

Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/19

Abuse of power and abuse of authority in the exercise of legislative and jurisdictional functions under the new Law of Abuse of Authority – Brazilian Law 13,869/19

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
ricmarconde@uol.com.br

Recebido/Received: 21.02.2020 / February 21th, 2020

Aprovado/Approved: 14.09.2020 / September 14h, 2020

Resumo: Enfrentam-se, neste estudo, algumas questões controvertidas sobre o abuso de poder e o abuso de autoridade, tendo em vista a nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19). O abuso de poder subjetivo é incompatível com a função legislativa e com a função jurisdicional. Examinou-se a responsabilidade do magistrado pelo descumprimento de súmulas vinculantes ou pela violação dos tipos dos arts. 9º a 38 da Lei nº 13.869/19. O magistrado responde pela atuação dolosa, mas, regra geral, não responde pela culposa. Os magistrados que incidem em erros graves de interpretação devem ser punidos com a imposição de cursos de aprimoramento. Regra geral, é ilícita a prisão pela mera suspeita e a condução coercitiva do acusado. Do mesmo modo, o magistrado que as

Como citar este artigo/*How to cite this article*: MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/19. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 75-95, jan./mar. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1313.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (São Paulo, SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

determina responde apenas se agiu com dolo; se agiu com culpa grave, fica sujeito, observados alguns condicionamentos, à imposição de realização de cursos de aprimoramento.

Palavras-chave: Abuso de poder. Abuso de autoridade. Responsabilidade disciplinar dos magistrados. Súmula vinculante. Prisão por suspeita.

Abstract: In this study, we delve into controversial issues involving abuse of power and abuse of authority, in light of the new Law of Abuse of Authority (Law 13,869/19). The abuse of subjective power is incompatible with the legislative function and with the judicial function. One has examined the responsibility of judges and justices for non-compliance with binding precedents or for the violation of the rules under Arts. 9 to 38 of Law 13,869/19. Judges are accountable for malicious acts; however, as a rule, they are not held liable for negligent acts. Judges who commit serious errors of interpretation should be punished with the imposition of improvement courses. As a general rule, arresting under mere suspicion and imposing compulsory presence of the accused in court is unlawful. Similarly, judges who order such arrest (under suspicion) and compulsory presence in court are only held liable if acting maliciously; if, however, they are acting under gross negligence, improvement courses are imposed, subject to certain conditions.

Keywords: Abuse of power. Abuse of authority. Disciplinary liability of judges. Binding precedent. Arrest under suspicion.

Sumário: **1** Introito – **2** Desvio de poder e abuso de autoridade – **3** Desvio de poder na função legislativa e responsabilização do parlamentar – **4** Decisão vinculante, abuso de poder e responsabilidade do magistrado – **5** Responsabilidade do magistrado por abuso de autoridade – **6** Condução coercitiva e prisão por mera suspeita – **7** Conclusões – Referências

1 Introito

Por ocasião do XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Florianópolis, realizei um estudo sobre o abuso de poder e o abuso de autoridade do legislador e do juiz, à luz da Lei de Abuso de Autoridade, então vigente, a Lei nº 4.898/68.¹ Essa lei foi recentemente revogada e substituída pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que, nos termos de seu artigo 45, entrou em vigor 120 dias após sua publicação, ou seja, em 03.01.2020. Faz-se necessário apurar se as conclusões apresentadas a partir da Lei nº 4.898/65 mantêm-se parcial ou integralmente em relação ao novo diploma legal. Antecipa-se: nada se alterou! A Lei nº 13.869/19 limitou-se, em essência, a dar uma roupagem mais atual à disciplina do abuso de autoridade.

2 Desvio de poder e abuso de autoridade

O ponto inicial é a definição das expressões *desvio de poder* e *abuso de autoridade*. A primeira é uma *qualificação doutrinária* para os *vícios de pressuposto*

¹ O estudo foi publicado em: MARTINS, R. M. Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas. In: MOTTA, F.; GABARDO, E. *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 209-223.

teleológico e pressuposto material.² Consagrou-se na doutrina a utilização da expressão “abuso de poder” como gênero de duas espécies: o *excesso de poder*, quando a autoridade extravasa os limites de sua competência – referente, assim, a vícios de competência, vícios de pressuposto subjetivo –; e o *desvio de poder*, quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, não atenta para a finalidade exigida pelo Direito – referente a vícios de finalidade, vícios de pressuposto teleológico.³ A doutrina majoritária qualifica como *vício de finalidade* tanto a não concretização do princípio (*rectius*, valor jurídico)⁴ mais pesado no caso concreto, como a não utilização do meio de concretização juridicamente admitido.⁵ Por rigor científico, propus diferenciar: vícios de finalidade, referentes à não concretização do princípio mais pesado; de *vícios de contentorização*, referentes à concretização do princípio mais pesado pelo meio juridicamente equivocado.⁶ A partir dessa diferenciação, é fácil perceber que a expressão “abuso de poder” é uma qualificação doutrinária tanto para o *desvio de poder em sentido estrito*, relativo aos vícios de finalidade (deficiência de pressuposto teleológico de regularidade dos atos normativos), como para o *desvio de procedimento*, relativo aos vícios de contentorização (deficiência de pressuposto material de regularidade dos atos normativos).⁷ Regra geral, esses vícios exigem, ao menos no momento imediatamente subsequente à edição do ato normativo, a correção do vício e, assim, importam na invalidade do ato jurídico.⁸ Dizer que há *desvio de poder* é, portanto, dizer que o ato é inválido por vício de finalidade ou de contentorização.

“Abuso de autoridade” é o *nome juris* dado à realização das infrações tipificadas na Lei Federal nº 13.869/19 (que substituiu a vetusta Lei nº 4.898/65).⁹ Não

² Cf. MARTINS, R. M. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60-62.

³ Por todos: MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 90-91. Trata-se da última edição publicada em vida do autor.

⁴ É corrente na doutrina associar-se a *finalidade* à tutela do bem jurídico. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Cap. VII-44. p. 413. Prefere-se, contudo, associá-la ao princípio mais pesado no caso concreto. Cf. MARTINS, R. M. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, R. F.; MARTINS, R. M. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 31-437. p. 271 *et seq.* Utiliza-se aí a expressão “princípio jurídico” para se referir ao valor jurídico positivado, cf. MARTINS, R. M. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. Op. cit. p. 26 *et seq.*

⁵ Por todos: TÁCITO, C. O desvio de poder em matéria administrativa. In: TÁCITO, C. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 71-159. p. 157; BANDEIRA DE MELLO, C. A. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989. p. 28-32; BANDEIRA DE MELLO, C. A. Legalidade – discricionariedade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XXI, v. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988. p. 46.

⁶ É perfeitamente possível que o ato administrativo concretize o princípio mais pesado (“P1”) pelo meio juridicamente equivocado (“M2” e não “M1”); haverá vício de contentorização e não vício de finalidade. Cf. MARTINS, R. M. *Ato administrativo*. Op. cit. p. 279 *et seq.*

⁷ Cf. MARTINS, R. M. *Ato administrativo*. Op. cit. p. 282.

⁸ *Idem*. p. 415-416.

⁹ Por todos, considerando o diploma revogado, mas cujo entendimento é perfeitamente estendível ao novo diploma: MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit. p. 417.

há, portanto, que confundir: quando se indaga sobre a configuração do “abuso de poder” – ou de suas espécies, o “excesso de poder” ou o “desvio de poder” –, indaga-se sobre a validade do ato jurídico; quando se indaga sobre a configuração do “abuso de autoridade”, indaga-se sobre a tipificação da conduta do agente na Lei Federal nº 13.869/19. Não há uma relação lógica entre as figuras: é tanto possível que o ato seja válido, mas a conduta seja típica, como que o ato seja inválido e a conduta seja atípica, vale dizer, é possível que haja *abuso de autoridade* e não haja *desvio de poder* e é possível que haja *desvio de poder* e não haja *abuso de autoridade*.

3 Desvio de poder na função legislativa e responsabilização do parlamentar

No Direito brasileiro vigente, o Poder Legislativo exerce função legislativa e função administrativa. A função legislativa consiste na realização de ponderações autônomas no plano abstrato para a concretização dos valores constitucionais.¹⁰ É uma função típica do Poder Legislativo, que a exerce por meio da elaboração de leis ordinárias e complementares, decretos legislativos e resoluções. Suas atribuições, contudo, são muito mais amplas: exerce toda função administrativa necessária à administração do próprio Poder Legislativo (licitações, concursos, gestão de pessoal);¹¹ e também diversas atividades de controle externo. Não exerce função jurisdicional, mesmo quando “julga” certas autoridades por crimes de responsabilidade; trata-se, nesse caso, de exercício de função administrativa, passível de reexame jurisdicional.¹² Dito isso, indaga-se: é possível o *desvio de poder subjetivo* no exercício da *função legislativa*?

A “vontade”, base do Direito Privado, é irrelevante ou secundária no Direito Público. Na *competência vinculada*, a vontade é absolutamente irrelevante. Tanto é verdade que se o agente público, acometido de uma síncope que o prive totalmente de suas faculdades mentais, editar o ato exigido pelo Direito, no exercício de competência vinculada, o ato será válido.¹³ No exercício da função administrativa, a vontade é relevante apenas quando se trata de *competência discricionária*. Contudo,

¹⁰ Cf. MARTINS, R. M. *Ato administrativo*. Op. cit. p. 74 *et seq.* Adota-se um conceito material de função estatal, tendo em vista seu papel na ponderação dos valores constitucionais. Uma lei que impõe a “A” pagar a “B” certa quantia em decorrência do descumprimento de um contrato anteriormente celebrado e não admite a revisão dessa decisão, é uma sentença travestida de lei (*idem, ibidem*).

¹¹ *Idem*. p. 94-95.

¹² Se o Senado, por exemplo, decretar o *impeachment* do Presidente República por sua cor de pele, a decisão, por óbvio, poderá ser invalidada pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. Op. cit. p. 33, rodapé 5.

¹³ Cf. FORSTHOFF, E. *Tratado de derecho administrativo*. Traducción: Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 291.

o vício de vontade não acarreta, por si, a invalidade do ato, pois no Direito Público o que importa é, utilizando-se de uma prosopopeia,¹⁴ a vontade do ordenamento jurídico. Ocorre que na competência discricionária, o ordenamento imputa ao agente competente a escolha entre as duas ou mais alternativas igualmente admitidas como razoáveis e justas. Nesse caso, a decisão jurídica pressupõe não apenas um ato da razão, vale dizer, a interpretação do Direito (ato cognitivo), mas uma verdadeira escolha (ato volitivo). A “vontade do Direito” é a vontade do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público.¹⁵ Se o agente competente escolhe com móvel espúrio – com o intento de perseguir ou beneficiar alguém ou de beneficiar a si –, a má-fé faz presumir de forma absoluta um vício de finalidade¹⁶ ou de contentorização. Se o agente erra no exercício da competência discricionária, seu erro gera uma presunção relativa e não absoluta.¹⁷

Dito isso, no exercício da função administrativa, diferencia-se o *desvio de poder objetivo* – vício de finalidade *sem má-fé* do agente, possível tanto na competência vinculada quanto na discricionária –, do *desvio de poder subjetivo*, vício de finalidade *com má-fé* do agente, exclusivo da competência discricionária. Quando o Parlamento exerce função administrativa, seja em toda atividade administrativa realizada para a gestão do próprio Poder Legislativo (licitações, contratos, gestão de pessoal), seja em toda atividade de controle dos outros Poderes, a ele atribuída pela Constituição, sua atuação, regra geral, obedece ao regime da função administrativa. Assim, na competência vinculada é possível desvio de poder objetivo; na competência discricionária é possível desvio de poder subjetivo e objetivo. Imagine-se que a decisão do Presidente da Câmara dos Deputados relativa ao recebimento de denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República, nos termos do art. 218, §2º, do Regimento interno da Câmara dos Deputados, seja praticada com móvel espúrio. Suponha-se que revele ter recebido a denúncia porque o Presidente não cedeu a alguma exigência anteriormente feita. O recebimento da denúncia é um ato administrativo de competência vinculada e, assim, não tem sua validade maculada pelo móvel espúrio do agente. Se fosse ato de competência discricionária, comumente denominado de “ato político”, a prova da má-fé do agente importaria em presunção absoluta de vício de finalidade (desvio de poder subjetivo).

A questão mais polêmica, porém, refere-se não à função administrativa do Poder Legislativo, mas à função legislativa. É bastante difícil a configuração

¹⁴ Prosopopeia ou personificação é a atribuição de qualidades humanas a seres inanimados. Por todos: GUIMARÃES, H. de S.; LESSA, A. C. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003. p. 54.

¹⁵ Cf. MARTINS, R. M. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 118 *et seq.*

¹⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 74.

¹⁷ Cf. MARTINS, R. M. *Ato administrativo*. Op. cit. p. 277-279.

de competência vinculada no exercício da função legislativa. Quase sempre, no plano abstrato, o Direito admite duas ou mais alternativas para concretização de um valor constitucional. Função legislativa e competência discricionária são assim indissociáveis.¹⁸ É praticamente pacífico o entendimento de que a lei pode ser inconstitucional por ter positivado meio de concretização desnecessário ou desproporcional em sentido estrito.¹⁹ Sempre que a lei prestigiar o princípio menos pesado no plano abstrato ou positivar meio de concretização não admitido pelo Direito, configurar-se-á vício de finalidade ou de contentorização, típico *desvio de poder*. É, assim, perfeitamente possível o desvio de Poder Legislativo. Trata-se de um desvio de poder “objetivo”, pois leva em consideração o texto normativo em si, sem atentar para a intenção dos parlamentares que o elaboraram.

Dito isso, indaga-se sobre o desvio de poder *subjetivo* no exercício da função legislativa. É possível que a lei seja inconstitucional, formal ou materialmente, em razão de o parlamentar atuar com móvel espúrio? O *dolo* ou o *erro* do Legislador macula o diploma legislativo? A resposta é *negativa*: não existe *desvio de poder subjetivo* no exercício da função legislativa.²⁰ Os vícios de vontade dos parlamentares são, todos, para a validade das normas legislativas, desprezados pelo Direito. Se o parlamentar vota pela aprovação de um projeto de lei para beneficiar um amigo ou prejudicar um inimigo, ou porque recebeu uma propina para aprová-la, ou pensando tratar-se de outro projeto, esses vícios serão, em relação à constitucionalidade da lei, irrelevantes. A lei será constitucional se for materialmente compatível com o texto constitucional e se foi formalmente observado o processo previsto para elaborá-la. A resposta é de obviedade ululante. A Câmara dos Deputados é composta de 513 Deputados, e o Senado Federal, de 81 Senadores; dificilmente uma lei seria válida caso se admitisse que o móvel espúrio de um dos 594 parlamentares fosse suficiente para gerar presunção absoluta de vício de finalidade ou de contentorização.

A validade do diploma legislativo não significa a irresponsabilidade pessoal do parlamentar. Deputados, senadores e vereadores estão submetidos a várias esferas de responsabilização: por infração criminal, por dano civil, por quebra do

¹⁸ Prevalece na doutrina a posição contrária, segundo a qual a função legislativa corresponde a uma competência conformadora e não discricionária. Cf. MARTINS, R. M. Proporcionalidade e boa administração. *Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jul. 2017. p. 11. Discorda-se, tendo em vista a compreensão que se tem da discricionariedade. Cf. MARTINS, R. M. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit. p. 115 *et seq.*

¹⁹ Sobre os postulados da desnecessidade e da proporcionalidade em sentido estrito *vide*, por todo: CLÉRICO, L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 101 *et seq.*; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 740 *et seq.*

²⁰ Foi o que concluiu com absoluto acerto SERRANO, P. E. A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997. p. 138.

decoro parlamentar, por crime de responsabilidade, por improbidade administrativa.²¹ Assim, caso seja provado que o Parlamentar votou para aprovar um projeto de lei porque recebeu propina, deverá ser responsabilizado, pois sua conduta tipifica diversas infrações (crime de responsabilidade, ato de improbidade, quebra de decoro parlamentar, infração criminal). Insiste-se: não se deve confundir a validade do ato normativo com a responsabilidade do agente estatal que o editou. No caso de exercício de função legislativa com móvel espúrio, a lei será constitucional, mas a atuação do parlamentar será típica, configurando diversas infrações e, por conseguinte, sujeitando-o a várias sanções.

4 Decisão vinculante, abuso de poder e responsabilidade do magistrado

Outra questão que aqui será examinada refere-se à vinculação dos magistrados às súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CF/88, acrescido pela EC nº 45/04. Na *Civil Law* é possível distinguir dois tipos de vinculação: a *formal*, fundamentada numa regra expressa; e a *material*, fundamentada em princípios constitucionais. Com efeito: a *vinculação material* não decorre de textos normativos expressos, mas, sim, dos princípios da segurança jurídica e da igualdade; os precedentes devem, por força desse princípio, ser *prima facie* respeitados, de modo que seu afastamento demanda um ônus argumentativo. Para que o magistrado se afaste de um precedente materialmente vinculante deve demonstrar: 1) ou que o novo caso difere do anterior e a diferença exige outro tratamento jurídico; 2) ou que o magistrado se equivocou na compreensão do Direito, quando da decisão anterior.²² A *vinculação formal* decorre da previsão expressa em um texto normativo vigente. Nesse caso, só o órgão competente para editar o referido texto pode alterá-lo; por conseguinte, só a primeira hipótese, vale dizer, a diferença das circunstâncias fáticas, autoriza o afastamento do precedente. Logo, na vinculação formal, a percepção do equívoco de julgamento só é aberta à autoridade que tem competência para editar a norma que impõe a vinculação.

²¹ Concorde-se, nesse ponto, com a tese de José Roberto Pimenta Oliveira, no sentido de que existem várias esferas ou sistemas de responsabilidade dos agentes públicos (*Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 79 *et seq.*). No passado, o STF lamentavelmente considerou inaplicável aos agentes políticos as sanções de improbidade administrativa. STF. Rcl 2.138, Relator: Min. Nelson Jobim. Relator p/Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 13.06.2007). Mais recentemente, a Corte vem admitindo a dupla responsabilização para os agentes políticos, com exceção apenas do Presidente da República: STF. Pet 3.240 AgR. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator(a) p/Acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10.05.2018; STF. Rcl 14.954 AgR. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 15.03.2016; STF. AI 809.338 AgR. Relator: Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 29.10.2013.

²² Cf. MARTINS, R. M. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, F. G. (org.). *Temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 1-33. p. 30-33.

No Direito brasileiro, a primeira vinculação formal expressa foi estabelecida pela EC nº 03/93, no §2º do art. 102 da CF/88, para as decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Depois, a EC nº 45/04 deu nova redação ao referido parágrafo para, em acolhimento ao entendimento há muito pacificado no STF, tornar expresso que o efeito vinculante também ocorre nas decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A EC nº 45/04 também atribuiu efeito vinculante às súmulas editadas pelo STF, desde que aprovadas por dois terços de seus membros (art. 103-A). Várias leis, de constitucionalidade bastante questionável, estabeleceram efeito vinculante (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único; Lei nº 9.882/99, art. 10, §3º; Lei nº 13.105/15, art. 927). A validade da Emenda Constitucional nº 45/04 é também bastante discutível, tendo em vista os limites jurídicos ao poder de reforma.²³ Abstraída essa discussão, o art. 103-A da CF/88 estabelece uma inequívoca *vinculação formal*: os magistrados estão vinculados às súmulas editadas pelo STF por maioria de dois terços de seus membros; mesmo que os magistrados de primeira e segunda instâncias discordem, têm o dever de respeitá-las.

Quando há vinculação formal, a questão já está decidida (*stare decisis*) para a autoridade vinculada. Assim, mesmo que discorde, o magistrado não pode decidir de outro modo, porque a questão já está decidida para ele. A alteração do entendimento cristalizado na orientação vinculante depende da manifestação das autoridades competentes para enunciá-lo e essa manifestação deve respeitar o procedimento juridicamente estabelecido. No caso das súmulas vinculantes, só o próprio STF pode alterá-las ou revogá-las, de ofício ou por provocação dos legitimados para propositura de ADI (CF/88, art. 103-A, §2º) e dos legitimados previstos no art. 3º da Lei nº 11.417/06.²⁴ A pergunta que se propõe é: o magistrado que descumpra a súmula vinculante comete abuso de poder? E, independentemente disso, pode ser pessoalmente responsabilizado?

De início, deve-se observar a incompatibilidade da função jurisdicional com a *competência discricionária*. A função do magistrado é dizer o Direito (*jurisdictio*), interpretar o sistema normativo vigente, e não realizar escolhas pela vontade.²⁵ Quando um magistrado, por exemplo, decide antecipar ou não a tutela, não escolhe

²³ Sobre os limites ao poder de reforma vide: MARTINS, R. M. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71-81.

²⁴ Além dos legitimados para propositura da ADI, arrolados no art. 103, *caput*, da CF/88, já legitimados para provocar a alteração ou o cancelamento de Súmula vinculante pelo próprio §2º do art. 103-A da CF/88, são legitimados, por força da Lei nº 11.417/06: o Defensor Público-Geral da União, todos os Tribunais do Poder Judiciário, e, apenas incidentalmente nas ações em que for parte, os Municípios.

²⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993; BANDEIRA DE MELLO, C. A. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de direito público – RDP*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out./dez. 1989. Há apenas uma exceção: a decisão em *mandado de injunção*. Cf. MARTINS, R. M. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit. p. 115, rodapé 53. Dessarte: é

pela sua vontade entre duas alternativas igualmente admitidas pelo Direito; cabe a ele interpretar a “vontade do Direito”, vale dizer, descobrir qual decisão o Direito exige que seja adotada: a antecipação ou a não antecipação da tutela. Verdade seja, a competência jurisdicional é, por definição, vinculada. Como o móvel do magistrado é absolutamente irrelevante para a validade do ato jurisdicional, a função jurisdicional é incompatível com o *desvio de poder subjetivo*.

Em rigor, também é conceitualmente incompatível com o *desvio de poder objetivo*. É incorreto supor que um ato jurisdicional, por si, não concretiza o princípio mais pesado ou adota o meio de concretização equivocado. A decisão não é propriamente viciada, mas equivocada. Escapa aos limites deste estudo apresentar uma *teoria dos vícios da decisão jurisdicional*, mas é possível pontuar: a decisão jurisdicional equivocada, passível de reforma quando impugnada pelos meios competentes (recursos e ações impugnativas), não é inválida no sentido técnico. Tanto é verdade que, se transitada em julgado, o equívoco do magistrado é assimilado como acerto pelo sistema normativo.²⁶ Assim, o conceito de desvio de poder é inaplicável à função jurisdicional. Caso o magistrado viole súmula vinculante, a decisão será juridicamente equivocada, podendo ser substituída pelo STF em sede de *reclamação*.

Dito isso, passa-se à segunda questão: pode o magistrado ser pessoalmente responsabilizado por ter descumprido súmula vinculante? A *responsabilidade pessoal do magistrado* é assunto bastante problemático. Há um problema inerente a toda atuação jurídica: é próprio da *interpretação jurídica a divergência*, não sendo correto punir um jurista simplesmente porque diverge de outro.²⁷ Para enfrentar esse tema, é útil a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a responsabilização de pareceristas jurídicos. O aclamado administrativista distingue a validade da decisão jurídica, adotada com base no parecer, da validade do próprio parecer:²⁸ é perfeitamente possível que a decisão seja inválida e o parecer seja válido. Nas palavras dele: “o ato decisório atacado pode, pois, ser considerado vicioso sem que por isto esteja comprometida a higidez jurídica do parecer que o estribou, ainda que as conclusões dele sejam, a final, infirmadas em juízo, dada a natural divergência de opiniões em questões passíveis de controvérsia razoável”.²⁹ Isso

perfeitamente possível que a regulamentação de um direito, prevista no inciso LXXI do art. 5º da CF/88, admita duas ou mais alternativas igualmente razoáveis e justas.

²⁶ Trata-se de uma importante regra de calibração do sistema normativo: erros do magistrado, no controle difuso, são assimilados como acerto. Cf. MARTINS, R. M. Direito e justiça. In: MARTINS, R. M.; PIRES, L. M. F. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43-91. p. 81-83.

²⁷ É o chamado “crime de hermenêutica”. Cf. MANCUSO, R. de C. A Advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional. In: GRAU, E. R.; CUNHA, S. S. da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 500-526. p. 525.

²⁸ BANDERIA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. Op. cit. p. 456.

²⁹ *Idem, ibidem*.

porque não se pode responsabilizar alguém por divergir sobre a interpretação jurídica correta. Daí a precisa lição de Bandeira de Mello: o parecerista só deve ser responsabilizado quando o parecer for “intolerável” “por estampar manifestação expressiva de visível despreparo profissional”, ou porque o parecerista agiu com “dolo, malícia, intenção deliberada de fraudar as conclusões que a ciência ou a técnica iniludivelmente impunham no caso”, ou porque agiu com culpa decorrente de “afoiteza incompatível com o zelo e cautela requeridos”.³⁰ As lições permitem dar um primeiro passo: o Supremo Tribunal Federal pode considerar que a sentença ou o acórdão violam súmula vinculante e, por isso, reformá-los, mas tal decisão não implica a responsabilização do magistrado, pois este pode ter considerado, no legítimo exercício da atividade judicante, a súmula inaplicável ao caso concreto.

Há que se dar um outro passo. Se o magistrado não aplica a súmula por dolo, vale dizer, porque, por exemplo, recebeu uma propina, ou porque quis, deliberadamente, prejudicar o réu, sua conduta tipifica infração que o sujeita a ser responsabilizado. Nesse caso, faz-se uma observação: no âmbito *disciplinar*, as sanções cabíveis são as previstas no art. 42 da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79).³¹ Como se trata de cargo vitalício, a demissão exige decisão jurisdicional transitada em julgado (CF/88, art. 95, I). É bastante comum a omissão estatal na propositura da ação judicial para a demissão de magistrados disciplinarmente afastados por mau exercício funcional. Essa omissão deve ser, por evidente, combatida. Cabe aos órgãos seniores da magistratura (Corregedorias e Conselho Nacional de Justiça) exigirem da Procuradoria-Geral do Estado ou da Advocacia-Geral da União o ajuizamento da ação. No caso de omissão, devem oficiar ao Ministério Público para promoção da responsabilidade funcional dos omissos.³²

A responsabilidade por culpa é mais problemática. No exercício de atividade jurídica em geral, nos termos já referidos, haverá responsabilidade quando houver uma “afoiteza incompatível com o zelo e com a cautela”. Nos termos já antecipados, há uma forte razão *prima facie* contrária à responsabilização do jurista pelo exercício da atividade hermenêutica: é inerente a ela a divergência e não é tolerável responsabilizá-lo por divergir. Foram essas atividades, certamente, que estivera na mira do Legislador quando da elaboração do art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), acrescentado pela Lei nº 13.655/18, segundo o qual “o agente público responderá por suas decisões ou

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ Sobre o tema destaca-se o excelente estudo de: PORTA, M. de L. *O direito administrativo disciplinar dos magistrados*. São Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados, 2016. p. 47 *et seq.*

³² A omissão estatal na responsabilização disciplinar pode ser impugnada por qualquer cidadão por meio da ação popular, sob fundamento da violação da moralidade administrativa, e pelo Ministério Público pelo ajuizamento de ação civil pública. Cf. MARTINS, R. M. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit. p. 637.

opiniões técnicas em caso de dolo e erro grosseiro”. Evidentemente, o dispositivo exige uma interpretação restritiva: a responsabilização por culpa leve e média não está excluída nas searas alheias ao fenômeno da “interpretação”. Assim como é intolerável responsabilizar um advogado público porque não conseguiu “adivinhar” qual interpretação será adotada pelos órgãos de controle, também é intolerável responsabilizar um magistrado porque divergiu dos Tribunais. Em relação aos magistrados há, porém, uma peculiaridade: o Estado de Direito é gravemente comprometido com a violação do princípio do livre convencimento do magistrado.³³ Na atividade judicante, o juiz tem a prerrogativa de decidir a partir de suas próprias convicções sobre a interpretação correta. Vilipendiar essa prerrogativa é fatal para o Estado de Direito. Por força disso, a razão *prima facie* contrária à responsabilização na atividade hermenêutica possui, em relação à magistratura, um peso muito maior: o Direito é absolutamente refratário à responsabilização do magistrado por erros de interpretação. Consequentemente, mesmo que o erro seja considerado *grave*, regra geral, o magistrado está isento de responsabilização.

Nos termos já explicados, caso o magistrado discorde de uma súmula vinculante, deve, ainda assim, aplicá-la, pois a questão está, para ele, já decidida. Porém, ele pode considerar a súmula inaplicável ao caso *sub judice*. Ainda que o Tribunal discorde, e a considere aplicável, o magistrado não deve ser responsabilizado, pois, regra geral, tem a prerrogativa de divergir da interpretação dada pelos outros magistrados. A necessidade de manutenção do livre convencimento é tão importante para o Estado de Direito que mesmo erros *in procedendo* (e não apenas *in judicando*)³⁴ podem não gerar a responsabilização. Assim, suponha-se que um magistrado delibere expressamente não aplicar a súmula vinculante sob o argumento de que discorda de seu conteúdo. Perceba-se a diferença: não erra na interpretação das condições fáticas e jurídicas em que a súmula é aplicável, mas erra na compreensão de sua própria vinculação. O erro na primeira hipótese está mais imunizado à responsabilização do que o erro na segunda. Contudo, tendo em vista que a punição do magistrado enfraquece seu livre convencimento e este é vital para o Estado de Direito, mesmo no segundo caso a responsabilização é, regra geral, afastada. Reputa-se que houve equívoco de interpretação sobre a própria vinculação.

Isso significa que o magistrado está, de modo absoluto, *imunizado à responsabilização por erro*? Em grande medida sim, mas essa imunidade não é

³³ Os processualistas restringem o princípio à valoração da prova. Por todos: DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III. p. 101-102, §813. Propõe-se um sentido mais amplo: o magistrado tem a prerrogativa de no Estado de Direito decidir a partir de suas próprias convicções.

³⁴ Sobre os erros *in procedendo* e *in judicando* vide, por todos: NERY JR., N. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 211-216.

absoluta. Imunizar o magistrado de modo absoluto pelos seus erros de interpretação também é prejudicial ao Estado de Direito. Daí o intrincado *problema jurídico*: como compatibilizar a necessidade de respeito ao livre convencimento jurisdicional e a necessidade de responsabilização por equívocos graves de interpretação? O postulado da proporcionalidade dá a solução. As sanções previstas no art. 42 da LOM, regra geral, quando impostas por erro de interpretação enfraquecem de forma desproporcional o princípio do livre convencimento. Há uma sanção que reforça o princípio e não o enfraquece: a imposição do dever de frequentar *cursos de aprimoramento*. Com efeito: diante de um erro grave de interpretação, devem os órgãos seniores da magistratura (Corregedorias e CNJ) não cesurar, suspender, remover o magistrado, mas, sim, impor o dever de realizar cursos de aprimoramento. A realização de um Curso de Direito relacionado ao erro tem como consequência direta o aprimoramento do magistrado. Logo, não enfraquece seu livre convencimento e o Estado do Direito, mas os reforça.

Ives Gandra da Silva Martins Filho lembra que, por força da alteração do inciso IV do art. 93 da CF/88 pela EC nº 45/04, é um princípio constitucional do Estatuto da Magistratura a “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados”. O art. 105, parágrafo único, inciso I, e o art. 111-A, §2º, inciso I, também inseridos pela EC nº 45/04, determinam, respectivamente, a criação junto ao STJ da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e a criação junto ao TST da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Martins Filho, a partir desses dispositivos constitucionais, propõe um “controle disciplinar preventivo”, decorrente da capacitação judicial nas Escolas de Formação, paralelo ao “controle disciplinar repressivo”, realizado pelas Corregedorias e pelo CNJ.³⁵ Defende-se aqui a utilização desses cursos não apenas como controle preventivo, mas também como controle repressivo da atuação judicante com *culpa grave*. As Escolas de Formação, órgãos do próprio Poder Judiciário, possuem em relação a cursos de Direito externos à instituição uma vantagem: por integrar a própria estrutura do Poder Judiciário e se submeter à gestão da própria magistratura, nelas há uma diminuição dos efeitos negativos das “relações de contato”.³⁶

A imposição da sanção aqui preconizada deve ser adotada com a máxima cautela. Não é qualquer divergência de interpretação que a justifica. Pelo contrário, somente é justificada em decorrência de equívocos graves de interpretação. Fazem-se duas ressalvas. Primeira: regra geral, ressalvados casos teratológicos, exige a

³⁵ MARTINS FILHO, I. G. da S. *O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 345 *et seq.*

³⁶ Sobre o conceito de “relações de contato” *vide*: LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 65-69.

reincidência do magistrado, vale dizer, sua reiteração em equívocos graves. Segunda: o adjetivo “grave” exige um consenso da comunidade jurídica sobre o equívoco.

5 Responsabilidade do magistrado por abuso de autoridade

A terceira questão que deve ser examinada refere-se à aplicação, aos magistrados, das condutas tipificadas nos art. 9º a 37 da Lei nº 13.869/19. A questão, bastante tormentosa, torna-se fácil a partir das diretrizes fixadas na resposta anterior.

É literal a aplicação do referido dispositivo aos magistrados. Nos termos do art. 2º, inciso IV, da Lei nº 13.869/19, “é sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público [...], compreendendo, mas não se limitando a: IV – membros do Poder Judiciário”. Tanto que ela possui tipos especificamente direcionados aos magistrados: por exemplo, preceituam os incisos do parágrafo único do art. 9º ser abuso de autoridade “dentro de prazo razoável, deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal [inciso I]; substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível [inciso II]; deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível [inciso III]”. Os três incisos referem-se a atos privativos da autoridade judiciária. Em suma: é indiscutível que os magistrados são sujeitos passivos das infrações tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade.

Daí a pergunta subsequente: sempre que uma decisão judicial for considerada violadora de um dos tipos do arts. 9º a 38 importará na configuração da infração? A resposta é obviamente negativa. É praticamente pacífico que as condutas tipificadas na Lei nº 13.869/19 – da mesma forma que o eram as condutas tipificadas na Lei nº 4.898/65 por ela revogada – são dolosas, não admitem a responsabilização pela culpa.³⁷ Primeiro, o §1º do art. 1º afasta a responsabilização por *culpa*: “as condutas descritas nesta Lei constituem *crime de abuso de autoridade* quando praticadas pelo agente com a *finalidade específica* de *prejudicar outrem* ou *beneficiar a si mesmo ou a terceiro*, ou, ainda, *por mero capricho* ou *satisfação pessoal*” (grifamos). O dispositivo, pois, exige dolo específico. Ademais, o §2º de seu art. 1º afasta a tipificação quando se tratar de *equívoco de interpretação* ou de *avaliação de fatos e provas*: “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”. Assim, a lição de Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas sobre a lei anterior é perfeitamente estendível à nova: “nos crimes de abuso de autoridade, o elemento do injusto deve ser apreciado com cuidado, merecendo punição somente as hipóteses em que se

³⁷ Em relação à revogada Lei nº 4.898/65: FREITAS, G. P. de; FREITAS, V. P. de. *Abuso de autoridade*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-28.

constata que o agente agiu com o propósito de vingança, perseguição ou capricho e não no interesse da defesa social”.³⁸ Logo, o magistrado só pode ser punido por crime de abuso de autoridade caso tenha agido com dolo: decretar a prisão, por exemplo, por ter recebido uma propina, ou com o intuito de perseguir alguém. Perceba-se que a responsabilização não se dá pelo conteúdo em si da decisão jurisdicional, mas pela comprovação da má-fé do magistrado.

Ainda que a lei previsse a responsabilização pela culpa – o que, reitera-se, não o faz – a responsabilização dos magistrados estaria afastada. Nos termos já explicados, atribui-se ao magistrado a prerrogativa de dizer o Direito a partir de suas convicções. Daí ele ser tecnicamente qualificado como verdadeiro “oráculo do Direito”.³⁹ A violação da liberdade de locomoção ou da inviolabilidade do domicílio por erro de interpretação, nos termos aqui explicitados, afasta a antijuridicidade da conduta do magistrado, mesmo em caso de erros graves. A moderna teoria do injusto penal antecipa o juízo de antijuridicidade para a própria ação ou para o tipo.⁴⁰ Assim, é possível sustentar que a violação desses direitos fundamentais por equívoco de interpretação sequer configuraria conduta típica. Logo, mesmo se fosse prevista a punição por culpa, a conduta culposa do magistrado não configuraria abuso de autoridade. Sem embargo, conforme aqui defendido, ela pode gerar sua responsabilização disciplinar. Erros graves, com as cautelas aqui já fixadas, devem ser sancionados com a imposição de realização de cursos de aprimoramento.

6 Condução coercitiva e prisão por mera suspeita

A última questão refere-se à possibilidade de condução coercitiva ou da prisão por mera suspeita e, caso ilícitas, a responsabilidade pessoal do magistrado que as determinar. A CF/88 só admite a *prisão* como *sanção administrativa* para as infrações militares, *ex vi* do art. 5º, LXI, segundo o qual “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”. Assim, *a contrario sensu*, a autoridade administrativa não pode determinar, no ordenamento brasileiro, ressalvadas apenas as infrações militares,

³⁸ *Idem*. p. 28.

³⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello qualificou o Judiciário como “oráculo da Constituição” (*A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 89-93). Celso Antônio Bandeira de Mello, com muita propriedade, qualificou-o como “oráculo do Direito” (Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. Op. cit. p. 114; Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. Op. cit. p. 58).

⁴⁰ Explica Juarez Tavares: “Atendendo a essa nova interpretação da relação de antijuridicidade, será possível antecipar esse juízo negativo, ou seja, tratar a questão da incidência de uma norma permissiva para o âmbito do primeiro momento de construção do injusto, mais especificamente para a própria ação, ou mesmo para a tipicidade, conforme a metodologia que se adote” (TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 177).

a prisão. A atividade militar alicerça-se na hierarquia estrita e, em decorrência dela, segue um regime constitucional peculiar (CF/88, art. 142). A questão aqui examinada, porém, não tem por objeto as infrações militares e, pois, a condução e prisão administrativas. O objetivo central, portanto, não é adentrar na seara do Direito Processual Penal, mas examinar a responsabilidade dos magistrados. Contudo, pressupõe o enfrentamento de questões que extravasam a temática do Direito Administrativo.

É possível, no Brasil, para as infrações penais em geral, a prisão por mera *suspeita*? Claus Roxin e Bernd Schünemann distinguem três tipos de *suspeita*: a) *suspeita inicial*, ou *simples* (*Anfangsverdacht*), diz respeito à “existência de pontos de apoio fático que fazem crer possível que uma pessoa tenha cometido um delito e permite, assim, que se dê início a um inquérito”; b) *suspeita suficiente* (*hinreichender Verdacht*), “existência de uma probabilidade preponderante de condenação, e que autoriza a propositura e o recebimento de uma ação penal”; c) *suspeita urgente* (*dringender Verdacht*), entendida como uma “alta probabilidade de condenação, e que é pressuposto de imposição de prisão preventiva”.⁴¹ Logo, no Direito alemão, segundo os autores, seria possível a prisão pela “suspeita urgente”. E no Brasil?

Dois aspectos são de especial importância para resolução da questão. Primeiro: a) as respostas jurídicas devem dar o devido peso às regras normativas vigentes, com atenção especial para a *supremacia da Constituição* e, em decorrência dela, para a *interpretação conforme*;⁴² b) a interpretação jurídica deve dar-se sempre com os olhos voltados à realidade em que as normas serão aplicadas, pois a realidade interfere na interpretação.⁴³ A realidade brasileira, antes de 1988, foi marcada por abusos aberrantes cometidos pelas autoridades estatais em relação à condução coercitiva e à prisão. Na chamada Ditadura, militares e policiais civis prenderam cidadãos de modo absolutamente arbitrário e aviltante. A Constituição de 1988 foi elaborada após esse período e, diante dos abusos, deu, no plano abstrato, um peso muito maior aos *direitos individuais* (P1) de cada cidadão do que ao bem coletivo da *segurança pública* (P2). Pode-se dizer que no texto da Constituição de 1988, “P1” tem *prima facie* mais peso do que “P2”. Esse peso abstrato é ainda mais reforçado à luz da cultura e realidade brasileiras, marcadas pelo autoritarismo. Não apenas a letra do texto constitucional, mas também a realidade em que norma é aplicada fazem com que *prima facie* “P1” tenha mais peso que “P2”. Logo, a

⁴¹ Cf. SCHULZ, L. A suspeita legítima. Tradução: Luís Greco. In: GRECO, L.; MARTINS, A. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 617-630. rodapé 2. As três suspeitas são apresentadas por Roxin e Schünemann: ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Derecho processual penal*. Tradução da 29. ed. Alemã: Mario F. Amoretti e Darío N. Rolón. Buenos Aires: Didot, 2019. §39, n. 15 e 16, §40, n. 6, p. 473-474 e 484.

⁴² Sobre o tema *vide*: MARTINS, R. M. *Regulação administrativa à luz da Constituição*. Op. cit. p. 41-18.

⁴³ Cf. MARTINS, R. M. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit. p. 34-35.

prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida, no Direito brasileiro, *excepcionalíssima*. Por força do próprio inciso LXI do 5º extrai-se a admissibilidade da prisão por força da flagrância do delito. Por força desse dispositivo, a Constituição admite a prisão em outras hipóteses além do flagrante, desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, mas não as discrimina. Daí o problema hermenêutico: em que hipóteses?

Pelas razões apontadas, considera-se, regra geral – com a ressalva a seguir exposta –, impossível, no Direito brasileiro vigente, a prisão pela mera *suspeita*. Antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, a prisão é apenas possível a título *cautelar*. Por força do postulado da proporcionalidade, é desproporcional a utilização da prisão como cautelar em relação a crimes não punidos com pena privativa de liberdade (CPP, art. 283, §1º). O Legislador considerou possível a prisão preventiva “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312). Em razão da parte final, exige-se a chamada *suspeita urgente*, “alta probabilidade de condenação”, mas não basta sua configuração. Perceba-se: regra geral, no Brasil a prisão cautelar não pode ser determinada pela suspeita, mesmo que esta seja quase *certeza*. Exige-se mais: evitar, por exemplo, a continuidade ou a prática de novos atos de violência, a eliminação de provas, a evasão do território. Sempre que determinar a prisão, o magistrado deve ter em vista que, no Direito brasileiro, no plano abstrato, “P1” tem um peso acentuadamente maior do que “P2”.

Há apenas uma exceção: quando houver “dúvidas sobre a identidade da pessoa”, é proporcional a prisão cautelar pela *suspeita*. Nesse caso, a prisão dá-se apenas para realizar a identificação (CPP, art. 313, parágrafo único). Quando houver suspeita, fundada em motivos legítimos, de que a identificação apresentada é falsa ou quando a pessoa não apresentar elementos que permitam sua identificação, é proporcional a prisão pelo tempo necessário para que esta seja realizada, desde que ocorra em prazo razoável. É a única prisão por suspeita admitida pelo Direito brasileiro.

Indaga-se também sobre a condução coercitiva. Caso uma testemunha, devidamente intimada, não compareça ao Juízo, admite-se sua condução coercitiva (CPP, arts. 411, §7º, e 535). Em relação ao acusado, o Código de Processo Penal só a admitia para o interrogatório se, regularmente intimado, ele não comparecesse (CPP, art. 260). Parte da comunidade jurídica passou, contudo, a sustentar a possibilidade de condução coercitiva do acusado em outras hipóteses: para evitar a ocultação ou destruição de objetos durante busca e apreensão domiciliar; para realização de interrogatórios simultâneos a fim de impedir que diferentes investigados combinem versões; para possibilitar o reconhecimento pessoal; para o indiciamento

formal.⁴⁴ Esse entendimento poderia ser legítimo em outros ordenamentos jurídicos (submetidos a outras Constituições e interpretados perante outras realidades). No Direito brasileiro, por força dos dois fatores mencionados e, em decorrência deles, o peso abstrato de “P1” em relação a “P2”, a condução coercitiva do acusado é sempre ilícita, mesmo a prevista no *caput* do art. 260 do Código de Processo Penal. A CF/88, no art. 5º, LXIII, prevê expressamente o direito de não se autoincriminar e, pois, de permanecer calado. Se o infrator tem o direito ao silêncio, é desproporcional submetê-lo à condução coercitiva. Se intimado e não compareceu, é porque quis exercer seu direito constitucional ao silêncio.⁴⁵ Logo, a condução coercitiva é uma desproporcional restrição ao seu direito fundamental. Foi o que, com absoluto acerto, decidiu o STF nas ADPFs nºs 395 e 444, ao considerar inconstitucional a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP. Em suma, no Brasil, o infrator só pode ser coercitivamente conduzido à autoridade judiciária nos casos em que for admitida sua prisão.

Fixada a impossibilidade de prisão pela suspeita (com a ressalva da hipótese prevista no parágrafo único do art. 313 do CPP) e da condução coercitiva do acusado, resta enfrentar a pergunta objeto do painel: o magistrado que ilicitamente determina a condução coercitiva ou a prisão de alguém deve ser responsabilizado? A questão já foi enfrentada nas respostas anteriores. Se o fez por dolo (v.g., porque recebeu propina, para perseguir alguém etc.), é indiscutível que sim. Incidirá no crime tipificado no art. 10 da Lei nº 13.869/19: “decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”. Se o fez por culpa (por erro de interpretação), está, regra geral, isento de responsabilização. Observa-se que as decisões proferidas na ADPF têm efeito vinculante (Lei nº 9.882/99, art. 10, §3º). Nos termos já explicados, o magistrado pode, por erro, considerar que a decisão não se aplica ao caso; ou pode, por erro, considerar que, apesar de se aplicar ao caso, ele não está vinculado a ela. Nos dois casos, pelas razões aqui explicitadas, o Direito é refratário à punição do magistrado. Porém, diante de graves erros – e, reitera-se, o erro é mais grave no segundo caso do que no primeiro –, deve o magistrado ser sancionado com a imposição de realização de cursos de aprimoramento.

⁴⁴ Por todos: CASTRO, H. H. M. de; COSTA, A. S. Condução coercitiva é legítimo mecanismo de persecução penal. *Conjur*, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁴⁵ Por todos: QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

7 Conclusões

1. Deve-se distinguir o abuso de poder, qualificação doutrinária de certos vícios do ato jurídico, do abuso de autoridade, qualificação legal das infrações previstas na Lei nº 13.869/19.

2. O Poder Legislativo exerce funções legislativa e administrativa. No exercício de função administrativa, é possível, na competência vinculada, apenas o desvio de poder objetivo; e, na competência discricionária, tanto o objetivo como o subjetivo. A função legislativa, apesar de ser indissociável da competência discricionária, é incompatível com o desvio de poder subjetivo, admitindo apenas o objetivo. O fato de a lei não ser inconstitucional em decorrência do dolo ou do erro do parlamentar, não significa que ele esteja isento de responsabilização.

3. O ato jurisdicional não é passível de ser viciado por abuso de poder. A competência jurisdicional é incompatível com a discricionariedade e, por força disso, conceitualmente incompatível com o desvio de poder subjetivo. Logo, o móvel do magistrado é sempre irrelevante para a validação do ato. Pode, contudo, ser relevante para sua responsabilização.

4. Na *Civil Law* há dois tipos de vinculação, a formal, decorrente da imposição de regras normativas expressas, e a material, decorrente dos princípios da segurança e da igualdade. As súmulas vinculantes estabelecem uma vinculação formal: o magistrado não pode negar-se a aplicá-las porque discorda de seu conteúdo, mas apenas se considerar que o caso *sub judice* se submete a outras consequências jurídicas.

5. A conduta dolosa do magistrado, motivada, por exemplo, por corrupção, sujeita-o, indiscutivelmente, à responsabilização. Em relação ao erro de interpretação, é ínsita à hermenêutica jurídica a divergência, sendo descabido responsabilizar alguém por legitimamente divergir. Nas atividades jurídicas em geral, a responsabilização por culpa exige “culpa grave”. Na atividade judicante, a responsabilização por culpa, ainda que grave, enfraquece o princípio do livre convencimento do magistrado, essencial para o Estado de Direito. Por conseguinte, nesses casos, o Direito é refratário à responsabilização.

6. É, proporcional, porém, em face de erros graves de interpretação, a responsabilização disciplinar do magistrado por meio da imposição de cursos de aprimoramento. Ressalvados casos teratológicos, essa imposição exige a reiteração da conduta. Ademais, o qualificativo “grave” pressupõe um consenso social sobre o erro de interpretação. Para minimizar os efeitos nocivos das relações de contato, os cursos devem ser ministrados pelas Escolas da Magistratura.

7. O magistrado é sujeito passivo das condutas tipificadas nos art. 9º a 38 da Nova Lei de Abuso de Autoridade, mas essas condutas exigem o dolo. Mesmo que

a conduta culposa estivesse tipificada, a culpa dos magistrados não configuraria a infração.

8. O Direito brasileiro não admite a prisão pela mera suspeita, ressalvada a dúvida sobre a identificação. Ademais, não admite a condução coercitiva do acusado. Caso o magistrado determine ilicitamente a prisão ou a condução coercitiva, deverá ser responsabilizado se agiu com dolo. Se agiu com culpa grave, deverá ser obrigado, com as ressalvas aqui fixadas, a realizar cursos de aprimoramento.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Legalidade – discrecionalidade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XXI, v. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de direito público – RDP*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out./dez. 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. B. de M. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- CASTRO, H. H. M. de; COSTA, A. S. Condução coercitiva é legítimo mecanismo de persecução penal. *Conjur*, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>. Acesso em: 3 nov. 2018.
- CLÉRICO, L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.
- FORSTHOFF, E. *Tratado de derecho administrativo*. Traducción: Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FREITAS, G. P. de; FREITAS, V. P. de. *Abuso de autoridade*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUIMARÃES, H. de S.; LESSA, A. C. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.
- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, R. de C. A Advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional. In: GRAU, E. R.; CUNHA, S. S. da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 500-526.

MARTINS FILHO, I. G. da S. *O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, R. M. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, R. M. Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas. In: MOTTA, F.; GABARDO, E. *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 209-223.

MARTINS, R. M. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, R. F.; MARTINS, R. M. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 31-437.

MARTINS, R. M. Direito e justiça. In: MARTINS, R. M.; PIRES, L. M. F. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43-91.

MARTINS, R. M. Proporcionalidade e boa administração. *Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jul. 2017.

MARTINS, R. M. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, R. M. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, F. G. (org.). *Temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 1-33.

MARTINS, R. M. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JR., N. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, J. R. P. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PORTA, M. de L. *O direito administrativo disciplinar dos magistrados*. São Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados, 2016.

QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Derecho processual penal*. Tradução da 29. ed. Alemã: Mario F. Amoretti e Darío N. Rolón. Buenos Aires: Didot, 2019.

SCHULZ, L. A suspeita legítima. Tradução: Luís Greco. In: GRECO, L.; MARTINS, A. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 617-630.

SERRANO, P. E. A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.

TÁCITO, C. O desvio de poder em matéria administrativa. In: TÁCITO, C. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 71-159.

TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdiccional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/19. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 75-95, jan./mar. 2021.
