, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do Juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

No caso em análise, aquele que executa a ordem de autoridade determinando a captura, detenção ou prisão de alguém, estará sujeito a punição por crime de abuso do poder que não possui.

Sugere-se, assim, suprimir o dispositivo.

Art. 17. Submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aplicada em dobro se:
I – o internado tem menos de 18 (dezoito) anos de idade;

II - a presa, internada ou apreendida estiver grávida no momento da prisão, internação ou

337 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

apreensão, com gravidez demonstrada por evidência ou informação;
 III - o fato ocorrer em penitenciária.

A proposta original do Senador Renan Calheiros expunha o delito atualmente previsto no art. 17 no art. 15, mediante a seguinte redação:

Submeter o preso ao uso de algemas, ou de qualquer outro objeto que lhe tolha a locomoção, quando ele não oferecer resistência à prisão, nem existir receio objetivamente fundado de fuga ou de perigo à integridade física dele própria ou de terceiro:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A Senadora Gleisi Hoffmann, na Emenda n. 50-CCJ, propôs modificar a redação do inc. II do art. 17 do Projeto, para substituir a expressão *visivelmente grávida* por *gravidez demonstrada por evidência*. Em sua justificativa, a Parlamentar argumentava a necessidade de

[...] ajustar a redação mantendo o mesmo texto, afim de evitar interpretações conflitantes com o espírito da norma. O termo “visivelmente” é trocado por evidência, que tecnicamente significa a prova, por meio de documentos ou testemunhas, que dê à autoridade a convicção sobre a verdade do fato.

O dispositivo tem redação anômala, em sentença negativa (não houver). Narra-se apenas em parte uma conduta positiva e objetiva do criminoso – “Submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros.”. Essa conduta, todavia, é complementada por elementares que não devem estar presentes para a configuração do crime – “*não houver* resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro” (grifou-se).

Em outras palavras, o que o tipo determina é que, se houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro, o uso de algemas ou de qualquer outro objeto que restrinja o movimento dos membros de preso, internado ou apreendido, será permitido. Do contrário, caracteriza crime.

Daí concluir-se que a redação do tipo não é afirmativa, como crime de homicídio - matar alguém. Ao contrário, trata-se de negativa, ou seja, das elementares que, se presentes, afastam o crime. Por consequência, essa redação criminaliza o uso de algemas em geral, ordinariamente, exceto se presentes as elementares indicadas no tipo – resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro.

Em sendo uma redação negativa, criminaliza-se o todo, com salvaguarda das hipóteses em que a conduta é atípica, ou, ainda, tipifica-se o uso das algemas ou outro instrumento de contenção como crime, elencando as hipóteses excepcionais em que seu emprego não é criminoso.

Essa técnica, já superada, não é utilizada pelo Código Penal, que não contém descrição de condutas afirmativas; gera insegurança jurídica; criminaliza o regular exercício da função pública, especialmente do sistema de justiça; e torna genericamente o emprego de ferramentas de contenção, inerentes à restrição da liberdade de locomoção e mundialmente utilizadas, como conduta, em regra, criminosa.

O generalismo da criminalização do emprego de algemas é indevido, consoante já indicado pelo Superior Tribunal de Justiça:

O uso de algemas pelos agentes policiais não pode ser coibido, de forma genérica, porque algemas são utilizadas para atender diversos fins, inclusive proteção do próprio paciente, quando, em determinado momento, pode pretender autodestruição.³³⁸

338 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5a Turma. HC 35.540. Rel. Min. José Arnaldo, *DJ* de 05.08.2005.

A propósito da algema, sua origem provém idioma arábico (*al-djama'a*),³³⁹ com a acepção de pulseira. Trata-se do nome de instrumento formado por duas argolas de ferro, ligadas entre si, e providas de fechadura, que se coloca nos pulsos ou tornozelos das pessoas.³⁴⁰ Há registro de seu emprego desde os tempos bíblicos:

Timóteo; 2, 2:9, pelo qual estou sofrendo até algemas, como malfeitor: contudo, a palavra de Deus não está algemada. *Marcos* 5:4, porque, tendo sido atado por muitas vezes com grilhões e com cadeias, tinha quebrado as cadeias e despedaçados os grilhões [...]. *Atos* 28:20, [...] porquanto, é por causa da esperança de Israel que estou preso com esta cadeia. (Grifo do original)

Contemporaneamente, o instrumento é utilizado para impedir reações indevidas, agressivas ou descontroladas.

No Brasil, o emprego de algemas foi admitido pelo ordenamento jurídico desde as Ordenações Filipinas - “O Carcereiro da Corte ha de ter huma cadea de monte, e quatro homens para tirarem e deitarem os ferros aos presos”.³⁴¹ Os ferros eram instrumentos que se fixavam nos pés para impedir os presos de se movimentar. Assegurava-se, desse modo, o comando do autor da prisão.

A prisão em ferros, como chamava as Ordenações do Reino, era permitida, embora não a todos, pois não vigorava a isonomia entre todas as pessoas. Em outro trecho, que merece destaque, consta:

[...] mandamos, que os Fidalgos de Solar, ou assentados em nossos Livros, e os nossos

339 QUEIROZ, Paola; MARTINS, Zigslyne; FREITAS, Daniela Borges. Súmula n. 11 do STF: a história das algemas e sua utilização hodierna. *Rev. Direito e Sociedade*, Três Lagoas, MS, v. 3, n. 1, p. 23-33, 2015, p. 24.

340 QUEIROZ, Paola; MARTINS, Zigslyne; FREITAS, Daniela Borges. Súmula n. 11 do STF: a história das algemas e sua utilização hodierna. *Rev. Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, p. 24.

341 ORDENAÇÕES FILIPINAS. Primeiro livro: das ordenações, título XXXIII- do carcereiro da corte. p. 76-77. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p76.htm>>; <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p77.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Desembargadores, e os Doutores em Leis, ou em Canones, ou em Medicina, feitos em Studo universal per exame, e os Cavaleiros Fidalgos, ou confirmados per Nós, e os cavaleiros das Ordens Militares de Christo, Santiago e Aviz, e os Scrivães de nossa Fazenda e Camera, e mulheres dos sobreditos, em quanto com elles forem casadas, ou stiverem viuvras honestas, não sejam presos em ferros, senão por feitos, em que mereção morrer morte natural, ou civil.³⁴²

Como se pôde verificar, o emprego de algemas (ferros) era regra, mas poupavam-se os fidalgos de solar; desembargadores; doutores em leis, em Cânones, ou em Medicina; os cavaleiros fidalgos; os cavaleiros das Ordens Militares de Cristo, Santiago e Aviz; os escrivães da Fazenda e Câmara; e suas respectivas esposas. Não imperava, inquestionavelmente, a isonomia. As algemas eram necessárias, mas não atingiam a todos.

O Código Criminal do Império determinava, no art. 44, que a pena de galés submetia os réus “a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados e a empregarem-se nos trabalhos públicos da Provincia onde tiver sido commetido o delicto, á disposição do Governo”. Fosse o réu escravo e condenado a açoites, executados estes, era trazido por seu senhor “com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar” (art. 60).

Ainda no Código Imperial, o art. 126 demonstrava a utilização das algemas em face da segurança de terceiros:

Se a fugida for tentada ou effectuada pelos mesmos presos, não serão por isso punidos; mas serão mettidos em prisões solitarias, ou lhes serão postos ferros, como parecer necessario para segurança ao Juiz, debaixo de cuja direção estiver a prisão.

342 ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro quinto: libris lerribilis, título CXX: em que maneira os fidalgos e cavaleiros, e semelhantes pessoas devem ser presos. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1280.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

As primeiras leis penais da República não trataram do uso de algemas.

O Código Penal e o Código de Processo Penal também não tratam, expressa e especificamente, do uso de algemas. Daí o surgimento de teses relacionadas à discricionariedade administrativa das autoridades para seu emprego, ante a omissão legislativa.

Em 1955, a Organização das Nações Unidas (ONU), para disciplinar a questão, lançou as *Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos*.³⁴³ O texto determina, na Regra 27, que “*a ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária*”.

O documento menciona o uso de algemas ou outros instrumentos de contenção nas Regras 33 e 34:

33. A sujeição a instrumentos tais como *algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção*. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. *Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias:*

- a) *Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa;*
- b) *Por razões médicas sob indicação do médico;*
- c) *Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos*

343 Resoluções 663 C (XXIV)/57 e 2076 (LVII)/77, do Conselho Econômico e Social - 1955. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior.

34. O modelo e o modo de utilização dos instrumentos de coação devem ser *decididos pela administração penitenciária central. A sua aplicação não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário.* (Grifou-se)

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁴⁴ – Pacto de São José da Costa Rica –, da Organização dos Estados Americanos (OEA), conquanto não mencione especificamente o uso de algemas ou instrumentos de contenção, indica, no art. 5º (direito à integridade pessoal), item 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a *penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*” (grifou-se).

Em 2010, a ONU novamente tratou do tema nas *Regras de Bangkok*,³⁴⁵ que cuidam das mulheres presas e das medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. No texto, a Regra 24, que expressamente complementa as Regras 33 e 34 das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, determina que “Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior”.

Portanto, consoante tratados e convenções internacionais, a ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária. Os instrumentos de contenção, como as algemas, são legítimos, entretanto, nunca devem ser aplicados como sanção ou coação e jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior; o modelo e o modo de utilização dos instrumentos de contenção

344 Celebrada em 22 de novembro de 1969 e promulgada pelo Governo brasileiro mediante do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

345 Resolução n. 2010/10, de 22 de julho de 2010.

devem ser decididos pela administração penitenciária central; a aplicação não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário; só podem ser empregados em três gêneros de hipóteses. As hipóteses são: preventivamente, contra evasão durante uma transferência, hipótese em que serão retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade; por razões médicas; por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso - casos em que o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior – a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio e a outros, bem como de provocar estragos materiais.

O Código de Processo Penal, de 1941, conquanto não trate do uso de algemas, previu, no art. 284, que “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. Complementa o art. 292 do mesmo Código:

[...] se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. (Grifou-se)

Adequadamente, ampliou a possibilidade do uso de algemas para a indevida interferência (resistência) feita por terceiros.

O Código de Processo Penal Militar Brasileiro (Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969) tratou, no art. 234, do emprego de força e de algemas, especialmente no § 1º:

Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

§ 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

[...] (Grifou-se)

A norma já restringia o emprego das algemas às hipóteses de prevenção à fuga ou agressão da parte do preso a ser contido.

Em 1984, a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho) já determinava, no art. 199, que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Se a lei determina que a utilização de algemas será disciplinada por decreto, é porque seu uso não apenas é lícito, mas importante para as funções a que se destina - ou não seria objeto de um decreto federal.

A Lei n. 9.537/1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário, autorizou o emprego de algemas pelo comandante da embarcação:

Art. 10 – O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode:

[...]

III – ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, *se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga.*

[...] (Grifou-se)

Consequentemente, para além daquilo previsto no Código de Processo Penal Militar, a lei de segurança do tráfego aquaviário autorizou o emprego de algemas também quando imprescindível para a manutenção da integridade da embarcação ou da carga.

Ante a inexistência da regulamentação do art. 199 da Lei de Execuções Penais, a ser feita por Decreto, a Primeira Turma do Supremo

Tribunal Federal (STF), em 2006, debruçou-se sobre a questão no julgamento do *habeas corpus* n. 89.429-1, relatado pela Ministra Cármen Lúcia.³⁴⁶ No Acórdão, assentou-se que “a prisão é uma situação pública - e é certo que a sociedade tem o direito de saber quem a ela se submete”. Mais adiante, ressaltam que “a prisão há de ser pública, mas não há de se constituir em espetáculo”. Acrescentaram, ainda, o seguinte:

[...] o que não se admite, no Estado Democrático, é que elas [algemas] passem a ser símbolo do poder arbitrário de um sobre outro ser humano, que elas sejam forma de humilhação pública, que elas se tornem instrumento de submissão juridicamente indevida de alguém sobre o seu semelhante.

Por fim, concluíram:

*[...] o uso de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional a ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tento venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.*³⁴⁷
(Grifou-se)

E, ainda diz a decisão, sempre “tem como balizamento jurídico necessário o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade”.³⁴⁸

346 Julgado dia 22 de agosto de 2006. DJ de 2 de fevereiro de 2007. O caso, de Rondônia, envolvia ordem impetrada em favor de Edilson de Sousa Silva, Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Em sentido semelhante e do mesmo período, *Habeas Corpus* n. 89.419-RO, também relatado pela Min. Cármen Lúcia, julgado monocraticamente em 7 de agosto de 2006. DJ de 14 de agosto de 2006.

347 Conclusão repetida no julgamento do *Habeas Corpus* n. 89.419-RO, também relatado pela Min. Cármen Lúcia, decidido monocraticamente em 7 de agosto de 2006. DJ de 14.06.2006, PP-00030.

348 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.419-RO. Rel. Min. Cármen Lúcia, em 7 de agosto de 2006. DJ de 14.06.2006.

O julgamento em comento, à falta de regulamentação do art. 199 da Lei de Execução Penal, deu origem à Súmula Vinculante n. 11, da Suprema Corte brasileira, que dispõe:

Só é lícito o uso de algemas em caso de *resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (Grifou-se)

Os julgados posteriores do Supremo Tribunal Federal passaram, então, a orientar-se por essa Súmula, aceitando o uso de algemas na “existência de fundado perigo consubstanciado no *envolvimento dos acusados com facção criminosa, na deficiência da segurança do Fórum e, ainda, no grande número de advogados e funcionários presentes à sala de audiência*”;³⁴⁹ e no “*pequeno efetivo policial*”;³⁵⁰ entre outras circunstâncias.

Com isso, sedimentou-se entendimento segundo o qual “o uso de algemas durante a audiência de instrução e julgamento somente afronta o enunciado da Súmula Vinculante 11 quando impõe constrangimento absolutamente desnecessário, o que não se verifica nos autos”;³⁵¹ e que “eventual nulidade decorrente do uso de algemas no cumprimento do mandado não vicia a prisão processual”.³⁵²

Em interessante julgado que interpretou a própria Súmula Vinculante n. 11, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal,

349 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2a Turma. HC n. 103.003-SP. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 29.03.2011.

350 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na Reclamação n. 8.409-MG. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12.12.2013.

351 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 103.003-SP, já indicado.

352 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na Reclamação n. 8.409-MG, já mencionado.

reproduzindo parte da decisão de magistrada de primeiro grau, assim se posicionou, referendando aquilo decidido na primeira instância:

No tocante ao uso de algemas durante a audiência, registro que dois são os critérios observados pelo juízo para a manutenção das algemas durante as audiências de instrução, “critérios *objetivo*” e “*subjetivo*”. 1. “Critério *objetivo*”. No Estado do Rio Grande do Sul, a SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários) é o *órgão estatal competente para administrar os presídios e movimentar os presos* para as audiências. A SUSEPE, com frequência, suscita problemas técnicos e de carência de funcionários para justificar a não condução dos presos para as audiências designadas, e, nas oportunidades em que realiza tal condução, são poucos os agentes penitenciários atuantes. Empenhados em solucionar esse problema, que atinge todas as Comarcas do Estado, as Corregedorias da SUSEPE e do Tribunal de Justiça do Estado estabeleceram o denominado “dia de rota”. Restou estabelecido um calendário em que ficaram designados os dias em que os juízos gaúchos poderão designar audiências de presos, com a certeza de que os réus serão levados às solenidades, apesar dos atrasos de horas e preocupante deficiência na segurança. Esta Comarca de Gravataí não possui estabelecimento prisional. Está localizada a 30 quilômetros da Capital, Porto Alegre, onde está o presídio com o maior número de presos do Estado. O “dia de rota” ficou para Gravataí estabelecido às quartas-feiras, no horário das 14 horas em diante, “somente”. Ou seja, todos os juízos criminais de Gravataí (quatro) apenas poderão designar audiências

para esse dia semanal, e a partir desse horário determinado. Em razão dessa restrição de dia e horário, necessariamente resta precária a segurança do local e de todos. São muitos os processos criminais de réus presos com audiências marcadas para uma única tarde, sendo muitas testemunhas, vítimas, assistentes e operadores do direito que ficam envolvidos, além do comparecimento de familiares dos presos e curiosos, às voltas do fórum e das salas de audiência. Em contrapartida, poucos são os agentes penitenciários (da SUSEPE) que realizam a condução dos presos para as audiências, bem assim, a movimentação no prédio do fórum, inexistindo número suficiente de servidores da SUSEPE para a segurança dos presentes, muitas vezes permanecendo somente um agente dentro da sala de audiência para custodiar o preso. Somente para intensificar a necessidade de cautela, relato que há poucos meses uma das magistradas desta Comarca - com sala ao lado da signatária - sofreu um atentado em audiência, exatamente numa dessas quartas-feiras de presos, acionando o Núcleo de Inteligência do Tribunal de Justiça do Estado, responsável pela segurança dos magistrados do Estado. Com efeito, o uso das algemas, muitas vezes, é o único modo de assegurar a tranquilidade dos trabalhos e a esmerada apuração dos fatos, com a oitiva de testemunhas e vítimas. 2. “Critério *subjetivo*”. Em um segundo momento, *avalia-se a situação particular do réu que se encontra preso e que é apresentado* para acompanhar a audiência. No caso do reclamado, constatei haver risco à integridade física dos presentes, em razão da apontada periculosidade do

agente. Wagner Flores da Silva possui antecedentes criminais, inclusive por delito de porte de arma de fogo, e estava respondendo a processo por delito de tráfico de drogas, sendo consigo apreendida expressiva quantidade de substâncias entorpecentes, além de arma de fogo municada. Nesse contexto narrado, não representou qualquer abuso o seu emprego, precisamente porque se mostrou absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança física daqueles que participaram da audiência, havendo fundado receio de risco à integridade física dos presentes se estivesse sem as algemas, ou mesmo de fuga por parte do réu.³⁵³ (Grifo do original)

A norma complementar prevista pelo art. 199 da Lei de Execução Penal sobreveio apenas recentemente. Trata-se do Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016, assim redigido:

Art. 1º – O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes:

I – o inciso III do caput do art. 1º e o inciso III do caput do art. 5º da Constituição, que dispõem sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante;

II – a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); e

III – o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos

353 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ag.Reg. na Reclamação n. 16.292-RS. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.03.2016.

e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

Art. 2º – É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito.

Art. 3º – É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada. (Grifou-se)

O Decreto em questão permite o emprego de algemas, desde que justificada a sua utilização por escrito, nos casos de resistência; fundado receio de fuga; e fundado receio, causado pelo preso ou por terceiros, de perigo à integridade física (própria e alheia).

Ressalte-se, no entanto, que o Decreto n. 8.858/2016 veda o emprego de algemas em mulheres presas em unidades do sistema penitenciário, nas seguintes hipóteses: durante o trabalho de parto; no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar; e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Nota-se que o referido Decreto está em perfeita consonância com os tratados e convenções internacionais e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a o tema. Assim, a outrora tormentosa questão foi pacificada.

Entretanto, o dispositivo previsto no art. 17 do Projeto trará mais restrições ao uso de algemas do que o Decreto, os tratados e convenções internacionais e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tornando seu emprego ilegal em circunstâncias em que antes era admitido. E mais, não se restringe a ilegalidade da utilização, mas a torna crime de abuso de poder.

É importante lembrar que as autoridades policiais afirmam, com razão, ser impossível saber previamente quando haverá resistência,

uma vez que o detido pode reagir, ainda que seja pessoa tranquila e colhida pela ordem. Neste ponto, as algemas são instrumentos de segurança para o próprio preso, além de policiais e terceiros.

Na mesma linha, deve-se ter em vista que ordinariamente as algemas não são utilizadas por autoridades, mas, sim, por agentes públicos que cumprem decisões de autoridades.

Hely Lopes Meirelles faz importante distinção entre autoridade pública e agente público.³⁵⁴ Na visão do jurista, deve-se distinguir a autoridade pública do agente público, uma vez que a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar os respectivos atos decisórios. O agente público, ao contrário, pratica simples atos de execução das decisões tomadas pelas autoridades, portanto, é mero cumpridor da ordem superior. Por fim, conclui reiterando que “atos de autoridade [...] são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução”.

A autoridade – esta, sim –, se incorrer em abuso, poderá ter o ato tipificado como crime de abuso de poder. O executor tem o dever de cumprir a ordem e não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade (art. 22 do Código Penal).

O exemplo trazido por Hely Lopes Meirelles é esclarecedor. O porteiro é um agente público, mas não uma autoridade; autoridade é seu superior hierárquico que decide naquela repartição pública. O mesmo ocorre com o carcereiro, que, em estrito cumprimento de decisão judicial, recolhe à prisão o condenado por crime. Com efeito, não será ele o eventual autor do abuso, por se tratar de mero cumpridor da ordem do juiz – este, sim, efetivamente exerce autoridade.

A prisão, como já salientado por Nelson Hungria, é a medida privativa de liberdade,

[...] no sentido de captura ou apreensão de alguém, para o fim de ser recolhido ao cárcere ou internado em estabelecimento de segurança, seja em caráter provisório ou meramente coercitivo (prisão em flagrante, prisão preventiva,

354 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

prisão em virtude de pronúncia ou condenação penal recorrível, prisão administrativa, prisão civil), seja em cumprimento de sentença penal transitada em julgado.³⁵⁵

Portanto é a legítima (lícita) captura ou apreensão de alguém para ser encarcerado. Em outras palavras, trata-se de um constrangimento lícito da liberdade de ir e vir, nas hipóteses em que a lei autoriza a providência.

Se a prisão é a *captura ou apreensão de alguém, para o fim de ser recolhido ao cárcere*, com restrição da liberdade de locomoção, como decorrência lógica, sua consumação ocorrerá com o efetivo encarceramento. Até que esteja no cárcere e consumada a prisão, aquele que venha a ser preso já teve contra si decretada a maior das restrições legais à liberdade de locomoção - a prisão.

Existe um natural e inafastável intervalo entre a decretação da prisão, a captura ou apreensão do preso e sua consumação com a inclusão no cárcere. Nesse hiato, conquanto não inserido no cárcere, a liberdade de locomoção do preso já foi limitada pela ordem de prisão. Por consequência, nesse intervalo, salvo disposição expressa na ordem que determina a prisão, é natural o emprego de algemas naquele que teve sua liberdade ambulatorial restringida. Em verdade, o emprego de algemas é mal menor do que a consumação da ordem - inserção no cárcere.

Dessa maneira, aquele que emprega algemas em cumprimento de ordem de prisão exarada por outra autoridade, salvo disposição expressa em contrário, é mero agente público, no dizer de Hely Lopes Meirelles, e não autoridade pública. Em sendo mero agente, não pode ser punido por abuso do poder que não detém, salvo manifesto emprego desnecessário do uso da força (prerrogativa de autoridade pública) ou desrespeito às eventuais orientações inseridas na ordem de prisão - mandado.

A única hipótese em que se vislumbra exceção diz respeito àquela em que a autoridade que determina a prisão é a mesma que utiliza as algemas, situação totalmente diversa daquela em que se cumpre

355 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 512/513.

mandado. Nesse caso, comum nas prisões flagranciais, efetivamente há exercício de autoridade pública.

Não bastasse, o constrangimento decorrente do uso de algemas em adolescentes e pessoas entre 18 e 21 anos, submetido às disposições da Lei n. 8.069/1990, já foi disciplinado no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “*Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de 6 meses a 2 anos*” (grifou-se). É imperativo do princípio da especialidade; prevalece a norma especial em relação aos abusos praticados contra aqueles.

Por fim, o inc. III do parágrafo único do dispositivo aumenta a pena, aplicando-a em dobro, *se o fato ocorrer em penitenciária*. Não faz nenhuma referência a outros estabelecimentos de privação de liberdade, como unidades de internação e semiliberdade de adolescentes, locais de tratamento psiquiátrico ou de drogadição, entre outros. Nesses locais, não incidirá o aumento da reprimenda, pois *inclusio unius alterius exclusio* (o que não foi incluído, é porque foi excluído), e, em matéria penal, não se admite a analogia *in malam partem*.

Ademais, essa diferenciação entre penitenciária ou outro estabelecimento de restrição da liberdade não se afigura adequada, por infração à isonomia. Vale lembrar que, reconhecidamente, *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito), e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Assim, faz-se necessário contemplar, na regra de aumento de pena, qualquer *estabelecimento de restrição da liberdade*.

Ante o exposto, deve-se alterar o dispositivo para que não se infrinja a legalidade e taxatividade exigidas pela Constituição Federal; não se viole o princípio da separação dos poderes; ao contrário, observe-se os tratados e convenções internacionais, bem como o sedimentado entendimento do Supremo Tribunal Federal; limite-se às hipóteses esculpidas no Decreto n. 8.858/2016; não cause problemas empíricos; e não castre ferramentas importantes para a contenção de perigosos criminosos, nos seguintes termos:

Art. 17. Submeter, injustificadamente, o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, com o intuito de constringer indevidamente a pessoa contida, expô-la a vexame ou execração pública:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º – A pena é aplicada em dobro se:

I – o internado tem menos de 18 (dezoito) anos de idade;

II - a presa, internada ou apreendida estiver grávida no momento da prisão, internação ou apreensão, demonstrada por evidência ou informação;

III – o fato ocorrer no interior de *estabelecimento de restrição da liberdade*.

§ 2º – *Não há crime quando existir fundado risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro; possibilidade de resistência ou de causar danos materiais; ameaça de fuga; ou se manifestamente necessário para manter a ordem ou a disciplina de estabelecimento de restrição da liberdade.*

§ 3º - A pena é aplicada em dobro, independentemente do intuito da autoridade, se a ofendida está em *trabalho de parto; no trajeto até a unidade hospitalar; ou no período imediatamente posterior em que se encontra hospitalizada; salvo, na última hipótese, se existir manifesto risco de fuga.* (Grifou-se)

Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele,

devidamente assistido, consentir em prestar declarações:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A proposta original do Senador Renan Calheiros contemplava a essa conduta típica no art. 16:

Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O dispositivo em questão tenta inserir no ordenamento jurídico a *inviolabilidade do direito ao repouso* daquele que pratica crime, circunstância não contemplada pela Constituição Federal.

A observância desse dispositivo, da forma como redigida, viola o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, já que obriga a interrupção da persecução penal em prejuízo da investigação - deixa-se de esclarecer infrações penais e sua respectiva autoria para preservar o descanso daquele que é suspeito da prática de crime.

Também viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que impede o regular exercício da autoridade e das funções do sistema de justiça, criminalizando atividade escorregia. O exemplo é singelo, mas esclarecedor: o tipo criminaliza a conduta daquele que realiza o interrogatório policial do preso durante o período de repouso noturno, salvo na hipótese de flagrante delito ou consentimento assistido.

Criminalizar essa conduta obstará a realização de interrogatórios nas hipóteses de prisão temporária ou preventiva, se cumpridas ao entardecer, ou caso a hipótese seja de crime multitudinário, e não exista tempo suficiente para a realização do ato antes do início do período de repouso da pessoa a ser interrogada. Ter-se-á que aguardar o término do período do repouso noturno até que seja possível realizar o interrogatório - deve-se lembrar que o consentimento do interrogando só

exclui o crime se ele estiver assistido por defensor - o que pode prejudicar o próprio preso que queira prestar esclarecimentos rapidamente para demonstrar sua inocência.

Há também uma diferenciação inconstitucional, uma vez que o tipo não criminaliza a realização de qualquer interrogatório durante o repouso noturno, mas apenas aquele em que pessoa presa está sendo interrogada. Dessa maneira, o investigado, se solto, pode ser interrogado e não tem direito ao repouso noturno; no entanto, se estiver preso, passa a ser titular do direito absoluto de descanso, que não pode ser interrompido. Apenas os presos terão direito à inviolabilidade do repouso noturno - mais do que aquele que jamais praticou qualquer infração.

A discriminação ilegal e inconstitucional é, também, indisfarçável. O tipo, flagrantemente, fere a igualdade.

Não obstante, como lecionam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem:

[...] a doutrina jusadministrativista contemporânea, ao sustentar a existência e aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, nada mais faz do que evidenciar a imperatividade da observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral na atividade do Estado, conferindo prevalência e respeito ao conteúdo das normas jurídicas em detrimento de interesses egoísticos que se encontram em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade.³⁵⁶

Novamente, a liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que

356 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O princípio da supremacia do interesse público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do Interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³⁵⁷ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³⁵⁸ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita

357 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

358 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³⁵⁹

A inobservância dos deveres previstos na redação deste artigo não gera ofensa a bem jurídico penalmente tutelado. Não constitui, sequer, falta funcional ou ato de improbidade administrativa.

Sugere-se, então, suprimir o dispositivo.

Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.

A proposta original do Senador Renan Calheiros registrava esse tipo no dispositivo a seguir:

Art. 17 – Impedir ou retardar injustificadamente o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para o conhecimento da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o magistrado que, ciente do impedimento

359 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*- introducción, p. 272.

ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-los, ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.

Novamente, a liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³⁶⁰ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³⁶¹ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

360 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...] § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

361 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³⁶²

A inobservância dos deveres previstos na redação do art. 17 em comento não gera ofensa a bem juridicamente relevante e constitui, no máximo, falta funcional ou ato de improbidade.

Sugere-se, assim, suprimir o dispositivo.

Além disso, a conduta omissiva do agente público que retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício constitui crime de prevaricação, se destinada à satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Não há motivo razoável para que aquele crime de abuso de poder do Código Penal exija elemento normativo do tipo e este, previsto em lei especial, não.

Portanto, para a caracterização do crime de abuso de autoridade e manutenção da isonomia em relação a outros delitos praticados com abuso de poder - particularmente o de prevaricação -, é preciso incluir o elemento normativo do tipo, qual seja, o fim de constranger o preso.

Por fim, em se tratando de conduta análoga à do crime de prevaricação insculpido no Código Penal, se acaso mantido o dispositivo, para a melhor consolidação e organização da legislação penal, sugere-se incluir o dispositivo nesse Código.

Sugere-se, desse modo, suprimir o dispositivo. Subsidiariamente, em observância ao princípio da igualdade, sugere-se incluir o elemento normativo do tipo esculpido nas elementares “com

362 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*- introducción, p. 272.

o fim de constranger o preso ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” e inserir o crime no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação.

Ante o exposto, o tipo deve ser eliminado ou, acaso mantido, deve-se alterar o dispositivo para que não se infrinja a isonomia, legalidade e taxatividade exigidas pela Constituição Federal, bem como para que observe a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 20. O artigo 319 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º, com a seguinte redação:

Art. 319 [...]

FORMAS QUALIFICADAS

§ 1º Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para o conhecimento da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia, *com o fim de constranger o custodiado, ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:*

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas do parágrafo anterior o magistrado que, com o fim de constranger o preso, *ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*, ciente do impedimento ou da demora, havendo pedido da defesa ou do Ministério Público, deixa de tomar as providências tendentes a saná-los ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja. (Grifou-se)

Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

A proposta original do Senador Renan Calheiros criminalizava a essa conduta no art. 18:

Impedir, sem justa causa, que o preso se entreviste com seu advogado:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de se comunicar com seu advogado durante audiência judicial, depoimento ou diligência em procedimento investigatório.

O emprego das elementares *justa causa*, no *caput*, e *por prazo razoável*, no parágrafo único, introduz expressões vagas e imprecisas, que ferem o princípio da legalidade, na forma da taxatividade da lei penal.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.³⁶³

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.³⁶⁴

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, por conseguinte, permitem perseguições indevidas.

O dispositivo utiliza conceitos abertos – *justa causa* e *prazo razoável* - quando trata da realização e do tempo de duração da entrevista entre o preso e seu defensor. Ambas as elementares devem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade do art. 20 do Projeto.

Além disso, novamente, a liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³⁶⁵ o Estado só deve intervir, por meio do

363 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

364 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

365 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³⁶⁶ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³⁶⁷

O local em que o preso irá sentar-se não constitui bem jurídico penalmente tutelável, desde que não restrinja a entrevista do preso com seu defensor, isto é, não comprometa o direito à ampla defesa. A inobservância dos deveres previstos nesta parte da redação do artigo não gera ofensa a bem juridicamente relevante.

Sugere-se, assim, suprimir a parte final do parágrafo único do art. 20 – “e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante

366 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

367 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*- introducción, p. 272.

a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência”.

Ante o exposto, deve-se alterar o dispositivo para que não se infrinja a isonomia, legalidade e taxatividade exigidas pela Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 20. Impedir, *infundadamente*, que o preso se entreviste com seu advogado:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único: Nas mesmas penas incorre quem, *infundadamente*, impede o réu ou o investigado de se comunicar com seu advogado durante audiência judicial, depoimento ou diligência em procedimento investigatório. (Grifou-se)

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A proposta original do Senador Renan Calheiros criminalizava essa conduta no art. 18:

Manter presos de ambos os sexos na mesma cela, ou num espaço de confinamento congênera:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente junto com maiores de idade ou em ambientes inadequados, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há um equívoco flagrante no parágrafo único que menciona a possibilidade de se manter, em cela, criança. Ocorre que não é possível manter criança em cela, em nenhuma hipótese e sob nenhuma circunstância.

Desse modo, todas as inclusões de criança em cela são ilegais e criminosas - motivo pelo qual o termo *criança* deve ser suprimido do parágrafo único.

Ainda no parágrafo único, o emprego da elementar *ou em ambiente inadequado* introduz expressão vaga e imprecisa, que fere o princípio da legalidade, na forma da taxatividade da lei penal.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.³⁶⁸

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.³⁶⁹

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

O dispositivo utiliza conceito aberto – *ou em ambiente inadequado*, no parágrafo único - quando trata do local onde se

368 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

369 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

mantém adolescentes. Essa elementar deve ser suprimida, sob pena de inconstitucionalidade do art. 21 do Projeto.

Sugere-se, deste modo, a supressão do dispositivo. Subsidiariamente, em observância ao princípio da igualdade, sugere-se a inclusão do elemento normativo do tipo esculpido nas elementares *com o fim de constringer o preso ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*.

Por fim, em se tratando de conduta análoga à do crime de exercício arbitrário ou abuso de poder insculpido no art. 350 do Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação penal, sugere-se incluir o dispositivo nesse Código.

Ante o exposto, deve-se alterar o dispositivo para que não se infrinja a isonomia, legalidade e taxatividade exigidas pela Constituição Federal, e inserir o crime no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 21. O artigo 350 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, com a redação:

Art. 350 [...]

§ 1º – Na mesma pena incorre o funcionário que:
I – ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II – prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III – submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV – efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

FORMAS QUALIFICADAS

§ 2º. *Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:*

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3º. Incorre nas mesmas penas quem, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mantém:

I – na mesma cela, adolescente na companhia de maior de idade;

II - criança em cela. (Grifou-se)

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, na forma prevista no *caput*:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - executa mandado de busca e apreensão em imóvel alheio ou suas dependências, mobilizando veículos, pessoal ou armamento de forma ostensiva e desproporcional, ou de qualquer modo extrapolando os limites da autorização judicial, para expor o investigado a situação de vexame;

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h00 (vinte e uma horas) ou antes das 5h00 (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

A proposta original do Senador Renan Calheiros criminalizava essa conduta no art. 21:

Invadir, entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências, sem autorização judicial e fora das condições estabelecidas em Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem, sob as mesmas circunstâncias do *caput*:

I – coage alguém, moral ou fisicamente, a franquear-lhe o acesso a sua casa ou dependências;

II – executa mandado de busca e apreensão em casa alheia ou suas dependências, com autorização judicial, mas de forma vexatória para o investigado, ou extrapola os limites do mandado.

§ 2º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências a qualquer hora do dia ou da noite, quando alguma infração penal estiver sendo ali praticada ou na iminência de o ser.

O Senador Romero Jucá, na Emenda n. 01-CECR, propôs que a expressão *casa alheia* fosse substituída por *imóvel alheio*, conceito obviamente bem mais abrangente do que o de casa. A emenda foi acolhida pelo Relator.

A Senadora Simone Tebet, na Emenda n. 40-CCJ, atendendo ao alerta da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco), propôs substituir a conjunção aditiva *e* por *ou*, de modo a constar sem determinação judicial *ou* fora das condições estabelecidas em lei, para permitir que fiscais tributários tenham acesso aos livros contábeis dos estabelecimentos, no cumprimento de seu dever legal, na forma da legislação tributária. A emenda foi acolhida pelo Relator.

A substituição da expressão *casa alheia* por *imóvel alheio* -conceito obviamente bem mais abrangente do que o de casa - está em descompasso com a Constituição Federal e com o Código Penal. Isso porque a Constituição assegura a inviolabilidade somente da *casa* e não de qualquer imóvel, consoante art. 5º, inc. XI – “a *casa* é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (grifou-se).

O termo *casa*, empregado pela Constituição Federal, equivale ao conceito de *domicílio* e não ao de qualquer imóvel alheio. Alexandre de Moraes leciona:

[...] o preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer; o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar; mas o Rei da Inglaterra não pode nela penetrar”.

O doutrinador complementa:

[...] considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nesta relação de pessoa e espaço, preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.³⁷⁰

Consequentemente, em sendo a proteção da intimidade e vida privada o objetivo da norma constitucional que assegura a inviolabilidade domiciliar, não há falar-se na extensão para qualquer

370 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 74/75.

imóvel. Do contrário, o administrador do estabelecimento comercial aberto ao público (restaurante, padaria, estacionamento, hospital, museu, estádio de futebol, casa de espetáculo, teatro, bar, cinema, festa, *shopping*, agência bancária, entre outros) poderia impedir a entrada ou permanência de pessoas aleatoriamente, sob pena de crime. Mas não é este o escopo da proteção constitucional.

No mesmo sentido, o Código Penal conceitua a expressão *casa* no art. 150, § 4º. Ali estão compreendidos quaisquer compartimentos habitados, os aposentos ocupados de habitação coletiva e o compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Restringe-se, pois, com razão, o conceito para não atingir os imóveis abertos ao público, ou ainda públicos por acidente. Se são imóveis públicos por destino ou acidente, não há falar-se em violação da intimidade e, conseqüentemente, não há razão para se aplicar a inviolabilidade constitucional.

Imóvel aberto ao público, ou público por destino, é aquele onde há necessidade do preenchimento de uma prévia condição para ingresso e permanência, como museu, estádio de futebol, casa de espetáculo, teatro, bar, cinema, restaurante, festa, *shopping*, entre outros. O imóvel público por acidente é todo aquele eventual e temporariamente franqueado ao público, como uma casa particular cedida a uma reunião eleitoral.

Em nenhuma das hipóteses apontadas há falar-se em violação da intimidade ou vida privada. Desse modo, o termo imóvel, utilizado no Projeto de Lei, demasiadamente abrangente, está em descompasso com o ordenamento vigente.

Por fim, em se tratando de conduta análoga à do crime de violação de domicílio inculcado no art. 350 do Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação penal, sugere-se incluir o dispositivo nesse Código.

Ante o exposto, deve-se alterar o art. 22 do Projeto de Lei, para que não se infrinja a isonomia e a legalidade exigidas pela Constituição Federal, com a inserção do crime no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 22. O artigo 150 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a

vigorar com a seguinte redação:

VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Art. 150 – Invadir, entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências, sem autorização judicial e fora das condições estabelecidas em lei: (N.R.)

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (N.R.)

FORMAS QUALIFICADAS

§ 1º – Se o crime é cometido: (N.R.)

I – durante o repouso noturno;

II – em lugar ermo ou de difícil socorro;

III – com o emprego de violência ou grave ameaça;

IV – por duas ou mais pessoas;

V – para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – detenção, de um a três anos e multa, além das penas correspondentes à violência, à grave ameaça e ao crime cuja facilitação, execução, ocultação, impunidade ou vantagem se pretende. (N.R.)

§ 2º – Se o crime é praticado por funcionário público: (N.R.)

I – com inobservância das formalidades estabelecidas em lei;

II – com abuso do poder;

III – para expor pessoa a situação de vexame ou execração públicas:

Pena – detenção, de dois a seis anos, e multa. (N.R.)

§ 3º – Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas

dependências a qualquer hora do dia ou da noite, em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. (N.R.)

§ 4º – A expressão “casa” compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º – Não se compreendem na expressão “casa”:

I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (Grifou-se)

Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:

I – eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

A proposta original do Senador Renan Calheiros insculpia o dispositivo no art. 24 mediante a seguinte redação:

Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I – pratica a conduta com o intuito de se eximir de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II – constrange, sob violência ou grave ameaça, o funcionário de instituição hospitalar, pública ou particular, a admitir para tratamento pessoa cujo óbito tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração;

III – retarda ou omite socorro a pessoa ferida em razão de sua atuação.

O inc. I do parágrafo único está totalmente abrangido pelo *caput*, motivo pelo qual deve ser suprimido.

O dispositivo já encontra tipificação equivalente no art. 347 do Código Penal, que trata dos crimes contra a administração da justiça. O dispositivo do Código Penal é um tipo penal aberto, que já contempla as hipóteses previstas no artigo proposto no Projeto de Lei.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

Qualquer pessoa, ainda que não interessada na solução da lide do processo, pode ser sujeito ativo do crime de fraude processual, *incluindo-se o funcionário público* se a conduta não configurar crime próprio, e o próprio procurador da parte.³⁷¹ (Grifou-se)

371 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1889.

Para a melhor consolidação e organização da legislação penal, sugere-se incluir o dispositivo no Código Penal.

Ante o exposto, deve-se alterar o art. 23 do Projeto de Lei para que não infrinja a isonomia e a legalidade exigidas pela Constituição Federal, com a inserção do crime no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 23. O artigo 347 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar com a seguinte redação:

FRAUDE PROCESSUAL

Art. 347. Inovar, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, na pendência de processo judicial ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir, agravar ou atenuar a responsabilidade, de si ou de outrem, ou de induzir a erro o juiz ou o perito: (N.R.)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (N.R.)

§ 1º – Incorre na mesma pena quem omite dados ou informações ou divulga dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

FORMA QUALIFICADA

§ 2º – Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

AUMENTO DE PENA

§ 3º – As penas aumentam-se da metade até o dobro se o fato é praticado por funcionário público ou por procurador da parte. (Grifou-se)

Art. 24. Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já

tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A proposta original do Senador Renan Calheiros insculpia o dispositivo no art. 24, inc. II, mediante a seguinte redação:

Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I – pratica a conduta com o intuito de se eximir de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II – constrange, sob violência ou grave ameaça, o funcionário de instituição hospitalar, pública ou particular, a admitir para tratamento pessoa cujo óbito tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração;

III – retarda ou omite socorro a pessoa ferida em razão de sua atuação. (Grifou-se)

O dispositivo tem por objetivo punir aquele que inova artificialmente local do óbito, com o fim de prejudicar eventual apuração de crime.

O objeto jurídico, portanto, é o mesmo previsto no art. 347 do Código Penal.

Dessa maneira, assiste razão ao Senador Renan Calheiros ao unir todas as condutas que caracterizam a chamada *fraude processual*. A providência atende à melhor consolidação e organização da legislação.

Daí por que será mais adequado proceder à inclusão do tipo no corpo do Código Penal.

Ademais, cabem aqui duas observações. A primeira, que é desnecessário especificar *instituição hospitalar, pública ou particular* e, a segunda, que não é preciso restringir o intuito do sujeito ativo ao “fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração”.

Isso porque a legislação, sobretudo a penal, deve ser o mais objetiva e direta possível; por consequência, toda elementar desnecessária deve ser evitada. Essas cautelas asseguram a legalidade e a taxatividade da norma incriminadora.

Ao mencionar *instituição hospitalar, pública ou particular*, o legislador pretende abranger todas as instituições hospitalares (gênero), públicas e particulares (espécies). Para isso, basta indicar o gênero - *instituições hospitalares* -, sem fazer menção às espécies que estarão, conseqüentemente, abrangidas. Vale dizer, a simples indicação de *instituições hospitalares*, sem outras especificações, já inclui, por consequência, aquelas públicas ou privadas.

Quando o legislador relaciona o intuito do sujeito ativo com o “fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração”, à evidência, quer preservar a apuração de eventual infração penal. Portanto, é desnecessário limitar elemento normativo do tipo aos prejuízos para a apuração dos fatos relacionados exclusivamente ao “local ou momento de crime”. É suficiente construir o artigo indicando como elemento subjetivo *o fim de prejudicar a apuração de crime*, elementares que envolvem o local e o momento do crime, mas também outras circunstâncias fundamentais para o esclarecimento dos fatos, como a autoria.

Por isso, a melhor técnica legislativa determina a supressão das expressões “pública ou privada e “alterar local ou momento de crime”.

Ante o exposto, deve-se alterar o art. 24 do Projeto de Lei, para que não infrinja a legalidade e a taxatividade exigidas pela Constituição Federal, com a inserção do crime no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 24. O artigo 347 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar passa a vigorar acrescido do seguinte art. 347-A:

Art. 347-A. Constranger, mediante violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de

instituição hospitalar a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de prejudicar a apuração de crime:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
(Grifou-se)

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, tendo prévio conhecimento de sua ilicitude.

A proposta original do Senador Renan Calheiros insculpia o dispositivo mediante a seguinte redação:

Proceder à obtenção de provas, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meios ilícitos ou delas fazer uso, em desfavor do investigado ou fiscalizado, tendo conhecimento de sua origem ilícita.

Pena: detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A Senadora Simone Tebet, na Emenda n. 41-CCJ, propôs uma nova redação para o art. 26 do Projeto, para deixar claro que o crime somente ocorre quando se faz uso da prova tendo conhecimento prévio da sua ilicitude. A emenda foi acolhida pelo Relator.

Por sua vez, o Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 20-PLN requereu que se suprimisse a expressão “ou fazer uso de provas de cuja origem ilícita se tenha conhecimento”, ao seguinte argumento:

[...] a ilegalidade da prova colhida em instrução policial ou judicial é ainda matéria afeta à própria

jurisdição penal ou civil. Não pode ser elemento passível de compor tipo penal, eis que sujeito à discussão doutrinária e, por vezes, jurisprudencial. Criminalizar, portanto, o uso de prova ilícita é antecipar juízo de valor acerca de sua validade processual, o que se mostra descabido no âmbito de penalização de condutas de agentes públicos.

Como se pôde verificar, a emenda não foi acolhida pelo Relator. Entretanto, assiste razão ao Senador Aloysio Nunes.

O art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal dispõe expressamente que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Na mesma linha, o art. 157 do Código de Processo Penal determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A obtenção de provas ilícitas não constitui, por si só, figura passível de tutela no campo do direito material. A questão tem natureza processual penal, conforme disposto nos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal, que tratam das nulidades processuais.

Eventual existência de crime dependerá, sobretudo, da violação de bem jurídico efetivamente tutelado pela norma penal, como ocorre, por exemplo, nos crimes de interceptação telefônica.

Nesse sentido, considerando que nenhum direito constitucional possui caráter absoluto, há doutrina que advoga a necessidade de manter o critério de proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional colide com outro de igual relevância - como a possibilidade de condenação de pessoa cuja inocência é inquestionavelmente demonstrada por prova ilícita.

As normas constitucionais articulam-se em um sistema harmônico, incompatível com conflitos insolúveis entre valores constitucionais. O princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar as aparentes antinomias aludidas, sopesando os valores para estabelecer qual é preponderante em determinada hipótese.

Essa afigura-se ser a posição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, para quem, “se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver

o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo, evitado”³⁷².

A criminalização do uso de provas obtidas por meios ilícitos impede, de maneira absoluta, a utilização de qualquer delas ainda que para comprovar a inocência.

É importante lembrar, também, que os remédios ordinários para corrigir a admissão de provas, quando dela se discorda, são os recursos e a ordem de *habeas corpus* – essa é a forma correta de reverter qualquer decisão equivocada, pois não se pode, a esse pretexto, substituir os meios ordinários com a criminalização de condutas em razão da simples discordância do mérito de decisões. A criminalização, consoante princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, é excepcional e tem lugar quando os demais ramos do Direito não satisfazem o interesse público.

Do prisma do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves, protegendo um *fragmento* dos interesses jurídicos. O Direito Penal constitui apenas um fragmento de um todo que é o ordenamento jurídico, devendo ocupar-se apenas dos conflitos sociais mais graves. Cada ramo do Direito deve ocupar-se da matéria que lhe é afeta. Se o Direito Penal se agigantar, invadirá outros ramos do Direito, rompendo com a fragmentariedade.

Na hipótese aventada, se acaso a criminalização substituir as formas ordinárias de impugnação da admissão de provas (recursos e *habeas corpus*), o Direito Penal sobrepujará o Direito Processual Penal, em flagrante violação do princípio da fragmentariedade.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem

372 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 383.

e do Cidadão, de 1789,³⁷³ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³⁷⁴ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *última ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.³⁷⁵

373 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

374 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

375 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

Nesse sentido, outro ramo do Direito já previne, adequadamente, as provas ilícitas – o Direito Processual Penal, com seus recursos e ordem de *habeas corpus*.

O Direito Penal é também chamado de *ultima ratio* – significa a última solução que o Estado possui. Se toda infringência a uma norma jurídica fosse tipificada, o Direito Penal seria muito presente; e o Estado, totalitário. Por isso, o Direito Penal não pode agigantar-se, tornar-se a *prima ratio*. Trata-se de um princípio que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador, evitando a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas. Novamente, outro ramo do Direito já corrige, de modo satisfatório, as provas ilícitas – o Direito Processual Penal, seus recursos e a ordem de *habeas corpus*.

Por todos os motivos expostos, sugere-se suprimir o dispositivo, em observância ao princípio constitucional da legalidade – e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Art. 26. Induzir ou instigar pessoa a praticar infração penal com o fim de capturá-la em flagrante delito, fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (anos) anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é capturada em flagrante delito, a pena é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Não configuram crime as situações de flagrante esperado, retardado, prorrogado ou diferido.

A redação original do Senador Renan Calheiros era nos seguintes termos:

Induzir ou instigar alguém a praticar infração penal com o fim de capturá-lo em flagrante delito:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (anos) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a vítima é capturada em flagrante delito, a pena é de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Aquele que induz, instiga ou auxilia, material ou intelectualmente, alguém a praticar infração penal é partícipe do delito praticado, consoante art. 29, *caput*, do Código Penal. A depender da situação, o partícipe pode até mesmo sofrer um aumento de pena, conforme art. 62 do Código Penal.

Portanto, a tipificação do induzimento ou instigação da prática de crime efetivamente cometido criará óbice para que o sujeito ativo seja punido em decorrência do crime executado pelo induzido ou instigado - que pode ser muito mais grave do que a mera indução ou instigação.

Por conseguinte, só há falar-se em criminalização do induzimento ou instigação quando o delito não chega a ser cometido, sob pena de tratamento injustamente mais brando para o agente indutor ou instigador e rompimento da teoria monista adotada pelo art. 29, *caput*, do Código Penal.

Desse modo, o § 1º do art. 26 do Projeto, que cuida da hipótese de o crime instigado ou induzido ter sido cometido, deve ser suprimido.

No mais, o dispositivo afigura-se guardar conformidade com a Constituição Federal e com a legislação penal e processual penal em vigor.

Não obstante, pelos motivos expostos, fazem-se necessários alguns ajustes na redação, com a supressão do § 1º, nos seguintes termos:

Art. 26. Induzir ou instigar *alguém* a praticar infração penal com o fim de capturá-lo em flagrante delito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (anos) anos, e multa.

§ 1º – Não há crime nas hipóteses de flagrante esperado, retardado, prorrogado ou diferido, e em outras expressamente previstas em lei.
(Grifou-se)

Art. 27. 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:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa em desfavor de alguém pela simples manifestação artística, de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como de crença, culto ou religião, na ausência de qualquer indício da prática de algum crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A Senadora Simone Tebet, na Emenda n. 42-CCJ, propôs a ressalva das investigações preliminares e as sindicâncias administrativas. A autora alegou que o Fisco recebe muitas denúncias contra contribuintes e que, em defesa do Erário, somente pode descartá-las após fazer uma investigação preliminar. Observou também que a sindicância administrativa e as investigações preliminares na esfera criminal, que antecedem, respectivamente, o processo administrativo e o inquérito policial, são promovidas para uma averiguação prévia e sumária, sem a qual não há como saber se é o caso ou não de se instaurar o processo ou o inquérito.

A emenda foi acolhida, assistindo razão à Senadora Simone Tebet. Entretanto, olvidou-se que inexistia investigação preliminar do inquérito policial. Desse modo, a dificuldade foi identificada pela parlamentar e acolhida pelo Relator; no entanto, naquilo atinente aos inquéritos policiais, permanece, o que dificulta o esclarecimento

de infrações penais e respectiva autoria e deixa toda a sociedade desguarnecida.

Não bastasse, a conduta descrita no referido dispositivo configura o crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal, com pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa. Entende-se não ser razoável punir a denúncia caluniosa cometida por agente público com pena inferior àquela aplicada ao particular que comete o mesmo delito.

Além disso, a existência ou não de indícios para a instauração de investigação é matéria afeta à própria jurisdição. Não pode ser elementar de um tipo penal, eis que sujeito à discussão interpretativa e, por vezes, jurisprudencial. Criminalizar, portanto, o início de investigação ao fundamento da existência ou não de indícios mínimos é antecipar juízo de valor acerca da interpretação de fatos e provas, o que é descabido no âmbito de penalização de condutas de agentes públicos.

É importante lembrar, também, que os remédios ordinários para corrigir a instauração de investigação, quando dela se discorda, são os recursos e a ordem de *habeas corpus* – essa é a forma correta de reverter qualquer decisão equivocada, pois não se pode, a esse pretexto, substituir os meios ordinários com a criminalização de condutas em razão da simples discordância do mérito de decisões. A criminalização, consoante princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, é excepcional e tem lugar quando os demais ramos do Direito não satisfazem o interesse público.

Do prisma do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves, protegendo um *fragmento* dos interesses jurídicos. O Direito Penal constitui apenas um fragmento de um todo que é o ordenamento jurídico, devendo ocupar-se apenas dos conflitos sociais mais graves. Cada ramo do Direito deve ocupar-se da matéria que lhe é afeta. Se o Direito Penal se agigantar, invadirá outros ramos do Direito, rompendo com a fragmentariedade.

Na hipótese aventada, se acaso a criminalização substituir as formas ordinárias de impugnação instauração de investigações (recursos e *habeas corpus*), o Direito Penal sobrepujará o Direito Processual Penal, em flagrante violação do princípio da fragmentariedade.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³⁷⁶ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal, naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.³⁷⁷

A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de

376 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5o. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

377 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

êxito às demais estratégias de natureza não penal.³⁷⁸

Nesse sentido, outro ramo do Direito já previne, adequadamente, as investigações abusivas – o Direito Processual Penal, com seus recursos e ordem de *habeas corpus*.

O Direito Penal é também chamado de *ultima ratio* – significa a última solução que o Estado possui. Se toda infringência a uma norma jurídica fosse tipificada, o Direito Penal seria muito presente; e o Estado, totalitário. Por isso, o Direito Penal não pode agigantar-se, tornar-se a *prima ratio*. Trata-se de um princípio que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador, evitando a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas. Novamente, outro ramo do Direito já corrige, de modo satisfatório, as investigações abusivas – o Direito Processual Penal, seus recursos e a ordem de *habeas corpus*.

Por todos os motivos expostos, sugere-se alterar o dispositivo, em observância ao princípio constitucional da legalidade - e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima, incluindo-se a redação no art. 339 do Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 27. O artigo 339 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 339. [...]

§ 2º – A pena é aplicada em dobro, se o crime é praticado por funcionário público.

§ 3º – A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. (Grifou-se)

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

378 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Reproduzir ou inserir, nos autos de investigação ou processo criminal, diálogo do investigado com pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar sigilo, ou qualquer outra forma de comunicação entre ambos, sobre fatos que constituam objeto da investigação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Já no primeiro relatório apresentado pelo Senador Roberto Requião, a redação do dispositivo foi totalmente alterada para inserir o texto atual.³⁷⁹ O Relator não indicou nenhuma motivação específica para a mudança substancial do dispositivo, salvo justificativa genérica - isto é, “acolhemos também diversas contribuições encaminhadas pelas lideranças desta Casa”.

Como as razões da inclusão do crime em comento não foram expostas nos relatórios, é difícil perquirir os motivos do Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Entretanto, é público e notório que o Senador Roberto Requião se posiciona como um crítico da divulgação de conversas.³⁸⁰

Em se tratando de espécie de crime do gênero de violação de sigilo funcional, que também atinge a honra, a intimidade e a vida privada de investigado, acusado ou parte, para a melhor consolidação e organização da legislação, o tipo deve ser inserido dentre os delitos do Título XI, Capítulo I, do Código Penal.

379 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

380 Disponível em: <<https://twitter.com/requiaopmdb/status/830462991363670016>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Por todos os motivos expostos, sugere-se alterar o dispositivo, incluindo-se a redação no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, nos seguintes termos:

Art. 28. O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 325-A:

Art. 325-A. Divulgar gravação ou trecho de gravação telefônica que não guarde relação com a investigação, processo ou com o interesse público, com o intuito de expor a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos interlocutores:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Grifou-se)

Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, com igual finalidade, omite dado ou informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesses de investigado.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, com a mesma finalidade, omitir informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O referido dispositivo prevê crime subsidiário e somente será aplicado se a conduta do agente público não configurar crime mais grave, como aquele previsto no art. 342 do Código Penal, cuja pena seria de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por ser mais grave o crime de falso testemunho, não se afigura adequado que a autoridade pública seja punida com pena mais branda do que aquele, particular, que presta informações igualmente falsas.

Em se tratando de espécie de crime do gênero de falso testemunho, para a melhor consolidação e organização da legislação, o tipo deve ser inserido no próprio art. 342 do Código Penal, especificando-se que somente se aplica caso o fato não constitua crime mais grave.

Com essa providência também será possível evitar conflito aparente de normas, a ser solucionado pelos operadores do direito.

Por todos os motivos expostos, sugere-se alterar o dispositivo, incluindo-se a redação no Código Penal, para a melhor consolidação e organização da legislação, evitando-se conflito aparente de normas, nos seguintes termos:

Art. 29. O artigo 342 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º:

Art. 342. [...]

§ 3º Prestar informação que sabe ser falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar investigado ou parte:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 4º Incorre na mesma pena no parágrafo anterior quem, com igual finalidade, omite informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso. (Grifou-se)

Art. 30. Dar início ou proceder à perseguição penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação preceituava que, “Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 05-PLEN, postulou a supressão do art. 30 do Projeto, mediante o seguinte argumento:

[...] não se pode criminalizar interpretação jurídica. O Direito não é ciência exata. Logo, comporta diferentes interpretações. Se o PLS nº 280, de 2016, for aprovado na redação atual, a atividade de certas autoridades, como juízes e promotores, sujeitar-se-á a uma enorme subjetividade interpretativa. A busca por maior segurança jurídica embasa, portanto, a supressão do art. 30 do PLS nº 280, de 2016. No caso do art. 30, imagine-se o caso de um Promotor de Justiça que oferece denúncia por um crime. Em seguida, o Juiz do caso entende que não há justa causa para a denúncia. Ou seja: o Juiz conclui que não há um lastro probatório mínimo para que o acusado seja processado. A prevalecer a redação atual do PLS nº 280, de 2016, o Promotor de Justiça do caso relatado acima poderia ser responsabilizado por crime de abuso de autoridade. Esse resultado intimidaria a atuação do Ministério Público, o que deve ser evitado a todo custo. Essa sugestão, dada pelo Juiz Federal Sérgio Moro em sessão pública para a discussão do mencionado PLS, deve ser acolhida pela casa. Do contrário, será aberta uma brecha para a punição desarrazoada de autoridades públicas. O art. 30 deve ser suprimido pela sua excessiva vagueza e

abrangência. A não aprovação desta emenda sujeitará autoridades judiciais e ministeriais à subjetividade interpretativa de quem vier a aplicar a Lei de Abuso de Autoridade. Essa subjetividade em demasia, contudo, não é compatível com o Estado Democrático de Direito. (Grifou-se)

O mesmo Parlamentar, na Emenda n. 08-PLEN, requereu a supressão do art. 30. Em sua justificação, ressaltou:

[...] justa causa significa o mínimo de elementos probatórios para processar criminalmente alguém. Todo processo penal representa um certo constrangimento para o cidadão. Ainda que um indivíduo venha a ser absolvido, ser processado já é uma enorme dor de cabeça, principalmente para o inocente. Dessa forma, para evitar que uma pessoa seja processada sem fundamento, os tribunais entendem que todo processo penal exige um mínimo de verossimilhança, de plausibilidade. A investigação pode ocorrer sempre, independentemente de justa causa. Mas o processo penal, que começa após a investigação, só pode ocorrer depois de terem sido colhidos elementos mínimos. O problema é que os juízes às vezes discordam sobre o que configura o mínimo necessário para que alguém seja processado. Discordam, portanto, sobre haver, ou não, justa causa em um caso concreto. Assim, o art. 32 deve ser suprimido, porque poderá intimidar juízes e promotores. Imagine-se o caso de um Promotor de Justiça que oferece denúncia por um crime. Em seguida, o Juiz do caso entende que não há justa causa para a denúncia, rejeitando-a. Ou seja: o Juiz conclui que não há um lastro

probatório mínimo para que o acusado seja processado. A prevalecer a redação atual do PLS nº 280, de 2016, o Promotor de Justiça do caso relatado poderia ser responsabilizado por crime de abuso de autoridade. *Esse resultado intimidaria a atuação do Ministério Público, o que deve ser evitado a todo custo.* Podemos citar ainda outro caso. Suponhamos que um promotor ofereça denúncia. O juiz recebe essa denúncia. Mas o acusado recorre e, algum tempo depois, o tribunal entende que não havia justa causa. Nesse caso, o juiz e o promotor poderiam responder por abuso de autoridade, *simplesmente por terem agido de acordo com o que entendiam ser a melhor interpretação dos fatos e provas à disposição.* Dessa forma, o art. 32 deve ser suprimido pela sua excessiva vagueza e abrangência. (Grifou-se)

Ainda o Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 27-CCJ, requereu a supressão do dispositivo do Projeto, por ter redação vaga e imprecisa. Para tanto, argumentou:

[...] justa causa significa o mínimo de elementos probatórios para processar criminalmente alguém. Todo processo penal representa um certo constrangimento para o cidadão. Ainda que um indivíduo venha a ser absolvido, ser processado já é uma enorme dor de cabeça, principalmente para o inocente. Dessa forma, para evitar que uma pessoa seja processada sem fundamento, os tribunais entendem que todo processo penal exige um mínimo de verossimilhança, de plausibilidade. *A investigação pode ocorrer sempre, independentemente de justa causa.* Mas o processo penal, que começa após a investigação, só pode ocorrer depois de

terem sido colhidos elementos mínimos. O problema é que *os juízes às vezes discordam sobre o que configura o mínimo necessário para que alguém seja processado*. Discordam, portanto, sobre haver, ou não, justa causa em um caso concreto. Assim, o art. 31 deve ser suprimido, porque poderá intimidar juízes e promotores. *Imagine-se o caso de um Promotor de Justiça que oferece denúncia por um crime. Em seguida, o Juiz do caso entende que não há justa causa para a denúncia, rejeitando-a. Ou seja: o Juiz conclui que não há um lastro probatório mínimo para que o acusado seja processado. A prevalecer a redação atual do PLS nº 280, de 2016, o Promotor de Justiça do caso relatado poderia ser responsabilizado por crime de abuso de autoridade. Esse resultado intimidaria a atuação do Ministério Público, o que deve ser evitado a todo custo*. Podemos citar ainda outro caso. Suponhamos que um promotor ofereça denúncia. O juiz recebe essa denúncia. Mas o acusado recorre e, algum tempo depois, o tribunal entende que não havia justa causa. Nesse caso, o juiz e o promotor poderiam responder por abuso de autoridade, *simplesmente por terem agido de acordo com o que entendiam ser a melhor interpretação dos fatos e provas à disposição*. (Grifou-se)

Conquanto o Senador Ricardo Ferraço tenha razão ao alertar sobre essa questão, como se pode ver no texto do Projeto, as emendas não foram acolhidas. Se mantida a redação, o dispositivo incorrerá em inconstitucionalidade, por infringir o princípio da separação dos poderes e também da taxatividade. Como resultado, causará inúmeras dificuldades para o esclarecimento de infrações penais, civis e administrativas, com a conseqüente responsabilização dos envolvidos. Senão, veja-se.

A primeira elementar do tipo, precedida dos verbos *dar início* e *proceder*, é a perseguição penal.

Perseguição, do latim *persecutione*,³⁸¹ significa perseguir, ir no encalço.³⁸² A acepção jurídica do termo é de perseguir a infração, ou ainda o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado, em qualquer seara do exercício do poder público, para a investigação e processamento de práticas ilícitas, observados os princípios constitucionais e legais, bem como a responsabilização dos envolvidos.

Em se tratando de um estudo criminal, este limitar-se-á à perseguição penal³⁸³ (*persecutio criminis*), ou seja, ao conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado, indisponível, observados os princípios constitucionais e legais, para a apuração e processo de práticas criminosas e que permitem eventual imposição de pena. Em outras palavras, trata-se de *perseguir o crime* para identificar o seu autor, as suas circunstâncias, os seus motivos e os demais elementos que, uma vez esclarecidos, possibilitarão a responsabilização do culpado.

A perseguição criminal brasileira, indisponível, é composta de duas fases: a investigação criminal e o processo penal. A investigação criminal é um procedimento preliminar, de caráter informativo, que busca reunir provas capazes de formar o juízo do titular da ação penal para eventual dedução judicial da pretensão ou o arquivamento da apuração. Já o processo penal é o procedimento jurisdicional, observados os princípios constitucionais e legais, de caráter probatório, cujo termo é a condenação ou absolvição do réu. Ao conjunto dessas duas fases, dá-se o nome de perseguição penal.

No Direito Brasileiro, sempre houve alguma forma de apuração preliminar ou prévia como primeira fase da perseguição penal. No Brasil colonial, durante a vigência das Ordenações, existiam duas formas de investigação criminal: a devassa e a querela. A primeira era uma inquirição ordinária, sem indicação preliminar de autoria ou de indícios; a segunda consistia em uma inquirição sumária, com indicação prévia de

381 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 1552.

382 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 1479,

383 Entretanto, os mesmos argumentos são aplicáveis às investigações administrativas e às civis.

autoria ou de indícios. A Constituição de 1824 instituiu os Juizados de Paz, com regulamentação em 1827, conferindo aos juízes de paz as atribuições policiais preventivas e repressivas, que foram mantidas pelo Código de Processo Criminal de 1832. Apenas com a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, a formação da culpa passou a ser preparada pelos chefes de polícia, seus delegados e subdelegados, que remetiam os dados colhidos, quando julgassem conveniente, aos juízes competentes para a formação da culpa. Posteriormente, com a edição da Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, consagrou-se o inquérito policial como forma de persecução prévia. A existência ordinária de prévia apuração é a metodologia até hoje utilizada no Brasil e em todos os países pesquisados.

Investigar significa indagar com cuidado, seguir o rastro, perscrutar, pesquisar vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir algo. Juridicamente, a investigação é um procedimento formado por uma série de atos que se interligam na busca da elucidação de um fato.

José Frederico Marques³⁸⁴ explica que a investigação é a atividade estatal de persecução penal destinada a preparar a ação penal, tendo como objetivo levar ao órgão acusatório (ou ao ofendido, a depender do tipo de ação) os elementos necessários para a dedução da pretensão em juízo. Destaca que a principal diferença entre a investigação e a instrução existente no curso da ação penal é o caráter informativo da primeira, cujo objetivo é a colheita de dados informativos para o órgão acusatório examinar a viabilidade da propositura da ação penal, enquanto, na instrução criminal, o escopo é colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva, respeitado o direito de defesa.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco lembram que a persecução penal no Brasil, ordinariamente e sobretudo naquelas públicas incondicionadas, é obrigatória e indisponível:

[...] em direito processual penal, o titular da pretensão punitiva (Ministério Público)

384 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 139.

não tem, via de regra, sobre ela o poder de livre disposição, de modo que pudesse cada promotor, a seu critério, propor a ação penal ou deixar de fazê-lo. Vigem aí, como regra geral, os chamados *princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade*, que subtraem ao órgão do Ministério Público a apreciação da conveniência da instauração do processo para a persecução dos delitos de que tenha notícia. Mesmo assim, todavia, o processo não se instaura “ex officio”, mas mediante provocação do Ministério Público (ou do ofendido, nos casos excepcionais de ação penal de iniciativa privada).³⁸⁵ (Grifo do original)

Nesse sentido, o art. 3º da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União): “O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: [...] d) a *indisponibilidade da persecução penal*”.

Dessa maneira, a investigação criminal e o processo penal que compõe a persecução penal são, nas hipóteses de infrações que se processam pública e incondicionadamente, obrigatórias.

No presente caso, não é possível identificar o elemento justificador da criminalização da persecução penal. A antinomia de um fato humano com a moral positiva está na razão direta da sua nocividade social.³⁸⁶ A lei penal não pode tutelar a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária.³⁸⁷ O Direito Penal resguarda o interesse individual *ex accidente*, ou seja, somente quando calha com o interesse social – esse é sempre o fim último do mandamento penal. O Estado tem vital interesse na saúde do povo, no império do direito e da justiça, na segurança dos negócios, na tranquilidade dos ânimos, e, para tanto, é necessário que esteja livre de percalços a vontade de cada indivíduo de proteger-se

385 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 133.

386 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 254.

387 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 256.

contra o *morbus*, contra a iniquidade, contra a perfídia, contra a má-fé, contra as atribuições íntimas.³⁸⁸

O melhor modo de alguém pôr a salvo a sua dignidade individual, ou de sua família, é não cometer ações que a maculem.³⁸⁹

O artigo em análise não criminaliza toda e qualquer persecução, mas somente aquelas em que não houver justa causa fundamentada, ou promovida ou iniciadas contra quem a inocência é conhecida.

É fundamental, portanto, ter certeza do conceito de *justa causa*, elementar do tipo, em respeito ao princípio da taxatividade.

O Código Penal emprega a expressão *justa causa* em cinco dispositivos, especificamente, nos arts. 153, 154, 224, 246 e 248. Noronha adverte que “é este o requisito que gera as maiores confusões no assunto”.³⁹⁰

O art. 153 do Código Penal prescreve:

Divulgar alguém, *sem justa causa*, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.
§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º-A. Divulgar, *sem justa causa*, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Grifou-se)

Nelson Hungria, na análise desse tipo, conceitua *justa causa* como “toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente,

388 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 257.

389 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 259.

390 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 2, p. 240.

aprovada pela ordem jurídica”.³⁹¹ Exemplifica com o consentimento do interessado, a comunicação de crime, a comprovação de infração penal e o dever de testemunhar, entre outras hipóteses.

Aníbal Bruno esclarece, com precisão, que o Código:

[...] impõe declaradamente que o fato se realize sem justa causa, reforçando com essa expressa advertência a exigência da antijuridicidade, elementar de todo o crime. Sem justa causa, isto é, sem que concorra no proceder do agente qualquer circunstância capaz de afastar a sua ilicitude.³⁹²

Portanto, sem justa causa, não há falar-se em crime.

Helena Cláudio Fragoso restringe o conceito de justa causa, nesse tipo, “que exclui a antijuridicidade da ação”, como “aquela que tem fundamento jurídico”.³⁹³

Magalhães Noronha, por sua vez, ensina que a justa causa é “elemento normativo da antijuridicidade, sendo, assim, um tipo anormal. A divulgação há de ser, assim, antijurídica ou contrária ao direito”. Afirma que excluem o crime o consentimento do ofendido, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.³⁹⁴

Guilherme de Souza Nucci explica que *sem justa causa* é o elemento normativo do tipo e significa “sem motivo justo para fazê-lo. Portanto, não é qualquer divulgação que é criminosa, mas sim aquela que se encontra fora do amparo legal”.³⁹⁵ Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, assevera que “não constitui crime a divulgação do segredo se houver justa causa para o conhecimento público do fato”.³⁹⁶

O art. 154 do Código Penal tipifica:

391 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 253.

392 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. São Paulo: Forense, 1966. t. 4, p. 420.

393 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal* - parte especial. São Paulo: Bushatsky, 1958. v. 1, p. 168.

394 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2. p. 231/232.

395 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 659/660.

396 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II, p. 213.

Revelar alguém, *sem justa causa*, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. (Grifou-se)

Aqui, novamente, inicia-se a análise pelo autor do Código. Nelson Hungria ensina “que há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, do mesmo modo que há interesses jurídicos ou de alta importância moral com primazia sobre o direito ao segredo. Em tais casos, a violação deste funda-se em justa causa”.³⁹⁷ Logo adiante, complementa, explicando:

[...] uma ação ou omissão, segundo ensina Rocco (Arturo), para ser penalmente ilícita, não deve ser conforme a nenhuma norma jurídica. Os preceitos penais não são mais do que os elementos de um todo, que é o direito objetivo. Colimando este um escopo único, isto é, a garantia das condições de vida em sociedade, representa uma unidade harmônica, que não pode, como tal, nos seus vários pontos, pôr-se em contradição consigo mesma. No seio dessa grande unidade, que chamamos de direito, não é concebível um dissídio interno.³⁹⁸

Aníbal Bruno explica que “a definição do crime exige que a revelação do segredo se tenha feito sem justa causa”. Com isso, prevê “a possível ocorrência de motivos, fundados na ordem do Direito, que excluam a ilicitude do fato”. Adiante, esclarece que, “na doutrina e legislação mais recentes, manifesta-se a tendência a ampliar o conceito de justa causa, nele admitindo a influência de interesse de ordem social ou moral”.³⁹⁹

397 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 400/401.

398 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 265/266.

399 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 4, p. 425/426.

Helena Cláudio Fragoso outra vez restringe o conceito de justa causa, que exclui a antijuridicidade, como a conduta “praticada com causa legal”.⁴⁰⁰

Magalhães Noronha ensina:

[...] o erro de fato ilide o dolo. A estrutura especial do tipo faz-nos crer que o erro sobre a justa causa, patenteada, dessarte, a boa-fé do agente, impede o delito. Para a procedência da escusa da justa causa, basta o juízo laico de boa-fé acerca da necessidade de evitar um mal maior. Se a pessoa milita em erro sobre essa necessidade, seja qual for o caráter daquele, não haverá delito, porque aqui não somente vale o juízo do magistrado a respeito da necessidade: vale também a do imputado. O que o julgador deve determinar é que o juízo do imputado tenha sido um juízo honestamente possível.⁴⁰¹

O jurista instrui, ainda, que, em regra, a justa causa funda-se na existência de um estado de necessidade (a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro). Exemplifica com o consentimento do titular; a existência de norma imperativa autorizadora; o exercício de um direito; e a finalidade científica – que caracterizam ausência de justa causa. Se a justa causa “se assenta no estado de necessidade, cremos que, no caso concreto, devem pesar as objetividades jurídicas em jogo, para se aferir a prevalência”,⁴⁰² pondera. Não basta, diz ainda Magalhães Noronha, a inexistência de dever para configurar a falta de justa causa. É necessário mais. “Resta saber se deve ser punido quem usar da faculdade de fazê-lo.”, conclui o jurista.

400 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*, v. 1, p. 172.

401 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 239/240.

402 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 239/240.

Julio Fabbrini Mirabete assevera que “não ocorrerá o delito caso haja justa causa para a revelação do segredo, uma vez que a proteção do sigilo profissional dada pela lei é relativa”.⁴⁰³

O *caput* do art. 244 do Código Penal esculpe:

Deixar, *sem justa causa*, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, *sem justa causa*, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Grifou-se)

Nelson Hungria, na análise desse tipo, restringe justa causa a sentença *sem necessidade de fazê-lo*. Elenca, casuisticamente, uma série de situações que caracterizam a justa causa.⁴⁰⁴ Magalhães Noronha acompanha o pensamento de Nelson Hungria e prescreve que a justa causa “é um elemento normativo condizente à antijuridicidade, tratando-se, assim, na espécie de tipo anormal. Desde, pois, que a causa é lícita ou não reprovável, não oferecerá o fato tipicidade”.⁴⁰⁵

Helena Cláudio Fragoso amplia o conceito de justa causa nesse tipo – no qual, para ele, a expressão era desnecessária -, excludente da antijuridicidade, para além daquela conduta que tem fundamento jurídico, e inclui também a *impossibilidade material*.⁴⁰⁶

Damásio de Jesus, na linha de Magalhães Noronha, doutrina que a *justa causa* é elemento normativo do tipo. Reproduz os exemplos de

403 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. II, p. 216.

404 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII, p. 435.

405 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 325.

406 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal - parte especial*. São Paulo: Bushatsky, 1959. v. 3, p. 598.

carência de recursos, culpa do cônjuge necessitado na separação, entre outros.⁴⁰⁷ Guilherme de Souza Nucci, na esteira de Magalhães Noronha e Damásio de Jesus, explica que *sem justa causa* é o elemento normativo do tipo e significa “uma conduta não amparada por lei”.⁴⁰⁸

Julio Fabbrini Mirabete, a exemplo de Magalhães Noronha, instrui: [...] o art. 244 é um tipo anormal que exige para sua configuração a ausência de justa causa para o abandono. O elemento normativo do tipo deve estar cumpridamente comprovado no fato concreto. E acrescenta que há justa causa para o descumprimento da obrigação prevista no artigo 244 do CP nas dificuldades econômicas e na derrocada financeira do alimentante. Soma outros exemplos como o estado de necessidade, a carência de recursos devido à doença, a anulação do casamento, o afastamento voluntário da mulher do lar conjugal ou do marido agredido, e o comprovado adultério.⁴⁰⁹

O art. 246 do Código Penal determina que “Deixar, *sem justa causa*, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

Nelson Hungria, no estudo do crime, assevera que “todo impedimento de força maior é justa causa”.⁴¹⁰ Heleno Cláudio Fragoso, por sua vez, novamente amplia o conceito de justa causa, para além daquela conduta que tem fundamento jurídico, e inclui também “as dificuldades financeiras e a falta de escolas”.⁴¹¹

Magalhães Noronha afirma que a justa causa “é um elemento normativo da antijuridicidade”. Exemplifica com a inacessibilidade ou

407 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 242.

408 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 881/882.

409 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. III, p. 71/72.

410 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 435.

411 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*, v. 3, p. 598.

distância da escola pública, ou o analfabetismo dos pais.⁴¹² Damásio de Jesus também advoga que a *justa causa* é elemento normativo do tipo. Reproduz os exemplos de carência de recursos e a inacessibilidade ou distância.⁴¹³ O mesmo é advogado por Guilherme de Souza Nucci, para quem *sem justa causa* é o elemento normativo do tipo e significa “algo ilícito não amparado por lei. É um elemento de antijuridicidade colocado dentro do tipo penal”.⁴¹⁴

Julio Fabbrini Mirabete explica que “não ocorre o delito, porém, quando houver justa causa para omissão”. Cita “a distância ou inexistência de escola ou a ausência de vaga, a penúria extrema da família, a instrução nula ou rudimentar dos pais etc.”.⁴¹⁵

Por fim, o art. 248 do Código Penal tipifica:

Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, *sem justa causa*, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa. (Grifou-se)

Helena Cláudio Fragoso, novamente, amplia o conceito de *justa causa*, para além daquela conduta que tem fundamento jurídico. O jurista esclarece que “excluirá a antijuridicidade da ação, e não haverá crime, portanto, se a retenção se der para livrar a vítima de situação de perigo, maus tratos, etc.”.⁴¹⁶

Magalhães Noronha, por sua vez, explica que “ainda uma vez o legislador introduz, no tipo, esse elemento normativo da antijuridicidade”.

412 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 329/330.

413 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, v. 3, p. 250.

414 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 602.

415 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. III, p. 79.

416 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*, v. 3, p. 611.

Exemplifica com a hipótese daquele que não entrega o incapaz em razão de perigo.⁴¹⁷ Damásio de Jesus novamente prescreve que a *justa causa* é elemento normativo do tipo. Reproduz o exemplo de situação de perigo e acrescenta a hipótese de doença que impeça a locomoção.⁴¹⁸

Guilherme de Souza Nucci elucida que a expressão *sem justa causa* é o elemento normativo do tipo, isto é, “um elemento de antijuridicidade colocado dentro do tipo penal, transformando-se em elementar”.⁴¹⁹

Dessa maneira, afigura-se como consenso entre os penalistas que a expressão *justa causa* é a antijuridicidade inserida expressamente no tipo penal como elemento normativo, caracterizada por uma causa explícita ou implícita, direta ou indireta, aprovada pela ordem jurídica, ou, ainda, por uma justa razão que justifique a prática da conduta.

No caso do art. 30 do Projeto em análise, exige-se justa causa para o início ou prosseguimento da persecução penal. Ocorre que a persecução é obrigatória, indisponível e sua inauguração decorre de exigência constitucional e legal - preâmbulo, arts. 5º, *caput*, e 129, inc. I, ambos da Constituição Federal; e arts. 24, 42 e 572, todos do Código de Processo Penal. Portanto, a persecução penal sempre tem fundamento legal ou, em outras palavras – e para os penalistas –, é em si uma justa causa.

Essa definição penal de justa causa, portanto, não se coaduna com a redação do art. 30 do dispositivo, sob pena de contradição, em termos - uma persecução penal sem justa causa (fundamento legal) inexistente, ao contrário, é obrigatória e indisponível. Se este for o significado da justa causa, o crime é inaplicável porque toda persecução penal será atípica, já que sempre fundada em mandamento constitucional e legal. E, como se sabe, a lei não contém palavras inúteis.

Há deveres jurídicos que superam a necessidade de *justa causa*, do mesmo modo que há interesses jurídicos ou de alta importância moral com primazia sobre o interesse à privacidade ou à intimidade.

Como o tipo criminaliza a persecução penal, é de se perquirir se o legislador não está utilizando a acepção processualista de justa causa.

417 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 336.

418 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, v. 3, p. 259/260.

419 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 889.

Entretanto, o conceito de justa causa não é pacífico na doutrina processualista, o que confere grande subjetividade ao crime em estudo, consoante ressaltado pelo Senador Ricardo Ferraço.

A propósito, José Frederico Marques lembra:

[...] às três condições da ação penal apresentadas anteriormente - prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta e legitimidade de parte – acrescentamos a última delas, a justa causa, prevista no artigo 395, III, do CPP. A justa causa foi incluída de forma expressa neste artigo pela Lei 11.719/08, que revogou o artigo 43 do CPP, porém, ao fazer isso, *não afirmou* que se tratava de uma condição da ação e muito menos *qual seria o seu significado*.⁴²⁰ (Grifou-se)

Na visão de uma parcela da doutrina, está fora das condições da ação, sendo apenas uma qualidade.

Há aqueles que se referem à justa causa como: interesse de agir (*fumus bonni iuris*); prova da existência de hipótese delitiva e indícios de sua autoria; como uma questão de mérito; uma quarta condição da ação; condição de procedibilidade; síntese das condições da ação; possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir; entre outros entendimentos.

Justa causa, para Afrânio Jardim, é um “suporte *probatório mínimo* que deve lastrear toda e qualquer acusação penal”.⁴²¹

Os defensores da tese de que a justa causa está identificada com o interesse de agir - *fumus bonni iuris* – argumentam ser “preciso que haja a ‘fumaça do bom direito’, para que a ação penal tenha condições de viabilidade”,⁴²² que caracteriza o legítimo interesse para o oferecimento

420 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 102.

421 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37.

422 MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 147.

da denúncia. Frederico Marques instrui que a justa causa é o “meio termo (que é também o justo termo)”. E complementa afirmando que “é aquêlê fumus bonni juris a que aludimos, para assim verificar se o Estado tem legítimo interesse na propositura da ação penal. Se o entender inexistente, a denúncia será inepta por faltar uma das condições (o interesse de agir)”.⁴²³

O legítimo interesse na propositura de uma ação penal (interesse de agir) é, então, a causa do pedido. Se ausente, falta justa causa para a propositura da ação penal.⁴²⁴

Entendimento semelhante é esposado por Tourinho Filho. Para o jurista, a justa causa está ligada ao interesse de agir, pois o *interesse legítimo* (interesse de agir) repousa na idoneidade do pedido, e o titular da ação deve formular um pedido idôneo, alicerçado em elementos que convençam o Magistrado da seriedade do que se pede. “Não havendo demonstrabilidade de uma transgressão típica e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o indivíduo apontado foi seu autor, o pedido de tutela jurisdicional será inadequado, incapaz de provocar a jurisdição”, e faltarão justa causa ou interesse de agir.⁴²⁵ O interesse de agir é condição legal para a propositura de ação penal e, portanto, também a justa causa.

Alguns veem a justa causa como prova da existência de hipótese delitiva e prova/indícios de sua autoria. Integram essa corrente Plínio de Oliveira Côrrea⁴²⁶ e Edilson Mougenot Bonfim, para quem a justa causa

[...] consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência

423 MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, v. 1, p. 148.

424 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 294.

425 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 248.

426 CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da justa causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997. *passim*.

de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.⁴²⁷

Os indícios idôneos ou suficientes são exigidos para a autoria, pois para o fato exige-se prova. Esse conceito de justa causa se baseia na recomendação da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) e é referendado pela Associação Americana de Juristas (AAJ).⁴²⁸

Ada Pellegrini Grinover argumenta que *fumus bonni juris* - justa causa - é uma questão de mérito, ou seja, de procedência ou viabilidade do pedido. A justa causa, em síntese, não pertence, para a autora, à esfera das condições da ação, mas está atrelada à própria viabilidade do pedido. O interesse de agir, na visão da processualista, não é condição do exercício da ação penal, porque intrínseca a toda acusação, é

[...] inerente ao próprio direito de ação. O *fumus boni iuris* diz respeito à improcedência, não à inadmissibilidade do pedido, sendo elemento pertencente ao direito material e não ao direito de ação, [...] matéria de mérito, e não condição de ação.⁴²⁹ (Grifo do original)

Afrânio Silva Jardim afirma que a justa causa é uma quarta condição da ação, autônoma – independente das demais.⁴³⁰ Julio Fabbrini Mirabete reforça a corrente, ao argumento de que se lhe afigura “mais aceitável a posição de Afrânio Silva Jardim, que afirma existir na ação penal uma quarta condição da ação”.⁴³¹

427 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144.

428 *Carta de Gramado*, de 2 de julho de 1995, que conceitua “justa causa como condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”.

429 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 109, 195; 121/123.

430 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93.

431 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

Luiz Flávio Gomes instrui que a justa causa é uma condição de procedibilidade (requisito para o exercício do direito de ação), para além das condições e pressupostos eminentemente formais e processuais:

[...] o exercício regular do direito de ação ainda está sujeito a outros requisitos que também se denominam condições de procedibilidade. Dentre tantas condições de procedibilidade concernentes ao exercício regular do direito de ação penal [...], destaca-se a necessidade de justa causa, que, assim, configura requisito substancial (um plus) do exercício regular do direito de ação.⁴³²

Também há aqueles para quem “a justa causa não constitui condição da ação (nem de procedibilidade), mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica falta de justa causa”. Justificam com a seguinte explicação:

[...] a análise da justa causa, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata, mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalecte, ao mérito.⁴³³

Acrescentam que a expressão *falta de justa causa* designa situações que comprometem a viabilidade do processo penal, dentre elas, a falta de condição de procedibilidade ou de condição da ação, e funciona como um *rótulo* para as causas de rejeição da denúncia ou queixa - “Mero

432 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002. p. 472.

433 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221 e ss.

rótulo que não transforma a justa causa numa condição específica da ação ou de procedibilidade”.⁴³⁴

Luís Renato Ferreira da Silva assegura que a justa causa não constitui uma nova condição genérica da ação penal, “mas se aglutinam, sob nova figura jurídica (ou, quiçá, apenas novo *nomen juris*), duas condições preexistentes: a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir”.⁴³⁵

Há ainda os processualistas que asseveram que “não haverá justa causa quando o fato constante da acusação, queixa ou denúncia, e considerado delituoso, não constituir crime, em tese”,⁴³⁶ ou que afirmem que “a falta de criminalidade do fato que se imputa ao paciente é o caso típico de falta de justa causa”.⁴³⁷ Para essa corrente, a justa causa é uma indicação da criminalidade do fato que se imputa ao acusado.

Feitas essas observações, conclui-se que a justa causa para a ação penal é matéria que, até o momento, não encontrou um conceito pacífico e seguro na doutrina processual. Em razão disso, Oliveira Machado observa que “a justa causa não póde ser definida em absoluto. Depende da inteligente e escrupulosa apreciação do juiz”.⁴³⁸

O único ponto congruente diz respeito à presença de indícios razoáveis de autoria e prova da materialidade. A acusação deve estar lastreada em elementos probatórios - ordinariamente extraídos da investigação que a precede - que fundamentem a admissão da inicial, em razão do caráter infamante do processo penal em si, pois a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do indivíduo.

434 SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, saneamento do processo, pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 78.

435 SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, n. 79, p. 403-405, maio 1990, p. 404.

436 AZEVEDO, Vicente de Paulo. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 388. v. 2.

437 ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980. v. 1, p. 144.

438 MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O habeas-corpus no Brasil: recurso popular e protector á liberdade individual*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1878. p. 101.

Para evitar acusações temerárias ou levianas, exige-se que ela venha lastreada em um mínimo de prova. Esse suporte probatório mínimo é composto de indícios da autoria e prova da existência material de uma conduta típica. Consiste no inquérito policial ou nas peças de informação, que acompanham a acusação, capazes de fornecer o “suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal”.⁴³⁹

Portanto, o único consenso reside na assertiva de que somente há justa causa para se promover a ação penal quando estiverem presentes elementos que demonstrem a existência da infração penal e a sua provável autoria, mediante um suporte probatório mínimo que dê sustentação à acusação formulada. O Código de Processo Penal Português expõe a questão com clareza no art. 283:

- 1- Se durante inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele.
- 2- Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.⁴⁴⁰

Se o Ministério Público não encontrar, dentro de todos elementos colhidos na investigação, o lastro mínimo de provas para dar início à ação penal, deverá requerer o arquivamento. Se acaso insuficientes os elementos trazidos pela acusação - prova da materialidade e indícios de autoria -, a denúncia deve ser rejeitada pelo Juiz.

Como se pôde verificar, o conceito processual de justa causa não é escorreito, o que infringe a legalidade na espécie da taxatividade.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as

439 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 92 e ss.

440 Decreto-lei n. 8, de 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<http://www.lexis.pt/docs/ CPP.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.⁴⁴¹

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.⁴⁴²

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

A diversidade de interpretações, como na hipótese da expressão *justa causa*, é ordinária e inerente às próprias funções do sistema de justiça.

A atividade de certas autoridades, como juízes e promotores, sujeita-se a uma enorme subjetividade interpretativa. A não alteração do art. 30 do Projeto subordinará autoridades judiciais e ministeriais à subjetividade interpretativa de quem vier a aplicar a lei em análise – juízes e promotores responderiam por abuso de autoridade simplesmente por terem agido de acordo com seus entendimentos e convicções sobre a melhor interpretação dos fatos e provas à disposição, ou mesmo da própria lei (*justa causa*). Essa submissão é incompatível com o Estado Democrático de Direito e intimidaria a atuação do sistema de justiça, o que deve ser evitado a todo custo.

441 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

442 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

A função jurisdicional do Estado é inerente à interpretação que possibilita a justa aplicação das leis. Interpretar é extrair o conteúdo e o significado da norma. A interpretação dos textos, do sentido das palavras, é a hermenêutica, essência da função jurisdicional. A construção de tipos penais atrelados à interpretação de fatos, provas ou normas é crime de hermenêutica que, como essência do sistema de justiça, implica infração ao princípio da separação dos poderes.

Nas palavras de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna juízes e promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos. O jurista assim se manifesta:

[...] para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.⁴⁴³

Retoma-se a análise do delito do art. 30 do Projeto, que exige que o criminoso dê início ou proceda à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada.

Se o conceito processual de justa causa não é certo, mas encerra discussões e subjetivismos, tampouco será a lei que o utiliza como elementar, maculando-a de inconstitucionalidade.

E há mais.

A persecução é o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado, indisponível e obrigatória, observados os princípios constitucionais e legais, para a apuração e processo de práticas criminosas - identificar o autor, as suas circunstâncias, seus motivos e demais elementos - para a

443 BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, t. III, v. XXIII, p. 228.

responsabilização dos envolvidos. É composta das fases de investigação criminal e de processo penal. A investigação criminal é um procedimento preliminar, de caráter informativo, que busca reunir provas capazes de formar o juízo do titular da ação penal para dedução judicial fortuita da pretensão ou o arquivamento da apuração.

O único consenso sobre o conceito processual de justa causa repousa na exigência de um suporte probatório mínimo que demonstre a existência da infração penal e a sua provável autoria.

Será impossível iniciar qualquer investigação (procedimento que busca reunir provas), parte da persecução penal, com um suporte probatório mínimo preexistente que demonstre a existência da infração penal e a sua provável autoria. Esse lastro probatório é o fim da investigação, que é a primeira etapa da persecução penal. A exigência da existência de indícios de autoria e prova da materialidade para a inauguração de uma apuração é total contrassenso - exige-se, para o início da investigação, aquilo que é o produto dela.

Se existirem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, tornar-se-á desnecessária a investigação. Identificar o autor da infração, as suas circunstâncias, os seus motivos e demais elementos, e comprovar a materialidade é a razão de qualquer investigação, isto é, seu objetivo.

Não se pode exigir, portanto, que o produto da apuração, primeira fase da persecução penal, exista antes mesmo de sua instauração, sob pena de total cerceamento de qualquer início de investigação com a criminalização da sua feitura. Essa impossibilidade conflita até mesmo com os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da persecução penal e fere a separação dos poderes ao criminalizar atividade típica do sistema de justiça.

A única solução para esse problema é substituir o termo *persecução* por *processo*. Mas apenas isso não basta para salvar o tipo em análise.

A expressão *justa causa*, em síntese, empregada pelo art. 30 do Projeto, não se acomoda à definição penal (fundamento legal), sob pena de atipicidade de todas as condutas; e também não aceita a acepção processual, incerta - o que fere a taxatividade - e impossível, na hipótese de investigação.

É preciso, assim, também excluir a *justa causa* do crime de abuso de poder do art. 30 do Projeto, risco de um de dois resultados indesejados: atipicidade de todas as condutas; e inconstitucionalidade por infração da legalidade ou desrespeito à separação dos poderes ao impossibilitar o início das investigações.

A manutenção do dispositivo implicará incontáveis problemas de ordem prática. Para ilustrar, nada poderá ser feito com as denúncias anônimas (Disque 100) encaminhadas pelo Ministério dos Direitos Humanos, e que muitas vezes contêm informações bastante escassas (hipótese que pode caracterizar falta de justa causa, ao bel-prazer do intérprete), pois instaurar a investigação para apurar os fatos será temerário com a criminalização da persecução penal.

Os trabalhos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ou do Conselho de Ética não serão iniciados, pois para inauguração de qualquer investigação será imprescindível a preexistência de justa causa que, ao bel-prazer do intérprete, pode significar lastro probatório mínimo. E não se alegue que estas são prerrogativas do Parlamento previstas na Constituição Federal, porque o início da ação penal pública também o é para o Ministério Público.

O enfrentamento do crime organizado, em que as testemunhas e as vítimas ordinariamente preferem o anonimato, será castrado com a necessidade de provas mínimas para o início da persecução penal.

Se o Projeto de Lei em curso estivesse em vigor, com o referido dispositivo, provavelmente não se teriam iniciado importantes investigações e processos a exemplo das apurações e ações penais popularmente conhecidas como Lava-jato, Mensalão e Petrolão.

As transformações que seriam operadas pela vigência desse dispositivo oferecem as mais desconcertantes metamorfoses.

Ante o exposto, sugere-se alterar o dispositivo para que não se incorra em inconstitucionalidade, por infração ao princípio da separação dos poderes e também da taxatividade; ademais, se aprovado como proposto, causará inúmeras dificuldades para o esclarecimento de infrações penais, civis e administrativas, com a consequente responsabilização dos envolvidos. A alteração proposta terá o condão de evitar os problemas empíricos, a falta de credibilidade no sistema de justiça, a castração de ferramentas importantes de esclarecimento de

crimes e respectiva autoria e o fomento do sentimento de impunidade.
Veja-se:

Art. 30. Dar início a *processo* penal, civil ou administrativo contra quem sabe inocente:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Grifou-se)

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Exceder o prazo fixado em lei ou norma infralegal para a conclusão de procedimento de investigação ou fiscalização, exceto nas investigações criminais ou inquéritos policiais nos quais haja prévia autorização judicial. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem, quando inexistir prazo para execução ou conclusão do procedimento, o fizer de forma abusiva, em prejuízo do investigado ou fiscalizado.

O Senador Romero Jucá, na Emenda n. 32-CCJ, propôs a inclusão, no dispositivo, da conduta de prorrogar a investigação sem justificativa, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado, o que cominaria em pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Também o Senador Romero Jucá, na Emenda n. 33-CCJ, sugeriu a alteração do art. 10 do Código de Processo Penal, com a finalidade de estabelecer prazos peremptórios para a conclusão dos inquéritos policiais e para o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito policial. Propunha, igualmente, que o descumprimento injustificado desses prazos sujeitasse o responsável às sanções cominadas aos crimes de abuso de autoridade.

Em razão da complexidade das práticas delitivas, o elevado nível de organização das associações criminosas e os inúmeros fatos de difícil elucidação, por vezes, a conclusão das investigações pressupõe a prática de uma infinidade de diligências, que demandam dilação de prazo.

Muitas dessas investigações exigem uso de grandes recursos humanos e materiais, como mobilização de pessoas com dedicação exclusiva e utilização de tecnologias modernas. Infortunadamente, as circunstâncias de trabalho das autoridades nacionais nem sempre atendem a esse desejado padrão estrutural mínimo para que se possa, então, exigir maior celeridade.

Ao contrário, o que sabida e ordinariamente se vê são dificuldades estruturais de diversas ordens, como falta de equipamentos, reduzido quadro pessoal e ausência de insumos básicos para o desenvolvimento célere e eficaz de investigações. A mesma lei que não assegura, com a necessária energia, condições adequadas para a realização de investigações, não pode exigir, sob pena de crime de abuso de poder, uma presteza obstada pela falta de estrutura.

Além disso, devem ser sopesados os entraves investigatórios alheios à vontade da autoridade, como o número elevadíssimo de apurações em curso, a extensão territorial das averiguações, a localização de suspeitos que se furtam à responsabilidade que lhes é atribuída, a recuperação de vítimas em tratamento hospitalar, a oitiva de testemunhas em outros territórios ou países, a remessa de documentos por outras autoridades não responsáveis pela conclusão da investigação, entre outros.

Não raras vezes essas e outras dificuldades práticas prolongam investigações para além daquilo desejado pelas autoridades responsáveis.

Guilherme de Souza Nucci alerta que “as delegacias não têm estrutura para conduzir rapidamente uma investigação e o prazo de 30 dias para seu término é uma ilusão, atualmente”.⁴⁴⁴

A rapidez no esclarecimento dos fatos e na conclusão de investigações é o fim desejado por todos, e não o início. É preciso principiar com a estruturação - humana e material - dos órgãos e instituições responsáveis pela apuração para, então, viabilizada a desejada celeridade, exigir o cumprimento de obrigação possível.

Raciocínio em sentido contrário equivaleria a fixar prazo, sob pena de crime, para que o paciente hospitalizado esteja sadio. Evidente que a cura do enfermo depende não apenas da atuação assertiva da equipe médica, mas também de inúmeras circunstâncias alheias à sua vontade, como a disponibilidade de equipamentos, de medicamentos e da própria reação do paciente.

Lembre-se, neste ponto, que a dilação de investigações policiais já está sob controle do Ministério Público e do Poder Judiciário, conforme art. 10 do Código de Processo Penal.

Outrossim, conforme já explanado, somente há falar-se em crime de abuso de poder nos casos em que a autoridade pública atua com o propósito específico de extrapolar a competência que lhe é conferida por lei, violando, por conseguinte, os direitos fundamentais daquele contra quem dirige sua conduta.

Não se pode punir a autoridade responsável pela persecução penal em razão do simples decurso do tempo, considerando as dificuldades enfrentadas no desempenho de suas funções. Desse modo, faz-se necessário descrever com mais detalhes a conduta para incluir um elemento normativo do tipo.

Ante o exposto, sugere-se alterar o dispositivo a fim de que este, da forma como redigido, não cause dificuldades para o esclarecimento de infrações penais, civis e administrativas, e consequente responsabilização dos envolvidos; não gere problemas empíricos; não contribua para a falta de credibilidade no sistema de justiça; não castre ferramentas importantes de esclarecimento de crimes e respectiva autoria; e não fomente o sentimento de impunidade. Propõe-se, assim, nova redação, nos seguintes termos:

444 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 93.

Art. 31. Exceder, injustificadamente, a conclusão de procedimento de investigação ou fiscalização com o intuito de constranger indevidamente o investigado ou fiscalizado.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o procrastina imotivadamente, com o intuito de prejudicar investigado ou fiscalizado. (Grifou-se)

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Negar, sem justa causa, ao defensor acesso aos autos de investigação preliminar, termo circunstanciado, inquérito ou qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, ou obtenção de cópias, ressalvadas as diligências cujo sigilo seja imprescindível:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem decreta arbitrariamente sigilo nos autos.

A Senadora Simone Tebet, na Emenda n. 43-CCJ, propôs a reformulação da redação do art. 32 do Projeto, para que o *caput* tivesse o seguinte teor:

Negar ao interessado, seu defensor ou a qualquer advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvadas as peças relativas a diligências em curso ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível.

A justificação anota que essa emenda atende ao alerta feito pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco), no sentido de que o dispositivo deve ressaltar também as peças indicativas da realização de diligências futuras, para que seus resultados não sejam frustrados.

Não obstante as importantes observações da Senadora Simone Tebet, a ausência das ressalvas apontadas não apenas comprometeria as investigações do Fisco, mas de todos os procedimentos apuratórios.

A questão ventilada no tipo é objeto da Súmula Vinculante n. 14, do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, *já documentados* em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (Grifou-se)

O precedente representativo da Súmula apontada está assim exposto:

[...]

4. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte.⁴⁴⁵

445 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 88190. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

A jurisprudência da Suprema Corte, posterior ao enunciado da Súmula, é esclarecedora. Veja-se:

[...]

2. *Autos de inquérito policial que estavam circunstancialmente indisponíveis em razão da pendência de realização de diligência sigilosa.* Além disso, os autos encontravam-se fisicamente em poder da autoridade policial, providência que, temporariamente, impedia o imediato acesso da defesa. Razões atinentes à gestão processual que evidenciam *ausência de demonstração inequívoca de atos violadores da Súmula Vinculante 14.*⁴⁴⁶ (Grifou-se)

[...]

5. Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o Defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. *No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso.* Rcl 10110, rel. Min. Ricardo Lewandowski. 6. Assim, independentemente da existência ou não da contradição suscitada pela Defesa, *o acesso às diligências que ainda se encontram em andamento não é contemplado pelo teor da Súmula Vinculante 14. Tal hipótese não é contemplada sequer pelo artigo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8906/94) citado pelo agravante.* O artigo 7º da Lei nº 8906/94, alterado pela Lei nº 13.245/2016, dispõe o seguinte: Art. 7º São direitos do advogado [...] XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir

446 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rcl 25012 AgR. Rel. Min. Edson Fachin, j. em 14.3.2017, DJe de 27.3.2017.

investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; [...]

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, *a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.*⁴⁴⁷ (Grifou-se)
[...]

Agravo regimental em reclamação. 2. Súmula Vinculante n. 14. *Violação não configurada.* 3. Os autos não se encontram em Juízo. Remessa regular ao Ministério Público. 4. Inquérito originado das investigações referentes à operação “Dedo de Deus”. *Existência de diversas providências requeridas pelo Parquet que ainda não foram implementadas ou que não foram respondidas pelos órgãos e que perderão eficácia se tornadas de conhecimento público.* 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁴⁸ (Grifou-se)

Ementa: [...].

II – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o texto da Súmula Vinculante 14 desta Suprema Corte, que, como visto,

447 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rcl 22062 AgR. Rel. Min. Barroso, j. em 15.3.2016, *DJe* de 20.5.2016.

448 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rcl 16436 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 29.5.2014, *DJe* de 29.8.2014.

autorizou o acesso dos advogados aos autos do inquérito, apenas *resguardando as diligências ainda não concluídas*.

III – Acesso que possibilitou a apresentação de defesa prévia com base nos elementos de prova até então encartados, sendo certo que aquele ato não é a única e última oportunidade para expor as teses defensivas. Os advogados poderão, no decorrer da instrução criminal, acessar todo o acervo probatório, na medida em que as diligências forem concluídas.⁴⁴⁹ (Grifou-se)

Em face do exposto, acolho os presentes embargos tão somente para esclarecer, com base, inclusive, na Súmula Vinculante 14 do STF, que o alcance da ordem concedida refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório *que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos*.⁴⁵⁰ (Grifou-se)

Sobre o regime de sigilo da lei das organizações criminosas e a Súmula Vinculante n. 14, o STF tem se manifestado na seguinte direção:

[...]

3. Enquanto não instaurado formalmente

449 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rcl 10110. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.10.2011, *DJe* de 8.11.2011.

450 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 94387 ED. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 6.4.2010, *DJe* de 21.5.2010.

o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, *o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”* (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14.⁴⁵¹ (Grifou-se)

Assim, levando-se em conta o texto da Súmula em exame e os entendimentos posteriores do Supremo Tribunal Federal, sugere-se a seguinte redação para o dispositivo:

Art. 33. Negar ao defensor, imotivadamente, acesso aos autos de procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, com o intuito de prejudicar investigado ou fiscalizado. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único: não constitui crime a negativa de acesso às diligências não concluídas, cujo sigilo seja imprescindível ou quando houver risco

451 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rcl 22009 AgR. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 16.2.2016, *DJe* de 12.5.2016. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Pet 6164 AgR. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 6.9.2016, *DJe* de 21.9.2016.

de comprometimento da eficácia ou finalidade do ato; e aos elementos de prova ainda não documentados nos autos ou que digam respeito a terceiros. (Grifou-se)

Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação preceituava que, “Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expressa fundamentação legal: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

A Senadora Ana Amélia, na Emenda 61-CCJ, deu nova redação ao art. 33 do Projeto, nos seguintes termos:

Exigir informação ou cumprimento de obrigação que sabe indevida, além dos limites de suas atribuições funcionais, mas a pretexto de exercê-la, com a finalidade de violar direito que sabe legítimo ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal ou de outrem.

Na justificção, a Senadora fez constar que a redação do artigo:

[...] consigna tipo exageradamente aberto, que torna difícil a aplicação da lei no caso concreto. Isso porque termina por vedar ao juiz ordenar ao ente público que seja suprimida omissão que, justamente por consistir em conduta que

não está taxativamente prevista em lei, mas decorra de direito fundamental assegurado constitucionalmente, esteja a violar direito do cidadão. Como exemplo, pode-se citar a hipótese de deferimento de pedido de obrigação de fornecimento de determinado medicamento pela Fazenda Pública.

Como se pôde notar, a emenda não foi acolhida pelo Relator.

Esse tipo confronta o disposto no art. 316 do Código Penal porque criminaliza, também, a exigência de obrigação de fazer - o que abraça vantagem indevida. A exigência de vantagem indevida por agente público já configura o crime de concussão cuja pena é mais severa que a prevista no substitutivo. Desse modo, a autoridade pública que exige vantagem indevida poderá ser beneficiada com a nova lei, mais branda, pautada pelo argumento da *novatio legis in melius*.

A situação apontada, inadmissível, pode gerar graves injustiças como o abrandamento da resposta estatal imposta àqueles que praticam conduta acentuadamente grave. A boa técnica legislativa recomenda a distinção dos dispositivos e respectivas condutas, punindo-se com maior gravidade o agente público que exige vantagem indevida.

Na mesma linha, em sendo o crime de concussão tipo equivalente ao delito de extorsão, quando o sujeito ativo é autoridade pública, afigura-se adequado que a pena daquele seja superior à deste – há violação patrimonial e também infração ao dever de lealdade para com a Administração Pública. A reprimenda da extorsão é de reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

A obtenção de vantagem ou privilégio indevido, aqui esculpida no parágrafo único, está abrangida pelas vantagens indevidas criminalizadas pelo delito de corrupção passiva – art. 317 do Código Penal. Eventual aprovação do atual texto, que prevê pena mais branda, também caracterizará, neste aspecto, *novatio legis in melius*, com todos os problemas consequentes.

As demais hipóteses abarcadas pelo dispositivo, que eventualmente não envolvam agente público ou vantagem indevida, podem colidir com aquilo já tipificado no art. 345 do Código Penal,

que esculpe o crime de exercício arbitrário das próprias razões – cuja reprimenda é significativamente mais branda. Essa inovação legal irá gerar, em muitos casos, conflito aparente de normas, correndo-se grave risco de ver o agente, autor de fato grave, punido com pena desproporcional ao fato praticado.

Dessa maneira, para evitar benefícios legislativos indevidos a autores de fatos graves e prevenir eventuais conflitos entre normas penais, bem como para a melhor consolidação e organização da legislação, evitando-se conflito aparente de normas, a melhor técnica recomenda a inclusão das condutas abarcadas pelo dispositivo em estudo nos arts. 316 e 345 do Código Penal, observada a respectiva proporcionalidade das penas em relação às condutas.

Ante o exposto, sugere-se alterar o dispositivo a fim de que este, da forma como redigido, não cause dificuldades para a responsabilização dos envolvidos nessas infrações penais; não gere problemas empíricos; não contribua para a falta de credibilidade no sistema de justiça; não fomente do sentimento de impunidade; e também para a melhor consolidação e organização da legislação, evitando-se conflito aparente de normas. Propõe-se, assim, nova redação, nos seguintes termos:

Art. 33. Os artigos 316, 317 e 345, todos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal –, passam a vigorar com a seguinte redação:

CONCUSSÃO

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem ou privilégio indevido. (N.R.)

Pena – reclusão, de seis a doze anos, e multa.
(N.R.)

§ 1º – Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para, mediante exigência, se eximir de obrigação legal.

AUMENTO DE PENA

§ 2º – A pena aplica-se em dobro se a vantagem ou privilégio é recebido.

§ 3º – As penas anteriores aumentam-se de um terço até a metade:

I – se há emprego de violência ou ameaça, independentemente da pena correspondente àquela;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

EXCESSO DE EXAÇÃO

§ 4º – Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(N.R.)

§ 5º – Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena – reclusão, de cinco a doze anos, e multa.

(N.R.)

CORRUPÇÃO PASSIVA

Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem ou privilégio indevido, ou aceitar promessa de tal vantagem ou privilégio:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

(N.R.)

AUMENTO DE PENA

§ 1º – A pena é aumentada de metade:

I – se em consequência da vantagem, privilégio ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas.

FORMA PRIVILEGIADA

§ 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de *dois a seis anos*, e multa. (N.R.)

FORMA QUALIFICADA

§ 3º – *Sem prejuízo do aumento previsto no § 1º, as penas previstas neste artigo são aplicadas em dobro se a vantagem ou privilégio indevido, ou o ato, se destina a favorecer campanha eleitoral municipal, estadual ou federal.*

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

Art. 345 – [...]

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (N.R.)

§ 1º – *Incorre na mesma pena quem exige informação ou o cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem amparo legal.*

AUMENTO DE PENA

§ 2º – *A pena aumenta-se de um terço até metade se o fato é praticado por funcionário público.*

§ 3º – *Se não há emprego de violência e o fato não é praticado por funcionário público, somente se procede mediante queixa.* (N.R.) (Grifou-se)

Art. 34. Deixar de corrigir, de ofício ou mediante provocação, tendo competência para fazê-lo, erro relevante que sabe existir em processo ou procedimento:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação preceituava que, “Deixar de corrigir, de ofício, erro que sabe existir em processo ou procedimento, quando provocado e tendo competência para fazê-lo. Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa”.

A Senadora Ana Amélia, na Emenda n. 62-CCJ, propôs nova redação ao artigo:

Deixar de corrigir erro que sabe existir em processo ou procedimento, quando provocado e tendo competência para fazê-lo, ausente qualquer possibilidade de ação ou recurso para impugnação, com a finalidade de violar direito que sabe legítimo ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal ou de outrem.

Na justificativa, a Senadora fez anotar:

[...] a reforma ou a reavaliação de atos e decisões em processos judiciais, em regra, obedece ao princípio de duplo grau de jurisdição, pelo qual se devolver ao órgão revisor a matéria objeto de recurso. Destarte, a aplicação do art. 34, tal qual redigido pelo substitutivo apresentado pelo relator, tornar-se-á inviável quando, para o ato passível de correção, houver ainda recurso ou qualquer meio de impugnação.

Como se pôde notar, a emenda não foi acolhida pelo Relator. No entanto, assiste razão à Senadora Ana Amélia.

Já no *caput* do artigo uma expressão subjetiva e incerta é elevada à condição de elementar - erro *relevante*. De extrema dificuldade será a tarefa de separar erros *irrelevantes* daqueles *relevantes*. Qualquer erro envolvendo processos judiciais, que invariavelmente abraçam questões de extrema importância, pode ser considerado *relevante*.

Desse modo, aquele que eventualmente se equivoca na digitação do nome de um réu e, por erro material, apõe outro nome em determinado documento processual - circunstância ordinária dado o indesejado e invencível volume de feitos em curso – provoca, com essa

indicação de pessoa diversa daquela que efetivamente figura como parte, por exemplo, em processo penal, erro relevante, inquestionavelmente. Esse equívoco possibilitará que uma autoridade pública seja processada por crime de abuso de poder em face de um singelo descuido no momento da digitação de um nome.

O emprego da elementar *erro relevante* introduz expressões vagas e imprecisas, que ferem o princípio da legalidade, na forma da taxatividade da lei penal.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.⁴⁵²

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.⁴⁵³

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

O dispositivo utiliza conceitos abertos – *erro relevante* – ao tratar da realização e do tempo de duração da entrevista entre o preso e seu defensor. Essas elementares devem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade do art. 34 do Projeto.

452 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

453 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

Além disso, novamente, a liberdade que fundamenta o Estado Democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa, com um ordenamento igualmente restrito ao essencial e que não reduza ou restrinja, desnecessária ou imotivadamente, as liberdades individuais. Por isso, as leis devem ter um fundamento material objetivo, sob pena de inconstitucionalidade de normas que estabeleçam restrições dispensáveis.

Os remédios ordinários para corrigir equívocos processuais, quando se acredita terem ocorrido, são os recursos, pedidos de reconsideração e a ordem de *habeas corpus* – essas são as formas corretas de reverter qualquer erro, pois não se pode, a esse pretexto, substituir os meios ordinários com a criminalização de condutas em razão da simples discordância do mérito de decisões ou de eventuais enganos procedimentais. A criminalização, consoante princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, é excepcional e tem lugar quando os demais ramos do Direito não satisfazem o interesse público.

Do prisma do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervêm somente nos casos mais graves, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. O Direito Penal constitui apenas um fragmento de um todo que é o ordenamento jurídico, devendo ocupar-se apenas dos conflitos sociais mais graves. Cada ramo do Direito deve cuidar da matéria que lhe é afeta. Se o Direito Penal se agigantar, invadirá outros ramos do Direito, rompendo com a fragmentariedade.

Na hipótese aventada, se acaso a criminalização substituir as formas ordinárias de impugnação equívocos processuais (recursos, pedido de reconsideração e *habeas corpus*), o Direito Penal sobrepujará o Direito Processual Penal, em flagrante violação do princípio da fragmentariedade.

Nos termos do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, expresso no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,⁴⁵⁴ o Estado só deve intervir, por meio do Direito Penal,

454 Trata-se de princípio constitucional penal implícito (o da intervenção mínima), com arrimo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Art. 5º. [...], § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). E, por adesão à Declaração em foco, no artigo mencionado (“Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”).

naquelas situações em que os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita. Isso porque o Direito Penal deve intervir minimamente na vida privada de cada um, a fim de assegurar o direito à liberdade e à intimidade.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, deve restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes, observando o princípio da intervenção mínima.

Muñoz Conde explica que o princípio da intervenção mínima “se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado”.⁴⁵⁵ A interpretação doutrinária do princípio aduz que o Direito Penal somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham esgotado, sem efeito, o desejado efeito da intervenção estatal.

Nessa linha de entendimento, Antonio García-Pablos de Molina apregoa que o Direito Penal é

[...] a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal.⁴⁵⁶

Nesse sentido, outro ramo do Direito já previne, adequadamente, os equívocos processuais - o Direito Processual Penal, com seus recursos, pedidos de reconsideração e ordem de *habeas corpus*.

O Direito Penal é também chamado de *ultima ratio* – significa a última solução que o Estado possui. Se toda infringência a uma norma jurídica for tipificada, o Direito Penal seria muito presente; e o Estado, totalitário. Por isso, o Direito Penal não pode agigantar-se, tornar-se a *prima ratio*. Trata-se de um princípio que procura restringir ou impedir

455 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71.

456 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción, p. 272.

o arbítrio do legislador, evitando a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas. Novamente, outro ramo do Direito já corrige, de modo satisfatório, os equívocos processuais – o Direito Processual Penal, seus recursos, pedidos de reconsideração e a ordem de *habeas corpus*.

Por todos os motivos expostos, sugere-se suprimir o dispositivo.

Se acaso não for esse o entendimento, por todos os motivos elencados, sugere-se a alteração do dispositivo, em observância ao princípio constitucional da legalidade - e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima, incluindo-se na redação o elemento normativo do tipo, conforme sugerido pela Senadora Ana Amélia, nos seguintes termos:

Art. 34. Deixar de corrigir erro que sabe existir em processo ou procedimento, quando provocado e competente para fazê-lo, com a finalidade de violar direito ou prejudicar outrem, ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único: não há crime se o erro for passível de impugnação para sua correção.
(Grifo do original)

Art. 35. Coibir, dificultar ou impedir, por qualquer meio, sem justa causa, a reunião, a associação ou o agrupamento pacífico de pessoas para fim legítimo:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A proposta original do Senador Renan Calheiros esculpia o dispositivo no art. 37, mediante a seguinte redação: “Coibir, dificultar ou, por qualquer meio, impedir a reunião, associação ou agrupamento pacífico de pessoas para fim legítimo: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

O art. 5º, inc. XVI, da Constituição Federal, estabelece:

[...] todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. (Grifou-se)

Ainda que pacífica, a reunião de pessoas deve observar certos requisitos, como a comunicação prévia ao Poder Público e o respeito à outra reunião previamente marcada para o mesmo local.

Nenhum direito, ainda que constitucionalmente assegurado, é absoluto. Assim, o direito de reunião deve submeter-se aos interesses mais relevantes da coletividade. Exatamente por isso, faz-se necessária a comunicação prévia à Administração Pública, que poderá impedir reuniões que frustrem interesses maiores (liberação de via cuja obstrução impede o acesso a unidade hospitalar, entre outras).

Alexandre de Moraes explica que “são elementos da reunião: pluralidade de participantes, tempo, finalidade e lugar”. Nas palavras do doutrinador, “toda reunião deve ter duração limitada, em virtude de seu caráter temporário e episódico”; e assevera que “pressupõe um encontro com propósito determinado, finalidade lícita, pacífica e sem armas”. Por fim, lembra que a reunião “deverá ser realizada em local determinado”.⁴⁵⁷

Todos os elementos ou requisitos apontados devem ser fiscalizados pela Administração Pública que, na hipótese de infração - ou abuso do direito/poder de reunião -, deve intervir para assegurar o interesse público.

A par disso, somente se mostra legítima a criminalização das autoridades públicas cuja ação em manifesto excesso viole o regular exercício do direito de reunião e manifestação. Em outras palavras, só há falar-se em crime quando a autoridade agir imotivadamente.

Sabe-se que o conceito de justa causa não é escorreito, o que infringe a legalidade na espécie da taxatividade.

457 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 94.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei anterior que o *defina*. Por conseguinte, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas com minúcia a fim de se evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, sob pena de imprecisão que irá gerar dúvidas na sua aplicação e, logo, benefício àquele que, em tese, a infringe - dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado fiar-se-á naquela que mais lhe beneficie acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma.

A propósito, no magistério de Francisco de Assis Toledo, “a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.⁴⁵⁸

O tema foi bem exemplificado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao anotar que, “Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: ‘São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns’, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade”.⁴⁵⁹

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é ou não crime e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

A diversidade de interpretações, como na hipótese da expressão *justa causa*, é ordinária e inerente às próprias funções do sistema de justiça.

A atividade de certas autoridades sujeita-se a uma enorme subjetividade interpretativa. A não alteração do art. 35 do Projeto subordinará autoridades à subjetividade interpretativa de quem vier a aplicar a lei em análise – e responderiam por abuso de autoridade simplesmente por terem agido de acordo com seus entendimentos e convicções sobre a melhor interpretação dos fatos à disposição, ou mesmo da própria lei (*justa causa*). Essa submissão é incompatível com o Estado Democrático de Direito e intimidaria a atuação do sistema de justiça, o que deve ser evitado a todo custo.

458 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

459 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 386.

Por todos os motivos expostos, sugere-se alterar o dispositivo, em observância ao princípio constitucional da legalidade - e consequente taxatividade, da fragmentariedade e da intervenção mínima, nos seguintes termos:

Art. 35. Coibir ou impedir, imotivadamente, mediante violência ou grave ameaça, a reunião, associação ou agrupamento pacífico de pessoas para fim legítimo, previamente avisado à autoridade competente e que não frustra outro ato anteriormente convocado para o mesmo local: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 6 (seis) meses, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes à violência. (Grifou-se)

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O conteúdo do dispositivo não constava do Projeto original oferecido pelo Senador Renan Calheiros.

Não obstante, o dispositivo constou do primeiro relatório oferecido pelo Senador Roberto Requião, no art. 39, com a seguinte redação:

Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".⁴⁶⁰

460 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Não há, no relatório apontado, nenhuma indicação da origem da redação desse crime.

Como as razões da inclusão do crime em análise não foram expostas nos relatórios, é difícil perquirir os motivos do Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

A decretação da indisponibilidade de ativos configura medida de natureza acautelatória, aplicada em sede de cognição não exauriente. Ao aplicar a medida cautelar, por vezes, o julgador não tem à sua disposição informações exatas da dimensão dos danos causados pelo investigado ou réu, tampouco do valor por ele ilicitamente obtido - questões ainda pendentes de julgamento.

Sabe-se que o interesse público em ver recuperados ativos ilicitamente subtraídos ou desviados do erário público deve prevalecer sobre enriquecimento privado - nessas hipóteses, ilegal, porque composto de proveito de crime. Compete, por conseguinte, àquele que é alvo da restrição demonstrar o excesso da medida ou a origem da fortuna acumulada.

Na contramão das modernas legislações, pune-se, nesse caso, o mero exercício da função jurisdicional, violando-se frontalmente atividades do sistema de justiça, o que atinge a separação dos poderes e a própria democracia. Senão, veja-se.

No dia 9 de dezembro de 2011, o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.902/2011 (apensada ao PL 8.045/2010 - Código de Processo Penal), para a modificação do regime das medidas assecuratórias patrimoniais do Código de Processo Penal, e criação uma nova medida cautelar denominada *indisponibilidade de bens*, em substituição aos institutos do sequestro, arresto e hipoteca legal (arts. 125 a 144).

A necessidade de aprimoramento dessas medidas é unânime. Todos que militam na seara criminal sabem que as cautelares patrimoniais são muito pouco utilizadas, pois não atendem aos interesses da sociedade

(assegurar a recuperação de ativos e os proveitos do crime), ou das vítimas (reparação do dano).

Em pesquisa realizada pela Fundação Getulio Vargas (FGV) sobre o funcionamento das medidas assecuratórias no processo penal, 82% dos magistrados ouvidos apontaram a desatualização das providências para bloquear bens.⁴⁶¹ Outro dado aferido, e que reforça os dados encontrados, refere-se à baixa utilização das medidas pelos magistrados – das sentenças proferidas entre agosto de 2008 e agosto de 2009, apenas 4% dos juízes participantes da pesquisa decretaram a indisponibilidade dos bens para a reparação dos danos causados, e somente 6% determinaram medidas similares para assegurar a recuperação do proveito do crime na hipótese de condenação. A ineficácia do atual regime de medidas cautelares alimenta a preferência dos juízes por mecanismos *de lege ferenda*, traduzidos pela aplicação do poder geral de cautela - 83% dos juízes entrevistados pela FGV (17% do total manifestaram preferência pela existência apenas desse instituto, sinalizando a imprestabilidade das atuais medidas assecuratórias).

Esses números servem como importante alerta de desequilíbrio dos Poderes da República. Se o Legislativo não promover as mudanças necessárias – ou, ao contrário, aprovar a criminalização do emprego de medidas assecuratórias -, o Judiciário não terá à disposição meios de enfrentar as situações cotidianas e se verá impelido a deixar de aplicar cautelares ou a utilizar-se de medidas inominadas, diferentes daquelas aplicadas por outros juízes, mais ou menos gravosas e sem critérios claros e objetivos. Qualquer desses dois caminhos ameaça o indivíduo, a sociedade e o Estado.

Indubitavelmente, a aprovação do art. 36 do presente Projeto de Lei contribuirá ainda mais para o desuso dos importantes instrumentos apontados.

Os motivos do atual mau funcionamento de tais ferramentas, que se agravará com a aprovação do tipo em estudo, é de simples diagnóstico. O principal diz respeito justamente à desatualização dos mecanismos – desde a edição do Código de Processo Penal, em 1941,

461 Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

a única atualização dessas medidas, meramente cosmética, foi a alteração da nomenclatura com a Lei n. 11.435/2006.

Ao mesmo tempo, o mundo hoje é completamente diverso daquele existente há setenta anos. As mudanças ocorridas – integração dos serviços financeiros mundiais, avanços na área de telecomunicações, esmaecimento das fronteiras gerado pela globalização – tiveram impacto profundo na realidade socioeconômica. Muitos foram os progressos e facilidades criadas, inclusive para o aproveitamento e ocultação do proveito do crime.

Em sentido oposto ao dispositivo ora analisado, o Projeto de Lei n. 156/2009 – elaborado por uma Comissão de Juristas indicada pelo Senado Federal⁴⁶² –, conquanto pouco modifique esse cenário, inova na possibilidade de alienação antecipada dos bens e na criação de uma medida cautelar genérica que antecede a decretação de outras providências específicas, chamada *indisponibilidade*. Trata-se de *medida assecuratória* para futura aplicação das outras providências cautelares, pois poderia ser decretada mesmo sem indícios da origem ilícita dos bens.

Também o PL n. 2.902/2011,⁴⁶³ que unifica todas as medidas em uma só e facilita a compreensão de seu funcionamento –, é diametralmente oposto ao art. 36 do Projeto em estudo. Elenca como requisitos para a aplicação da medida de indisponibilidade: I - indícios da proveniência ilícita dos bens, direitos e valores, ressalvada a hipótese de reparação do dano; II - prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria; e III - indícios de comportamento do detentor ou proprietário dos bens, direitos ou valores tendentes a se desfazer destes ou utilizá-los para a prática de infração penal.

A reforma dessa legislação, em sentido totalmente oposto daquele proposto no art. 36 do Projeto analisado, é necessária para resgatar a confiança da população no funcionamento do sistema de justiça, marcado pela questionável ineficiência.

Não obstante, ainda, o dispositivo contido no substitutivo afronta *cláusula pétrea*, prevista na Constituição Federal (art. 5º, XXXV),

462 Aprovado no Senado e enviado à Câmara dos Deputados em dezembro de 2012, sob o n. 8.045/2011. Em janeiro de 2011, foi apensado ao PL n. 7.987/2010, que também propõe a reforma do Código de Processo Penal.

463 Apensado ao PL n. 8.045/2011.

qual seja, a de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ante o exposto, para que não se infrinja a legalidade exigida pela Constituição Federal; não se viole o princípio da separação dos poderes; não cause problemas empíricos; e não castre ferramentas importantes para a prevenção de crimes e recuperação de ativos, sugere-se a supressão do dispositivo.

Art. 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O conteúdo do dispositivo não constava do Projeto original oferecido pelo Senador Renan Calheiros.

Não obstante, o dispositivo constou do primeiro relatório oferecido pelo Senador Roberto Requião, no art. 40, com a seguinte redação: “Requerer vista de processo em apreciação por órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.⁴⁶⁴ Não há, no relatório apontado, nenhuma indicação da origem da redação desse crime.

Como as razões da inclusão desse crime não foram expostas nos relatórios, é difícil perquirir os motivos do Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará

464 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 25-PLEN, propôs a supressão do dispositivo do Projeto, ao argumento de que seria impossível constatar a prática de crime por procrastinação.

Trata-se o artigo em análise do chamado *crime de procrastinação*.

O referido dispositivo estabelece distinção indevida entre juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados particulares, prevendo a punição, apenas, dos três primeiros em caso de requerimento de vista de autos de processos em apreciação por órgão colegiado.

Ademais, a indesejada procrastinação deve ser coibida não apenas nos processos em apreciação de órgão colegiado, mas em todos os feitos.

Com o propósito de evitar afronta ao princípio da isonomia e para abranger todas as situações de indevida procrastinação, sugere-se alterara a redação do dispositivo nos seguintes termos:

Art. 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo em que tenha vista ou conclusão, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O conteúdo do dispositivo não constava do Projeto original oferecido pelo Senador Renan Calheiros.

Não obstante, o dispositivo constou do quinto relatório oferecido pelo Senador Roberto Requião, no art. 38, com a seguinte redação:

Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.⁴⁶⁵

Não há, no relatório apontado, nenhuma indicação da origem da redação desse crime.

Como as razões da inclusão do crime em análise não foram expostas nos relatórios, é difícil perquirir os motivos do Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

O Senador Ricardo Ferraço, na Emenda n. 38-CCJ, requereu a supressão do dispositivo, ao argumento de que a conduta nele descrita, consistente no pedido de vista com intuito procrastinatório, já está contemplada no art. 319 do Código Penal, que descreve o crime de prevaricação.

Como se pôde verificar, a emenda não foi acolhida pelo Relator.

Para evitar injusta criminalização da liberdade de opinião, é preciso incluir o elemento normativo do tipo esculpido nas elementares, isto é, “com o fim de constranger o investigado ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Pelas razões expostas, em observância ao princípio da igualdade, sugere-se a inclusão do elemento normativo do tipo esculpido nas elementares, nos seguintes termos:

465 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação, *com o fim de constranger o investigado ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Grifou-se)

CAPÍTULO VII – DO PROCEDIMENTO

Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

CAPÍTULO VII – Do Procedimento

Art. 39. O processo e julgamento dos delitos previstos nesta Lei obedecerá o processo comum, estabelecido no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código de Processo Penal.

Parágrafo único. A propositura da ação penal não impede a instauração da ação civil de reparação e do processo administrativo disciplinar, nem suspende o andamento destes, se já tiverem sido instaurados.

CAPÍTULO VIII – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. O art. 2º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º [...]

§ 4º-A. O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no **caput**, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. (N.R.)

[...]

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. (N.R.)

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária.”,

A redação original da proposta do Senador Renan Calheiros esculpia:

Art. 43. O artigo 2º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º [...].

§ 4º [...].

§ 4º-A. O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no art. 2º bem como o dia em que o preso deverá ser libertado.

§ 5º [...].

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.

§ 8º. Para o cômputo do prazo de prisão temporária, inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão”.

O dispositivo exige uma modificação, sob pena de inaplicabilidade – “O mandado de prisão conterà necessariamente [...] o dia em que o preso deverá ser libertado” (grifou-se). Essa exigência tem um motivo evidente, qual seja, a impossibilidade de previsão, em todos os casos, do exato dia em que o mandado de prisão temporária será cumprido. Ao contrário, são ordinárias as hipóteses de fuga em que as diligências policiais para localização e prisão do investigado se estendem por dias.

Em sendo imprevisível o dia do cumprimento da prisão, termo *a quo* da temporária, é igualmente impossível exigir que o mandado contenha o dia em que o preso será libertado (termo *ad quem*).

Pelas razões expostas, para assegurar a aplicabilidade da disposição e assegurar a confiança no sistema de justiça, sugere-se a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. O art. 2º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º [...]

§ 4º-A. O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no *caput*. (N.R.) [...]

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. (N.R.)

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária.”

Art. 41. O art. 10 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (N.R.)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* com objetivo não autorizado em lei.” (N.R.)

Na proposta original do Senador Renan Calheiros, a redação era nos seguintes termos:

Art. 42. O artigo 10 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. Promover interceptação telefônica, de fluxo de comunicação informática e telemática, ou escuta ambiental, sem autorização judicial:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I – promove quebra de sigilo bancário, de dados, fiscal, telefônico ou financeiro sem autorização judicial ou fora das hipóteses em que a lei permitir;
II – dá publicidade, antes de instaurada a ação penal, a relatórios, documentos ou papéis obtidos como resultado de interceptação telefônica, de fluxo comunicação informática e telemática, de escuta ambiental, de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou financeiro regularmente autorizados.

§ 2º. Se o crime for praticado por agente de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, atua com abuso de autoridade, este sujeitar-se-á ao regime de sanções previstas em lei específica”.

Também constava da proposta original do Senador um crime semelhante, previsto no art. 22, com a seguinte redação:

Promover interceptação telefônica, de fluxo de comunicação informática e telemática, ou escuta ambiental, sem autorização judicial ou fora das demais condições, critérios e prazos fixados no mandado judicial, bem assim atingindo a situação de terceiros não incluídos no processo judicial ou inquérito:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – promove a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico sem autorização judicial ou fora das hipóteses em que a lei permitir;

II – acessa dados protegidos por sigilo fiscal ou bancário sem motivação funcional ou por motivação política ou pessoal, ainda que tenha competência para tanto;

III – dá publicidade, antes de instaurada a ação penal, a relatórios, documentos ou papéis obtidos como resultado de interceptação telefônica, de fluxo comunicação informática e telemática, de escuta ambiental ou de quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico regularmente autorizados.

O Senador Romero Jucá, na Emenda n. 31-CCJ, propôs a inclusão de duas condutas, ambas punidas com reclusão, de dois a quatro

anos, e multa: a primeira, relacionada à divulgação de segredo de justiça; e, a segunda, destinada a punir o retardamento na investigação ou a não instauração desse procedimento nos casos de violação de segredo de justiça. A primeira sugestão, contida na emenda, foi acolhida pelo Relator.

Como se sabe, as captações de conversas podem ocorrer de três formas distintas: interceptação, escuta e gravação.

A interceptação, ou interceptação em sentido estrito, caracteriza-se pela captação de conversa feita por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores. Em outras palavras, há interceptação quando terceiro capta conversa alheia sem o conhecimento dos interlocutores. Pode ser telefônica ou ambiental.

As interceptações de comunicações - no sentido amplo de imiscuir-se, intrometer-se ou captar, e não de interromper - comportam dois gêneros: as telefônicas e as ambientais. A interceptação telefônica se caracteriza pela invasão de alguém, por instrumentos próprios, da conversa mantida por telefone entre duas ou mais pessoas. A interceptação ambiental é aquela em que alguém capta a conversa mantida entre duas ou mais pessoas fora do telefone, em qualquer recinto.

Guilherme de Souza Nucci lembra que “a primeira delas é regulada por esta Lei (9.296/96) e pode configurar crime, se não foi observada a forma legal para ser realizada. A segunda não encontra previsão legal, portanto, delito não é”.⁴⁶⁶

A interceptação ambiental (captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio) comporta três espécies: captação de conversa alheia mantida em local público; em local privado; e em lugar público, porém em caráter sigiloso.

A captação de conversa alheia mantida em local público não tem proteção constitucional - “se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado”.⁴⁶⁷ Se mantida em local privado, ou em lugar público, mas com caráter sigiloso expressamente admitido pelos interlocutores, constitui invasão de privacidade, salvo se realizada com autorização judicial.

466 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 758.

467 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 758.

A escuta se diferencia pelo conhecimento (ciência) e concordância de um dos interlocutores. Nesse caso, o terceiro capta a conversa alheia com o conhecimento e concordância de um deles; não há, portanto, interceptação, justamente porque existe autorização de um dos envolvidos na conversa. Seu emprego é muito comum nas hipóteses de sequestro em que a família da vítima consente com a captação que é feita, obviamente, sem o conhecimento do sequestrador.

Por fim, a gravação ocorrerá quando um dos próprios interlocutores registra (grava) o que se passa. Nesse caso, pela inoportunidade de intervenção de terceiros, não configura interceptação. Pode ser telefônica ou ambiental. Costumeiramente, essa interceptação é chamada de clandestina pelo simples fato de um dos interlocutores não saber que está sendo registrada a conversação pelo outro. Essa intervenção não configura crime.⁴⁶⁸

Trata-se de importante instrumento para investigação de crimes praticados por organizações criminosas.

O dispositivo do Projeto em estudo, além de inconstitucional, padece de algumas incorreções técnicas. Por exemplo, não distingue a interceptação ambiental (captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio); a escuta ambiental (captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores); e a gravação ambiental (gravação feita pelo próprio interlocutor).

O art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal apenas torna inviolável as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, e da correspondência, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

468 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 759.

No rol estabelecido pelo dispositivo constitucional, não estão abrangidas as interceptações ambientais, a escuta ambiental e a gravação ambiental que o tipo em estudo pretende criminalizar.

Guilherme de Souza Nucci esclarece:

[...] temos defendido que não há direito ou garantia fundamental de caráter absoluto. Por este motivo e também pelo fato de não poder existir norma constitucional a proteger o delinquente, não vemos nenhuma razão para interpretar, restritivamente, o conteúdo do mencionado inciso XII. Parece-nos, pois, estar autorizada, desde que por ordem judicial, para fins de investigação e processo criminal, toda e qualquer interceptação, desde que prevista em lei.⁴⁶⁹

Dessa maneira, a Constituição Federal determina quatro inviolabilidades de comunicação, salvo por força de decisão judicial. O rol é taxativo, não exemplificativo, e à lei não cabe enumerar outras inviolabilidades, estendendo-as, mas apenas a forma em que tais comunicações serão violadas por ordem judicial. Aqui incide o princípio básico do *inclusio unius alterius exclusio* (o que não foi incluído, é porque foi excluído).

Se o próprio Texto Constitucional não concedeu a inviolabilidade das conversas entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio (interceptação ambiental); das captações feitas com o consentimento de um ou alguns interlocutores (escuta ambiental); e das conversas feitas pelo próprio interlocutor (gravação ambiental), não pode a lei ordinária incluí-las no rol das inviolabilidades, acrescentando privilégios que a Constituição Federal não confere a nenhuma outra pessoa.

A propósito do uso dessas captações/escutas como elementos probatórios, Fernando Capez elucida:

[...] se a conversa não era reservada, nem proibida a captação por meio de gravador, por

469 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 757.

exemplo, nenhum problema haverá para aquela prova. Em contrapartida, se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade.⁴⁷⁰

Como se pôde verificar, em alguns casos, a interceptação, a escuta ou a gravação ambiental nem ao menos caracterizarão ilícitos processuais, não havendo, portanto, razão para criminalizá-las.

Ademais, criminalizar a escuta ambiental (captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores), como faz expressamente o dispositivo em análise, é total contrassenso. Se há consentimento de um dos interlocutores para a gravação da conversa, não pode esse registro ser considerado criminoso, sob pena de criminalizar-se importante instrumento para investigação de crimes praticados por organizações criminosas.

Do contrário - e com maior razão -, deveriam ser também criminalizadas as interceptações ambientais (captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio), em que não há consentimento dos interlocutores. Com isso, seriam criminalizados todos os sistemas de monitoramento de segurança de estabelecimentos comerciais, vias públicas, presídios, penitenciárias, entre outros.

Pelas razões expostas, para evitar inconstitucionalidades, assegurar a confiança no sistema de justiça, e não criminalizar importantes ferramentas empregadas no esclarecimento de infrações penais e sua autoria, sugere-se a seguinte redação:

Art. 41. O art. 10 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 10. [...]

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a interceptação com objetivo manifestamente proibido por lei. (Grifou-se)

470 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 514.

Art. 42. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 227-A:

“Art. 227-A. Os efeitos da condenação prevista no inciso I do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta Lei, praticados por servidores públicos com abuso de autoridade, são condicionados à ocorrência de reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independerá da pena aplicada na reincidência.”

O dispositivo do Projeto original do Senador Renan Calheiros que mais se aproximava do art. 42 era o art. 41:

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 244-B:

“Art. 244-B. Para os crimes previstos nesta lei, praticados por servidores públicos com abuso de autoridade, o efeito da condenação previsto no artigo 92, inciso I, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), somente incidirá em caso de reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, mandato ou função, neste caso, independerá da pena aplicada pelo crime gerador da reincidência”.

Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:

“Art. 7º-B. Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II a V do *caput* do art. 7º:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

O dispositivo não constava da redação original do Projeto oferecido pelo Senador Renan Calheiros. Entretanto, foi incluído já no primeiro dos seis relatórios oferecidos pelo Senador Roberto Requião ao argumento a seguir:

Acolhemos também diversas contribuições encaminhadas pelas lideranças desta Casa, o que reflete a legitimidade do processo de construção do texto que apresentamos. Entre as sugestões, vale mencionar a tipificação do crime contra direito ou prerrogativa de advogado [...].⁴⁷¹

As circunstâncias apontadas sugerem que o dispositivo foi incluído pelo próprio Relator, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal, isto é, “Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer”.

O Senador Aloysio Nunes, na Emenda n. 21-PLEN, propôs a supressão desse dispositivo, ao argumento a seguir:

[...]é compreensível o desejo da classe advocatícia em pleitear a criminalização de condutas que violem sua prerrogativa profissional. A advocacia é função essencial à Administração da Justiça e assim está consagrado no texto constitucional. Todavia, *não se mostra correto e entendemos que há violação ao princípio da taxatividade e da pessoalidade penais, e, portanto, da legalidade e da proporcionalidade, a construção de tipo penal em que se pune conduta baseada em circunstâncias por vezes alheias à esfera de intenção e de responsabilização objetiva*

471 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

do agente. A proposta deslocará o equilíbrio processual para longe do intuito de Justiça criminal, promovendo um embate entre patronos e órgãos responsáveis pela persecução penal. O momento não é adequado para tal discussão. Há, na CCJ do Senado, matéria de mesmo teor aguardando consenso para ser deliberada. O que não há até o momento. (Grifou-se)

Como se pôde verificar, a emenda não foi acolhida. No entanto, assiste razão ao Senador Aloysio Nunes.

Os incs. II a V do *caput* do art. 7º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB – EAOAB) dispõe:

São direitos do advogado:

II – *a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho*, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua *correspondência* escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008);

III – *comunicar-se* com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV – *ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante*, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em *sala de Estado Maior*, com instalações e comodidades

condignas, *assim reconhecidas pela OAB*, e, na sua falta, em *prisão domiciliar*. (Grifou-se)

Profissão alguma, por mais relevante que seja, goza de imunidades semelhantes ou inviolabilidade absoluta de seu escritório ou local de trabalho, de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática. Essa imunidade nem mesmo é conferida à medicina, cujo local de trabalho ordinariamente abarca situações de intimidade e privacidade de seus pacientes, muitos em situação de alta vulnerabilidade; onde se devem manter condições sanitárias de alta qualidade; em que há exposição a produtos nocivos (se utilizados sem os cuidados necessários) e drogas que somente podem ser ministradas por pessoas especializadas; em que são realizados procedimentos cirúrgicos.⁴⁷²

A imunidade não alcança o consultório psicológico ou psiquiátrico, tampouco os registros clínicos dos respectivos pacientes. As igrejas e seus documentos não são invioláveis. Embaixadas podem ser violadas, conforme a Convenção de Viena, nos casos de tráfico de entorpecentes, contrabando e terrorismo. Os cônsules são imunes apenas no território do consulado e somente para crimes funcionais, elencados expressamente na Convenção de Viena. Os gabinetes parlamentares, seus arquivos e documentos, também não são absolutamente intocáveis.

A casa – esta, sim, inviolável por força de regra constitucional (art. 5º, XI) – não conta com proteção absoluta e admite as exceções nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, do socorro e da determinação judicial.

Esse é o motivo pelo qual se discute punição bastante severa a juízes e promotores em razão de eventuais excessos praticados no exercício de suas funções. Com os demais profissionais, sobretudo operadores do direito, não pode ser diferente.

472 Na manifestação do Min. Cezar Peluso, por ocasião da sessão de julgamento, o Magistrado indaga: “Mas há outras profissões que também têm sigilo profissional. Por que só para os advogados?” E, adiante, pondera: “Ou seja, há aí, de certo modo, tratamento desigual, porque há outras categorias que também estão acobertadas pelo sigilo constitucional e que poderiam invocar a mesma necessidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF. j. em 17 de maio de 2006. Min. Cezar Peluso, DJ de 11 de junho de 2010).

Deve-se lembrar que nem mesmo a Constituição Federal concedeu imunidade aos advogados. O art. 133 desse ordenamento determina que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo *inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (grifou-se).

Dessa maneira, a Constituição Brasileira determina duas inviolabilidades ao Advogado, ambas relativas: atos no exercício profissional; e manifestações, também no desempenho da advocacia. Aqui, novamente, incide o princípio básico do *inclusio unius alterius exclusio* (o que não foi incluído, é porque foi excluído). Deixou-se a cargo da lei a imposição de limites, mas as inviolabilidades são exclusivamente aquelas estabelecidas no Texto Constitucional – “tanto a indispensabilidade quanto a inviolabilidade devem ser observadas nos limites da lei”.⁴⁷³ O rol é taxativo, não exemplificativo, e à lei cabe fixar os limites das imunidades declaradas, e não as estender. Se a própria Constituição Federal não concedeu a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus instrumentos; e da sua *correspondência* escrita, eletrônica, telefônica e telemática; da *comunicação* com seus clientes, pessoal e reservadamente, não pode a lei ordinária conceder tais imunidades, acrescentando privilégios que o Texto Constitucional não confere - aos advogados ou a qualquer outra pessoa.

O escritório ou local de trabalho do Advogado não pode servir de salvaguarda para a prática de condutas indevidas. Do mesmo modo, não se pode resguardar, de modo absoluto, suas conversas telefônicas, telemáticas ou de qualquer outra natureza - para além daquilo assegurado aos demais cidadãos.

A adoção de providências jurídicas em desfavor de advogados deve ser admitida, mediante decisão judicial fundamentada, quando houver razões fáticas e fundamentos legais que a justifiquem.

Do mesmo modo, o exercício de suas funções profissionais deve ser assegurado na sua plenitude, desde que inexista razão

473 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006, Min. Cezar Peluso, fl. 07. DJ de 11 de junho de 2010.

plenamente justificada a permitir eventuais limitações. Trata-se de decorrência lógica da interpretação dos preceitos constitucionais, que devem ser harmonizados sempre que houver aparente conflito entre eles.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127,⁴⁷⁴ do Distrito Federal, o Pleno do STF debruçou-se sobre algumas das questões agora reprimidas com maior gravame, pois sob condição de crime de abuso de poder.⁴⁷⁵ A Suprema Corte assentou entendimento de que a proteção constitucional estabelecida no art. 133 potencializa o “desempenho profissional voltado à cidadania, à defesa dos direitos dos cidadãos, obstaculizando qualquer enfoque que, de qualquer forma, pudesse inibir a atuação do causídico”. Não se presta, portanto, a trincheira para questões corporativistas.

O Supremo Tribunal Federal conferiu, ao inc. II do art. 7º, interpretação na linha da Constituição Brasileira para permitir a violação do escritório ou local de trabalho, seus arquivos, correspondências e comunicações do Advogado por ordem judicial, em investigação ou instrução processual penal, pois “a inviolabilidade não tem caráter absoluto”.⁴⁷⁶

A única inviolabilidade absoluta reconhecida pelo Supremo e admitida como constitucional é a da “presença do advogado em qualquer ato judicial (não é possível coibir a presença de advogado, impedir, obstaculizar)”, mas que não é obrigatória

474 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010.

475 É fundamental destacar que o julgamento, de 2006, é anterior à redação dada ao inciso II do art. 7º do EAOAB, pela Lei n. 11.767/08. Até então o referido inciso estava assim redigido: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB” (grifou-se) Com o advento da Lei n. 11.767/08, passou à redação atual: “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”. Não há mais sequer a ressalva da hipótese de busca e apreensão determinada por magistrado.

476 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006, *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Carlos Britto, à fl. 13 da sessão de julgamento.

- menciona-se os exemplos do *habeas corpus*, revisão criminal e pleitos da Justiça do Trabalho.⁴⁷⁷

O STF já manifestava preocupações de que a imunidade prevista no art. 7º, inc. II - ainda não erigida à condição de crime de abuso de poder – “tonasse ineficaz a busca e apreensão”.⁴⁷⁸ O que se fará “na hipótese de a Ordem, comunicada, não comparecer?”⁴⁷⁹ Estará totalmente ineficaz qualquer investigação?”⁴⁸⁰

O Ministro Cezar Peluso classificou a imunidade, que não caracterizava crime de abuso, como “uma mutilação do poder jurisdicional”.

Na hipótese do inc. IV do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB) – “ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB” – o Supremo lembrou, igualmente, que essa é providência maior do que aquela assegurada a parlamentares, que podem ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis independentemente da presença de *curador do flagrante*⁴⁸¹ (art. 53, § 2º, da Constituição Federal,). Foi assentado entendimento segundo o qual a comunicação para que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) apresente representante apenas é necessária no caso de lavratura do auto de flagrante, e não no de execução da prisão.

Naquilo atinente ao disposto no inc. V – “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado

477 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006, DJ de 11 de junho de 2010, voto do Min. Ricardo Lewandowski, Relator para Acórdão. Na sequência, o Min. Cezar Peluso pergunta: “Vossa Excelência diz, então, que o preceito é de caráter relativo?” O Min. Lewandowski responde: “Sem dúvida, relativo no seguinte sentido [...]”. Em igual sentido: ADI, n. 1.539, do STF.

478 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Gilmar Mendes.

479 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Sepúlveda Pertence.

480 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Joaquim Barbosa.

481 Expressão do Min. Sepúlveda Pertence.

Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar” –, a Suprema Corte decidiu que o reconhecimento da dignidade das instalações é prerrogativa da Administração Pública e, portanto, não pode ficar sujeito a entidade de classe. Por isso, para conceder interpretação conforme a Constituição Federal, suprimiu do inc. V o trecho “assim reconhecidas pela OAB”.

Ao final, foi exarado o seguinte julgamento:

O Tribunal, examinando os dispositivos impugnados na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994: a) por unanimidade, em relação ao inciso I do artigo 1º, julgou prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão “juizados especiais”, e, por maioria, quanto à expressão “qualquer”, julgou procedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Relator e Carlos Britto; b) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao § 3º do artigo 2º, nos termos do voto do Relator; c) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou desacato”, contida no § 2º do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Relator e Ricardo Lewandowski; d) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso II do artigo 7º, nos termos do voto do Relator; e) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso IV do artigo 7º, nos termos do voto do Relator; f) por maioria, entendeu não estar prejudicada a ação relativamente ao inciso V do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. No mérito, também por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão “assim reconhecidas pela OAB”, vencidos os Senhores Ministros Relator, Eros Grau e Carlos Britto; g)

por maioria, declarou a inconstitucionalidade relativamente ao inciso IX do artigo 7º, vencidos os Senhores Relator e Sepúlveda Pertence; h) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta quanto ao § 3º do artigo 7º; i) por votação majoritária, deu pela procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e controle”, contida no § 4º do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, sendo que este último também declarava a inconstitucionalidade da expressão “e presídios”, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Celso de Mello; j) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, quanto ao inciso II do artigo 28, para excluir apenas os juízes eleitorais e seus suplentes, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio; k) e, por votação majoritária, quanto ao artigo 50, julgou parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme ao dispositivo, de modo a fazer compreender a palavra “requisitar” como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos desta requisição. Ficam ressalvados, desde já, os documentos cobertos por sigilo. Vencidos os Senhores Ministros Relator, Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

Após essa decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento:

O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho

*do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial.*⁴⁸²
(Grifou-se)

E também é da lavra da Suprema Corte:

*EMENTA Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Desentranhamento das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente. Extensão da empresa investigada. Mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judicial competente. Possibilidade. 1. Restou demonstrado nos autos que o escritório de advocacia onde foram encontrados os documentos que ora se pretende o desentranhamento era utilizado pelo paciente, também, para o gerenciamento dos seus negócios comerciais. O sucesso da busca no escritório de advocacia comprova que, de fato, aquele local era utilizado como sede de negócios outros, além das atividades advocatícias. 2. É adequada a conduta dos policiais federais que estavam autorizados a cumprir os mandados de busca e apreensão, expedidos por autoridade judicial competente, “nas sedes das empresas”, com a finalidade de coletar provas relativas aos crimes investigados no inquérito. 3. Habeas corpus denegado.*⁴⁸³

PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos,

482 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 91.610/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08/06/2010.

483 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n. 96.407/RS. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 06/04/2010.

óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. *Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional.* Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.⁴⁸⁴ (Grifou-se)

484 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Inquérito n. 2.424/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 26/11/2008.

Ante o exposto, considerando as inconstitucionalidades apontadas e já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, por infração ao princípio da separação dos poderes e também da taxatividade, bem como desrespeito ao disposto no art. 133 da Constituição Brasileira; sugere-se suprimir o dispositivo.

Art. 44. Revogam-se a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e o § 2º do art. 150 e o art. 350, ambos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

A redação original do Projeto do Senador Renan Calheiros continha a seguinte composição - “Revogam-se o § 2º do artigo 150, o § 1º do art. 316 e os artigos 322, 350, seu parágrafo único e incisos, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.”.

Art. 45. Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

A redação original do Projeto do Senador Renan Calheiros dispunha: “Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação.”.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira. 1999.
- ANTÓN, Tomás S. Vives. *Comentários al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008. v. 3.
- _____. *A política*. São Paulo: Ediouro, 1997.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986. t. III, v. XXIII.
- _____. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932. v. 5.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BÍBLIA SAGRADA. *O novo testamento: epístola de Paulo aos romanos*. Capítulo 13, versículo 1. Versão da Imprensa Bíblica Brasileira baseada na tradução em português de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Casa Publicadora Batista, 1967.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Trad. de João Ferreira et al. (Coords.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto n. 952/1956. *DOU* de 16 de janeiro de 1956, Seção 1, p. 3/4.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 3.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Forense, 1966. t. 4.

BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: du Seuil, 1970.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. New York: West, 2011.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. II.

_____. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 10, p. 376-417, 1947.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito constitucional*. Lisboa: Almeida, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÍCERO, Marco Tulio. *Da República* – I. Ponta Grossa, PR: Atena, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da justa causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "writs" na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Astrea, 1981. p. 188. In: MOLINAS, Fernando Horacio. *El dolo y en daño en el delito de abuso de autoridad*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário Compacto de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do Interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980. v. 1.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 44, n. 235, p. 3-15, maio 1955.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. (Coleção Debates).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito penal e direitos humanos - coletânea de escritos esparsos; e Advocacia e liberdade - crônica dos tempos da ditadura*. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995.

_____. *Lições de direito penal* - parte especial. São Paulo: Bushatsky, 1959. v. 3.

_____. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky. 1959. v. 4.

_____. *Lições de direito penal* - parte especial. São Paulo: Bushatsky, 1958. v. 1.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. São Paulo: RT, 1999.

FREUD, Sigmund. *O ego e o id e outros trabalhos (1923-1925)*. São Paulo: Imago, 2006. (Col. Obras psicológicas completas, v. IX.).

_____. *Sobre a psicopatologia da vida cotidiana (1901)*. São Paulo: Imago, 1996. (Col. Obras psicológicas completas, v. VI).

FRANÇA. Código Penal Francês (*Ordonnance n.º 2000-916, du 19 septembre 2000, art. 3, Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002*).

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O princípio da supremacia do interesse público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do Interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. t. I, v. I.

_____. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. t. II, v. I.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal* - parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 2. (Col. Ciências criminais).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* - parte geral. Niterói: Ímpetus. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. I - Parte Geral. Niterói: Ímpetus. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Parte I. Cap. XIV.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. II, v. I.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI.

ITÁLIA. Código Penal Italiano, *Regio Decreto nº 1398*, de 19 de outubro de 1930. Livro 2 (Do Delito em Particular).

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal - parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

_____. *Direito penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

KNAPPMAN, Edward W., *Great American trials*. Canton: Visible Ink Press, 1983.

LANDREVILLE, Pierre. *Criminalité et abus de pouvoir*. In: LYRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LINQUEVIS, Flávio L. Breves comentários sobre o crime de abuso de autoridade e a proposta 280/2016: um país em busca de sua identidade. *Revista Conceito Jurídico*, Brasília, ano I, p. 30-33, 2 fev. 2017.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O habeas-corpus no Brasil: recurso popular e protector á liberdade individual*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva. 1980. v. 2.

_____. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005. v. I.

_____. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. III.

_____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.

_____. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. IV.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal* - introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

MOLINAS, Fernando Horacio. *El dolo y en daño en el delito de abuso de autoridad*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Livro I, Cap. II.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro quinto: libris lerribilis, título CXX: em que maneira os fidalgos e cavaleiros, e semelhantes pessoas devem ser presos. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1280.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Primeiro livro: das ordenações, título XXXIII - do carcereiro da corte. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p76.htm>>; <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p77.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme Au Programme Officiel*. Paris: Hachette, 2016.

PODGOR, Ellen S. *White collar crime*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013.

PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais - parte II*. São Paulo: RT, 2009.

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 39/40, p. 73-82, 1975.

_____. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Martins, 1960.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: LE, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Hemus, 1981. Livro I, Cap. I.

SANDRONI, Cícero, Academia Brasileira de Letras. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, n. 79, p. 403-405, maio 1990.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1983. t. V.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, saneamento do processo, pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, p. 152-178, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOMÁS DE AQUINO. Santo. *Suma teológica* - parte 3, q. 64, art. 5. São Paulo: Loyola, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

WALLACE, Harvey; ROBERSON, Cliff. *Principles of criminal law*. Cambridge: Pearson, 2015.

WEBER, Max. *Economie et société*. Paris: Plon, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 35.540. Rel. Min. José Arnaldo, *DJ* de 05.08.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ag.Reg. na Reclamação n. 16.292-RS. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.03.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Cezar Peluso, à fl. 07 da sessão de julgamento.

_____. _____. Pleno. ADI 3.112-1/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.05.2007, *DJE* n. 131, de 26.10.2007.

_____. _____. Primeira Turma. HC 94387 ED. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 6.4.2010, *DJe* de 21.5.2010.

_____. _____. Primeira Turma. Rcl 22062 AgR. Rel. Min. Barroso, j. em 15.3.2016, *DJe* de 20.5.2016.

_____. _____. Segunda Turma. HC 88190. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 29.8.2006, *DJ* de 6.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. _____. _____. Rcl 22009 AgR. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 16.2.2016, *DJe* de 12.5.2016.

_____. _____. _____. Pet 6164 AgR. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 6.9.2016, *DJe* de 21.9.2016.

_____. _____. _____. Rcl 25012 AgR. Rel.r Min. Edson Fachin, j. em 14.3.2017, *DJe* de 27.3.2017.

_____. _____. Pleno. Rcl 10110. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.10.2011, *DJe* de 8.11.2011.

_____. _____. _____. Pleno. Rcl 16436 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 29.5.2014, *DJe* de 29.8.2014.

_____. _____. 2ª Turma. HC n. 103.003-SP. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 29.03.2011.

_____. _____. _____. HC n. 90.172-SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., j. em 5 de junho de 2007.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010.

_____. _____. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006, *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Carlos Britto, à fl. 13 da sessão de julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006, *DJ* de 11 de junho de 2010, voto do Min. Ricardo Lewandowski, Relator para Acórdão.

_____. _____. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Gilmar Mendes.

_____. _____. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Sepúlveda Pertence.

_____. _____. ADIn n. 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Joaquim Barbosa.

_____. _____. ADIn n. 1.127-DF. j. em 17 de maio de 2006. *DJ* de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Cezar Peluso na sessão de julgamento.

_____. _____. Ag.Reg. na Reclamação n. 8.409-MG. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12.12.2013.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 89.419-RO. Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática em 7 de agosto de 2006. *DJ* de 14.06.2006.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 89.419-RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática em 7 de agosto de 2006. *DJ* de 14.08. 2006.

_____. _____. Pleno. Inquérito n. 2.424/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 26/11/2008.

_____. _____. Primeira Turma. HC n. 96.407/RS. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 06/04/2010.

_____. _____. Segunda Turma. HC n. 91.610/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08/06/2010.

Links de Sites Consultados

http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/07/25Pensando_Direito3.pdf

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160330_requiao_pmdb_if

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das->

[Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html)

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpussq-1679.html>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpussq-1679.html>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-de-chapultepec-1994.html>

<http://www.esmaelmorais.com.br/2016/03/requisio-ve-molecagem-de-moro-e-da-globo-em-espetaculo-midiatico/>

<http://www.fabiocampana.com.br/2016/03/requisio-critica-medida-coercitiva/>

<http://www.legix.pt/docs/PPP.pdf>

<http://www.pt.org.br/evento-de-comunicacao-em-sp-denuncia-abusos-da-globo-e-defende-lula/>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>

http://www2.camara.leg.br/acamara/conheca/historia/Ex_presidentesCD_Republica/bilac.html

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>

<https://congressonacional2017.amp.org.br/index/teses>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=2913735&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790103&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790164&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790173&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790236&disposition=inline>

[https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790236&disposition=inline.](https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790236&disposition=inline)

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790236&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790341&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790567&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790583&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790599&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790615&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4790631&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5128242&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5128242&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5215531&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5234101&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5235387&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5239240&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5242034&disposition=inline>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5242981&disposition=inline#Emenda57>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5243041&disposition=inline#Emenda58>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5243057&disposition=inline#Emenda59>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5243239&disposition=inline#Emenda60>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5243257&disposition=inline#Emenda61>

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5243273&disposition=inline#Emenda62>

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5245854&disposition=inline>

<https://ocorreiodaelite.blogspot.com.br/2016/03/globo-moro-requiao-diz-que-sequestro-de.html?m=1>

<https://twitter.com/requiaopmdb/status/830462991363670016>

<https://www.brasil247.com/pt/247/parana247/219741/Requi%C3%A3o-v%C3%AA-%E2%80%9Cmolecagem%E2%80%9D-da-parceria-Globo-Moro.htm>

<https://www.conversaafiada.com.br/brasil/requiao-e-molecagem-da-globo-e-do-moro>

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>