A TRANSIÇÃO DAS LEIS DE ABUSO DE AUTORIDADE: DA LEI 4.898/1965 À LEI 13.869/2019. OS REFLEXOS CORPORATIVISTAS DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE AGENTES PÚBLICOS

The transition from Authority Abuse Laws: from Law 4.898/65 to Law 13.869/2019. The corporatist reflexes of the representative entities of public agents

Revista dos Tribunais | vol. 1012/2020 | p. 235 - 253 | Fev / 2020
DTR\2019\42520

Guilherme de Souza Nucci
Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor da PUC-SP nos cursos de graduação e pós-graduação. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. gdsn@uol.com.br

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual
Resumo: Este artigo tem por finalidade avaliar o confronto de duas leis, centradas nos crimes de abuso de autoridade. A Lei 4.898/1965 e a Lei 13.869/2019 provocaram nos operadores do Direito reações diferentes, tanto que a última sofre o questionamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, a respeito da inconstitucionalidade de vários de seus dispositivos. Analisa-se se a reação contrária à Lei 13.869/2019 tem base jurídica sólida ou representa apenas uma manifestação corporativista de entidades representativas de agentes públicos, que se sentiram afetados pela nova lei. Afinal, há de se ressaltar que a anterior Lei 4.898/1965, editada em tempo de ditadura militar, jamais foi questionada como a atual Lei 13.869/2019, editada em época de sólida democracia. Portanto, é preciso filtrar o inconformismo dos agentes públicos, no tocante à novel legislação, confrontando os argumentos de inconstitucionalidade com as proposições de sustentáculo da constitucionalidade da nova lei.

Palavras-chave: Abuso de autoridade – Inconstitucionalidade – Tipos penais abertos – Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade
Abstract: This article aims to evaluate the confrontation of two laws, centered on the crimes of abuse of authority. The Law 4.898/1965 and Law 13.869/2019 provoked different reactions among legal operators, so much that the last one is questioned before the Federal Supreme Court about the unconstitutionality of several of its provisions. It is analyzed whether the reaction against Law 13.869/2019 has a solid legal basis or only represents a corporatist manifestation of entities representing public agents, who felt affected by the new law. After all, it should be noted that the former Law 4.898/1965, issued at the time of military dictatorship, was never questioned as the current Law 13.869/2019, issued at a time of solid democracy. Therefore, it is necessary to filter the nonconformism of the public agents regarding the new legislation, confronting the arguments of unconstitutionality with the propositions that support the constitutionality of the new law.

Keywords: Abuse of authority – Unconstitutionality – Open criminal type – Proportionality and reasonableness principles
Sumário:

1 Introdução - 2 Conceito de abuso de autoridade - 3 Avaliação da Lei 4.898/1965 - 4 Avaliação da Lei 13.869/2019 - 5 Ações diretas de inconstitucionalidade - 6 Conclusão

1 Introdução

Durante décadas, conviveu a comunidade jurídica, no Brasil, com a Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), editada em regime militar de exceção. Os tipos penais constantes desta Lei sempre foram considerados extremamente abertos pela doutrina nacional, mas nunca foram questionados formalmente junto ao Supremo Tribunal Federal. Se foram, o Pretório Excelso negou provimento, pois a lei remanesce até hoje íntegra.

Após a edição da Lei 12.850/2013 (LGL\2013\7484) (Organização criminosa), aprovou-se uma espécie de delação premiada muito mais ampla do que as anteriores. A partir disso, formou-se, em Curitiba, ao menos com mais vigor, uma "força-tarefa", denominada "Operação Lava Jato" para apurar crimes do colarinho branco, como corrupção e lavagem de dinheiro. Captando várias delações e ofertando prêmios "irrecusáveis", muito se conseguiu de "prova" para atingir empresários, políticos e doleiros. Não é nosso objetivo questionar os métodos empregados por essa operação.

O fato relevante após essa ação intensa da força-tarefa foi o envio ao Parlamento de dez medidas de combate à corrupção, pretendendo a aprovação quase que imediata das propostas. Entretanto, já tramitava no Congresso Nacional o projeto de reforma da lei de abuso de autoridade, antiga e desatualizada. Em fogo de encontro, os parlamentares olvidaram as medidas contra a corrupção e deram andamento ao projeto da lei de abuso de autoridade.

Quando a "Operação Lava Jato" perdeu fôlego, por conta de vários fatores políticos, inclusive a divulgação de conversas interceptadas envolvendo os membros da força-tarefa e do juiz encarregado do caso, o Parlamento sentiu-se forte para editar a nova Lei de Abuso de Autoridade, contendo, inclusive, um tipo penal especificamente destinado a alguns abusos cometidos pela referida força-tarefa (como a condução coercitiva do art. 10 da nova Lei).

Aprovada, seguiu à sanção presidencial, que sob pressão, vetou alguns artigos, mas o Congresso derrubou a maioria deles. Assim sendo, as entidades representativas de magistrados, membros do Ministério Público e auditores fiscais ingressaram com quatro ações diretas de inconstitucionalidade para "derrubar" o que não apreciaram na nova Lei.

O nosso objetivo é demonstrar inexistir qualquer inconstitucionalidade, em nossa visão, na Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Ao contrário, nos termos em que foi posta, oferece uma inédita "blindagem" aos agentes públicos e, mais, as penas previstas referem-se a delitos de menor potencial ofensivo ou passíveis de receber a suspensão condicional do processo. E para perder o cargo, função ou posto similar fixou-se a exigência da reincidência específica.

Não temos dúvida em afirmar que a nova Lei é muito mais benéfica que a anterior, que, de maneira estranha, nunca foi aplicada com a constância que se poderia exigir num país, como o Brasil, ainda sujeito a abusos de autoridade dentro de suas fronteiras.

2 Conceito de abuso de autoridade

"Abusar" tem inúmeros significados, mas todos espelham condutas negativas, valorizando-se o contexto relativo a "excesso", atingindo as fórmulas de menosprezo e humilhação, alcançando a prática de medida injusta, prevalecendo a situação de superioridade. É importante lembrar que o direito (fazer jus a algo) pode transformar-se em abuso de direito (usar mal o que era justo). Assim sendo, o "abuso de direito" é ilícito. "Autoridade" é o agente público com qualquer espécie de poder de mando. No art. 5º, da Constituição Federal, prevê-se uma série de direitos e garantias individuais, mas esses direitos não são absolutos, comportando, dentro de regras constitucionais específicas, o cerceamento de direitos, como a liberdade de locomoção, que pode ser coibida dentro de regras legais. "Mandar prender" alguém é ato de autoridade muito significativo; além de motivado, precisa calcar-se estritamente em lei. A linha divisória entre "mandar prender" e "abusar do poder de mandar prender" existe e está prevista na Lei de Abuso de Autoridade (tanto na anterior como na atual). O abuso de direito é ilícito – simples assim. O Estado Democrático de Direito pauta-se pelo absoluto respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais. Desse modo, qualquer abuso de direito é indevido e criminoso.

3 Avaliação da Lei 4.898/1965

Editada em plena ditadura militar, permaneceu durante todo o tempo da sua vigência como uma legislação "invisível". Pode-se efetuar pesquisa jurisprudencial e verificar-se-á a sua rara aplicação em relação às autoridades brasileiras, embora pudessem algumas delas, eventualmente, abusar do seu poder.

Há de se ressaltar que, nessa Lei, nunca se mencionou o elemento subjetivo específico, vale dizer, o intuito determinado de "abusar do poder". Em tese, bastaria o dolo genérico. Foi a doutrina que incorporou à interpretação dessa Lei o elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico).

Na Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), os tipos eram excessivamente abertos e genéricos, bastando a leitura do art. 3º: "constitui abuso de autoridade qualquer "atentado": 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; 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; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional" (grifamos). Em primeiro lugar, deve-se apontar o núcleo do tipo: atentar (tentar cometer um crime ou ter algo em execução), vale dizer, considera-se abuso de autoridade qualquer violação, por menor que seja, aos bens jurídicos descritos nas alíneas a até j. Mais aberto que isso é impossível e, segundo nos consta, nunca se teve notícia do questionamento desse artigo, como um todo, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Temos defendido, há vários anos, em inúmeras de nossas obras, poder constituir abuso de autoridade, incurso no art. 3º, a, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), as conduções coercitivas de testemunhas e suspeitos, sem respeitar as formalidades legais, ou seja, a indispensável intimação prévia para o comparecimento em audiência designada para a pessoa ser ouvida. Poderia tratar-se de "atentado à liberdade de locomoção" chegar à casa de alguém, seja testemunha ou suspeito, com a finalidade de levá-la, imediatamente, perante a autoridade para ser inquirida. Essa conduta perdurou até o STF bloqueá-la, firmando o entendimento, em plenário, de que essa "nova" condução coercitiva afronta a lei. Enfim, pretende-se demonstrar que a Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) era simplesmente ignorada pelos operadores do Direito, muito embora tivesse dispositivos e tipos penais extremamente ofensivos ao princípio da taxatividade, logo, da legalidade.

Sob outro aspecto, o art. 3º, a, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), foi reproduzido, com mais minúcia, nos arts. 9º, 10 e 12 da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Entretanto, enquanto o primeiro nunca foi questionado, quanto à sua constitucionalidade, os arts. 9º e 10 são objetos de questionamentos, atualmente, no STF, por ações diretas de inconstitucionalidade promovidas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE.

Há que se ressaltar também que a nova lei de abuso de autoridade não tutelou ofensas de agentes públicos ao sigilo da correspondência, à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício do culto religioso, à liberdade de associação, aos direitos e garantias legais asseguradas ao exercício do voto e ao direito de reunião. Embora os tipos penais fossem demasiadamente abertos, ao menos esses direitos relevantes faziam parte do cenário do abuso de autoridade.

No art. 4º da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) estão previstas condutas típicas incriminadoras que foram repetidas, na nova Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819), com mais detalhes, em tipos mais fechados. Ilustrando, o art. 4º, a, considera abuso de autoridade "ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder". Tipo muito mais aberto do que o atual art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade. Entretanto, esta última norma está sendo questionada junto ao STF, afirmando-se a sua inconstitucionalidade, enquanto aquela, do art. 4º, a, nunca foi questionada sob o mesmo aspecto.

O art. 4º, b, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), foi reproduzido no art. 13, II, e art. 21, caput e parágrafo único, da nova Lei. O art. 4º, c, da mesma Lei, foi reposto no art. 12, caput e parágrafo único da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). O art. 4º, d, da anterior Lei, foi estampado no art. 9º, parágrafo único, I, da lei nova. O art. 4º, e, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), pode ser encaixado no art. 9º, II, da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). O art. 4º, h, da lei antiga, pode ser enquadrado, por ser um tipo extremamente aberto, nos artigos 27, 28, 29, 30, 31 e 36 da lei nova.

Ambas as leis preveem a viabilidade de punições concomitantes nas searas administrativa, civil e penal. Entretanto, enquanto a lei anterior previa a possibilidade de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos (art. 6º, § 3º, c), a nova lei prevê essa mesma alternativa, mas condicionada à reincidência específica (cometimento de outro delito de abuso de autoridade) em efeito não automático, devendo ser declarado motivadamente na sentença (art. 4º, parágrafo único, Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819)). Quer-se apontar ser a lei nova mais benéfica ao agente público.

Quanto à parte procedimental, a Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) poderia ser questionada em vários dispositivos, incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. A nova lei aponta a aplicação do Código de Processo Penal e da Lei 9.099/1995 (LGL\1995\70).

Observe-se o disposto no art. 12 da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21): "a ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso". Ao comentar esse dispositivo em nosso Leis Penais e Processuais Penais comentadas, apontamos a inconstitucionalidade (ou "não recepção" pela CF de 1988) desse dispositivo. Não é admissível, em nome da pretensa celeridade, iniciar ação penal sem prova pré-constituída. Mas, não houve nenhum tipo de questionamento dessa lei junto ao STF. Alguns outros pontos controversos da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21): a) pode-se comprovar a existência de vestígios materiais por meio de duas testemunhas e não necessariamente por laudo pericial (art. 14, a); b) o juiz deve receber ou rejeitar a denúncia em 48 horas (art. 17); c) recebida a denúncia a audiência deve ocorrer em, no máximo, cinco dias (art. 17, § 1º.); d) a citação do réu se dará por meio de mandado sucinto (art. 17, § 2º); e) como regra, não serão deferidos pedidos de precatória (art. 18, parágrafo único); f) a audiência somente não será realizada se o juiz não aparecer (art. 19, parágrafo único); g) se o réu ou seu defensor não estiver presente, o juiz nomeia defensor "ad hoc" (art. 22, parágrafo único); h) terminada a audiência, o magistrado deve proferir imediatamente a sentença (art. 24). Em suma, cuida-se de uma instrução tão rápida quanto prejudicial ao direito à ampla defesa do acusado.

A anterior lei era composta por tipos muito mais abertos, sem exigência de elemento subjetivo específico e sem a ressalva de que a divergência de interpretação não gera abuso de autoridade. Apesar disso, foi questionada junto ao STF a novel lei, mas não a anterior.

Deve-se concluir que o ambiente político existente na edição da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) não comportava questionamento, justamente porque não se vivia em Estado Democrático de Direito. Mas, agora, a nova lei, em plena democracia, provoca o reclamo de vários agentes públicos que se sentiram lesados.

4 Avaliação da Lei 13.869/2019

Esta Lei, ao invés de criar tipos penais "realmente" abertos, como havia na Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), buscou os tipos fechados, utilizando advérbios e termos de elevada intensidade, como, por exemplos, "manifestamente", "injustificadamente", "sem motivo justo e excepcionalíssimo", "sem justa causa", "falta de qualquer indício da prática de crime", "sem expresso amparo legal", "exacerbadamente".

Não bastasse, o legislador inseriu, no art. 1º, § 1º, da Lei 13.869/2019

(LGL\2019\7819), de maneira expressa, o elemento subjetivo específico com cinco elementos: "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). Essa garantia inexistia na Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

Outro ponto relevante refere-se ao art. 1º, § 2º: "a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade". Com este dispositivo, afasta-se por completo o alegado "crime de hermenêutica". Os operadores do Direito são autônomos e independentes para chegar a qualquer conclusão acerca de crimes e criminosos. Tal dispositivo também não constava da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

Os §§ 1º e 2º da nova Lei de Abuso de Autoridade constituem garantias extremamente importantes, que não podem ser deixados em plano secundário.

A Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) construiu tipos penais incriminadores, como regra, de maneira fechada. O art. 9º, por exemplo, menciona: "decretar medida de privação da liberdade em "manifesta desconformidade" com as hipóteses legais" (grifamos). Em nosso entendimento, a figura penal é mais "garantista" do que se mencionar simplesmente "atentado à liberdade de locomoção" (lei antiga).

Por outro lado, o art. 10 tipificou a conduta errônea de determinadas autoridades judiciárias ao determinar a condução coercitiva "fora das hipóteses previstas em lei". In verbis: "decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo". Mesmo havendo decisão do plenário do STF no mesmo sentido do tipo penal, há questionamento quanto à sua constitucionalidade pela Associação dos Juízes Federais e pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

A nova Lei de Abuso de Autoridade constituiu figuras típicas, tutelando bens jurídicos relevantes, embora todos sob o mesmo cenário, cujo objeto jurídico é a dignidade do cargo, função ou posto similar na administração e a lisura do exercício da autoridade pelos agentes públicos. Secundariamente, individualizando os bens protegidos, encontram-se vários outros, como a liberdade de ir e vir, a inviolabilidade de domicílio, a preservação da dignidade dos presos, a incolumidade física, as garantias do exercício profissional, a preservação da obtenção de provas lícitas, dentre outros.

O art. 12, caput, da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) corresponde ao art. 4º, c, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) (comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária). O seu parágrafo único, inciso I, igualmente se reporta ao art. 4º, c (acresce a comunicação de prisão temporária ou preventiva do juiz). O inciso II, inovando, tutela, penalmente, direito individual, previsto no art. 5º, LXII, da Constituição Federal (o direito do preso de ter a sua prisão informada à sua família ou à pessoa por ele indicada). O inciso III pode se corresponder com o art. 3º, a, na lei anterior, mas também é inovador, visto considerar crime não entregar ao preso a nota de culpa, em 24 horas, como prevê o art. 306, § 2º, do Código de Processo Penal. O inciso IV guarda sintonia com o art. 4º, i, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) (prolongar pena privativa de liberdade, prisão temporária, prisão preventiva, medida de segurança ou de internação).

O art. 13 da nova Lei considera crime de abuso de autoridade constrangimento gerado a preso ou detento mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, correspondendo ao art. 4º, b. Ocorre que, a nova lei inseriu os elementos referentes à violência, grave ameaça ou redução da resistência, tornando mais específico e fechado o tipo e, por óbvio, mais benéfico ao agente público.

O art. 15 é, também, inédito, tratando como crime o constrangimento a depor de pessoa cuja função, ministério, ofício ou profissão exija o sigilo, em harmonia com o art. 207 do Código de Processo Penal. Esse mesmo artigo, no parágrafo único, tutela o direito ao

silêncio e o direito da presença do advogado no interrogatório, em concordância ao disposto pelo art. 5º, LXIII, da CF (LGL\1988\3), bem como aos artigos 185, caput, e 186, caput, do CPP (LGL\1941\8).

O art. 16 é inovador, visto considerar crime a não identificação, ou identificação falsa, por parte de quem prende alguém, pois a pessoa detida tem direito constitucional a saber quem realizou a detenção (art. 5º, LXIV, CF (LGL\1988\3)).

O art. 18 preserva a dignidade da pessoa humana e guarda correspondência com o art. 1º, I, a, da Lei 9.455/1997 (LGL\1997\65), impedindo a tortura moral de presos, obrigando-o, por exemplo, a ser interrogado durante o período de repouso noturno, com as devidas exceções possíveis de ocorrer, como a prisão em flagrante à noite.

O art. 19 dignifica o direito de petição de qualquer pessoa para reclamar de abuso de poder, nos termos do art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Quem impedir ou retardar esse direito pode responder por abuso de autoridade. Esse direito está, igualmente, previsto na Lei de Execução Penal, no art. 41, XIV.

O art. 20 consagra o direito de o preso entrevistar-se, pessoal e reservadamente, com o seu advogado. Corresponde ao que já consta em lei: art. 185, caput, e § 5º, do Código de Processo Penal.

O art. 21 tutela a integridade física e moral dos presos, separando-os por sexos em celas diferentes. Encontra supedâneo nos artigos 89 e 90 da Lei de Execução Penal, bem como pode ser inserido no art. 3º, i, e art. 4º, b, da lei anterior.

O art. 22 protege a inviolabilidade de domicílio, com lastro no art. 5º, XI, da Constituição Federal, bem como em harmonia com o disposto pelo art. 3º, b, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

O art. 23 é inédito, pois transporta o crime de fraude processual (art. 347 do Código Penal) para o ambiente do abuso de autoridade, caso o sujeito ativo seja agente público. O art. 24, nos mesmos termos, guarda sintonia com a fraude processual (art. 347 do Código Penal).

O art. 25 consagra direito individual fundamental, que é a tutela da obtenção de provas, vedando as obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF (LGL\1988\3)). Considera-se abuso de autoridade se quem as produz, de modo ilícito, for agente público.

O art. 27 merece reprodução, pois foi contestado por todas as associações, em quatro ações diretas de inconstitucionalidade: "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". Há a ressalva: "não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada". Entretanto, pode-se apontar na lei anterior um tipo penal muito mais aberto, que pode abrigar o mesmo crime supra descrito. Trata-se do art. 4º, h: "constitui também abuso de autoridade: (...) 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". O agente público que requisita ou instaura procedimento criminal contra alguém, sem motivo algum, fere a honra da pessoa e pode afetar, conforme o caso, o seu patrimônio.

O art. 28 considera abuso de autoridade divulgar gravação sem relação alguma com a prova a produzir, expondo intimidade ou vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado. É também correspondente ao art. 4º, h, da lei anterior.

O art. 29 tipifica, de maneira inovadora, a prestação de falsa informação sobre procedimento judicial, policial, administrativo, visando a prejudicar alguém. Harmoniza-se ao crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal.

O art. 30 é correspondente à denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal), abrangendo como sujeito ativo o agente público.

O art. 31 considera crime estender, sem justificativa, a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado. Guarda correspondência com o art. 4º, h, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

O art. 32 é um amparo justo à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF (LGL\1988\3)), pois tipifica a negativa de acesso do interessado, seu defensor ou advogado a procedimentos investigatórios de infração penal, fazendo as devidas exceções: "ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível".

O art. 33 consagra como crime obrigar alguém a fazer ou não fazer algo sem previsão legal. Harmoniza-se, perfeitamente, com o art. 5º, II, da Constituição Federal (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei).

O art. 36 busca impedir o bloqueio de bens em processo judicial em montante "exacerbadamente" superior à satisfação da dívida ou quando se mostra a "excessividade" da medida. Pode-se apontar a correspondência com o art. 4º, h, da lei anterior.

O art. 37 é inovador, abrangendo colegiados e considerando abuso de autoridade o pedido de vista sucedido de uma demora injustificável para devolver os autos, com o intuito de "procrastinar" seu andamento ou "retardar" o julgamento. Possui amparo no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (direito à duração razoável do processo).

O art. 38 encontra correspondência com o art. 4º, h, da lei anterior, pois considera crime "antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação". Tem sustentáculo no art. 5º, X, da Constituição Federal, que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O art. 43 tipificou como crime violar direito ou prerrogativa do advogado em quatro hipóteses ("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; 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,(Vide ADIN 1.127-8) e, na sua falta, em prisão domiciliar"). Essa norma guarda correspondência com o art. 3º, j, da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

Finalizando a avaliação da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819), há que se ressaltar a adoção dos procedimentos previstos pelo Código de Processo Penal para apurar os crimes de abuso de autoridade. É preciso lembrar, como já mencionado no item anterior, que o procedimento célere e restritivo da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) chegava a prever o recebimento de denúncia sem inquérito ou prova pré-constituída (art. 12).

Outro aspecto é a clara menção ao uso da Lei 9.099/1995 (LGL\1995\70) a todos os crimes da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Lembre-se que parcela da doutrina não aceitava a aplicação da referida Lei 9.099/1995 (LGL\1995\70) aos delitos de abuso de autoridade, pois seria cerceamento básico de defesa fazer uma transação, onde constasse, por exemplo, a perda do cargo público.

5 Ações diretas de inconstitucionalidade

5.1 Ação da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB

A AMB ingressou com ação direta de inconstitucionalidade (n. 6.236), afirmando a inconstitucionalidade dos seguintes artigos da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819): 9º, 10, 19, 20, 27, 30, 32, 33, 36, 37 e 43.

Na inicial, a AMB apresenta, como argumento, que a lei anterior também era inconstitucional, apontando o art. 4º, como tipo aberto, por exemplo. No entanto, não nos consta ter havido ação dessa entidade contra a referida norma.

Sob outro prisma, argumenta que as elementares do § 1º e a excludente de "ilicitude" (sic) do § 2º do artigo 1º da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) não são suficientes para afastar as inconstitucionalidades dos novos tipos penais. De fato, pode-se considerar uma elementar do tipo a finalidade específica de agir; entretanto, quanto ao § 2º, não se trata de excludente de ilicitude, mas de tipicidade, apontando para a inexistência do denominado "crime de hermenêutica".

É interessante observar que a inicial admite que as previsões feitas nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) visam a "conferir alguma proteção à magistratura e a outros agentes públicos". Em nosso entendimento, visa a proporcionar "blindagem" aos agentes públicos. Se a anterior Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) não tinha nada disso – a lei invisível – a nova esmerou-se em proteger os agentes públicos. Somente responderá por abuso de autoridade quem escancaradamente quiser exceder o seu poder.

Após assumir que há proteção à magistratura, coloca-se que o "exercício da jurisdição" se tornará uma "atividade de risco inaceitável em um Estado Democrático de Direito". Para que isto se torne realidade, haveria necessidade de um juiz declarar que determina a prisão preventiva de um réu para satisfazer capricho seu, por exemplo. Considerando essa hipótese praticamente irreal, qualquer prisão preventiva, invocando os elementos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8), "sob a ótica de quem a decreta", não é abuso de autoridade.

Há um ponto estranho na argumentação da inicial da AMB, questionando a possibilidade de haver ação penal privada substitutiva da pública: "pode-se imaginar o grau de litigiosidade que será inaugurado com a lei recentemente sancionada, em decorrência do acréscimo de inúmeros tipos, inexistentes na lei pretérita". Ora, em primeiro lugar, a ação privada substitutiva da pública já existia na lei anterior e nunca houve litigiosidade abusiva; ao contrário, não se tem registro de ação privada subsidiária da pública em casos de abusos de autoridade. Em segundo lugar, o acréscimo de novos tipos penais somente protege a sociedade quanto a eventuais abusos de autoridade. Em terceiro, muitos "crimes novos" da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) já estavam previstos na Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21) (mas, nesta Lei, dormitavam incólumes, sem uso). Por derradeiro, há de se ressaltar que, mesmo havendo, ad argumentandum tantum, a propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública quem vai apreciar o seu recebimento é um magistrado, que, certamente, verificará se todos os elementos estão presentes, inclusive o ânimo específico de abusar do poder e a clara tergiversação da lei.

Há anos, vimos debatendo as vantagens de se adotar o princípio da intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade, especialmente no tocante às infrações penais de menor potencial ofensivo. Vislumbramos que, agora, de maneira positiva, as associações de juízes invocaram o "direito penal mínimo" para bloquear a excessiva criminalização de condutas banais. Entretanto, abusar do poder contra um cidadão não nos parece algo irrisório. Cremos que os tipos penais se formaram de maneira justa.

Reclama-se, na inicial, de penas "desproporcionais". Todas as penalidades previstas na nova Lei, objeto de questionamento no Pretório Excelso, constituem infrações de menor potencial ofensivo ou possibilitam a aplicação de sursis processual (arts. 9º, 10, 19, 20, 27, 30, 32, 33, 36, 37, 43 da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819)).

O amplo direito à argumentação é fruto do Estado Democrático de Direito, embora possa soar estranho em algumas hipóteses. A inicial da AMB aponta, como ilustração para a desproporcionalidade das penas impostas na nova lei, a questão decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, há algum tempo, considerando infringência ao princípio da proporcionalidade a pena fixada, em abstrato, para o crime de perigo, previsto no art. 273 do Código Penal, com pena de reclusão, de 10 a 15 anos, e multa (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais). Não há coerência na sustentação realizada na inicial da AMB, pois todas as penalidades da nova lei de abuso de autoridade admitem transação ou aplicação de sursis processual, o que afasta qualquer aspecto de desproporcionalidade.

Sobre a inconstitucionalidade formal, aponta-se ofensa à Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979 (LGL\1979\17)), que prevê como a instituição deve se organizar. Direitos e deveres dos magistrados, por exemplo. Nada tem a ver com crimes de abuso de autoridade. Aliás, a melhor doutrina aponta a inviabilidade de se prever tipos penais incriminadores em leis complementares, justamente pela dificuldade de se alterar, depois de vigente. Por outro lado, em leis orgânicas, disciplinando instituições, não há previsão de crimes.

As penas disciplinares da LOMAN (LGL\1979\17) dizem respeito a faltas funcionais. Nada a se relacionar com crimes. O controle do Conselho Nacional de Justiça também se relaciona a faltas funcionais e não tem relação com qualquer crime.

A ânsia de eliminar artigos da lei nova traz certas perplexidades, buscando considerar mais abertos os tipos da nova lei, quando, em verdade, os da lei anterior é que preenchem esse fator.

Um dos itens da inicial aponta a inconstitucionalidade do art. 10 (condução coercitiva) afirmando que o termo "manifestamente descabida" é norma aberta, insuscetível de "integração por qualquer magistrado com base em algum outro ato normativo ou texto legal". Olvidou-se, por completo, a parte final desse artigo: "sem prévia intimação de comparecimento ao juízo", que torna mais nítida a ilegalidade.

Em nosso entendimento, os elementos do tipo ("manifestamente descabida") podem ser traduzidos por algo absolutamente fora dos parâmetros legais. Portanto, o legislador fixou o tipo penal de maneira clara.

A insurgência quanto ao tipo penal de abuso de autoridade, quando prerrogativas dos advogados são violadas, comporta o argumento de que "conferir primazia de tratamento à classe dos advogados" promove-se uma "proteção desproporcional a um dos sujeitos da relação processual, deixando a magistratura em nítida situação de desvantagem, na medida em que reputa mais grave violar prerrogativas de um advogado, previstas no EOAB (LGL\1994\58), do que as de um juiz inseridas na LC 35/1979 (LGL\1979\17) (LOMAN (LGL\1979\17))".

O argumento, em nosso entendimento, não é válido. O advogado está sujeito a vários tipos penais incriminadores, há muito tempo, como, exemplificando, patrocínio infiel (art. 355, CP (LGL\1940\2)) e desacato (art. 331, CP (LGL\1940\2)). Além do mais, o advogado não é autoridade, razão pela qual não precisa ser incluído em lei de abuso de poder. Quem detém poder de mando é o agente público.

Em suma, não se visualiza inconstitucionalidade alguma na nova Lei de Abuso de Autoridade.

5.2 Ação da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

A inicial desta ADIn (n. 6238) argumenta, de pronto, com a ideia de que a nova lei de abuso de autoridade é uma tentativa (mais) ousada de ataque às instituições

democráticas e "retaliação ao trabalho do combate à corrupção realizado pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário". Pretende-se criminalizar a "atuação de agentes públicos, os quais, dentre outras funções atingidas pela lei, são responsáveis pela realização da atividade de persecução penal pela lei, notadamente, em razão da "abertura" e "subjetividade" dos tipos penais instituídos".

Em primeiro plano, cabe evidenciar que a pretensa "retaliação" ao trabalho do combate à corrupção diz respeito, principalmente, aos agentes públicos da denominada "Operação Lava Jato". Se houve abuso, não foi generalizado, mas concentrado, em grande parte, nesta operação. Em segundo, nunca se soube que instituições como o Ministério Público tivessem questionado junto ao STF a inconstitucionalidade de vários tipos penais incriminadores abertos demais e lesivos ao princípio da taxatividade. Assim sendo, o interesse, neste caso, é corporativo e não parece concentrar-se nos ideais do Estado Democrático de Direito. Em terceiro, o titular da ação penal continua a ser o Ministério Público, de modo que somente esta instituição pode ingressar com ação penal por crime de abuso de autoridade. Pode-se dizer que há a ação privada subsidiária da pública, mas isso somente ocorre se o MP perder o prazo e não se ele pedir o arquivamento do inquérito. Enfim, sem acusação do MP, não há, na prática, ação penal por crime de abuso de autoridade.

Afirma-se, nesta ação, que a lei nova padece de "vício por desvio de finalidade" para "retaliação a agentes públicos e engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção". Em primeiro plano, a nova lei é legítima, advinda do Parlamento, sem qualquer desvio de finalidade, pelos próprios termos e garantias que expressou. Em segundo, se algum agente público agiu mal e abusou da sua autoridade, trata-se de problema particular e individual. A lei nova de abuso de autoridade não se baseia em represália, afinal, a lei penal incriminadora não se volta ao passado. Logo, inexiste "retaliação" aos agentes públicos. Aprimorou-se o cenário dos delitos de abuso de autoridade, revogando-se vetusta lei de 1965.

A petição expõe a inconstitucionalidade da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) porque "na contramão dos mandamentos constitucionais, coloca graves obstáculos para que esses deveres e funções sejam adequadamente exercidos". É imperioso destacar que punir o abuso de autoridade jamais pode ser considerado obstáculo ao exercício funcional de quem quer que seja. É um dever do Estado Democrático de Direito.

Alega-se inconstitucionalidade da nova lei por violação de cláusula pétrea, consistente no "princípio fundamental da separação dos poderes de Estado". Com a devida vênia, essa argumentação não é convincente, pois quem legisla é o Parlamento. Logo, o órgão legitimado, constitucionalmente, a criar tipos penais incriminadores é o Legislativo.

Houve época em que, quando integrávamos os quadros do Ministério Público, com muita honra, defendemos ser esta instituição um quarto poder de Estado. Era a época da Constituinte, mas a tese não foi nem aprovada no Congresso Nacional do Ministério Público, nem tampouco aceita pela Assembleia Constituinte. Revemos, na inicial das associações, a mesma tese, pois se argumenta que a nova lei de abuso de autoridade fere funções constitucionais do Ministério Público. In verbis: "Além disso, pelo fato de o Ministério Público brasileiro se enquadrar como órgão de soberania, há violação ao princípio da separação dos poderes". Respeitadas as doutas opiniões em contrário, o Ministério Público não é um dos Poderes do Estado, motivo pelo qual não há ofensa à separação dos poderes.

Afirma-se que a novel lei não observa o princípio da reserva legal "de lei certa" (sic)... Enfim, que são tipos abertos demais. Mas os tipos incriminadores da Lei anterior eram muito mais abertos e nunca foram questionados da mesma maneira.

Menciona-se, na inicial, que o STF está analisando a constitucionalidade, baseada na infringência da taxatividade, do art. 233 do Código Penal (ato obsceno). Excelente! Sempre defendemos que esse tipo penal era aberto demais e merecia ser eliminado da

legislação. Porém, o exemplo dado não se aplica aos tipos penais da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819).

Finalize-se com a citação dos renomados juristas Rogério Sanches e Rogério Greco (ambos integrantes do MP) no sentido de haver inconstitucionalidade porque, primeiro, há tratamento desigual entre o sujeito particular e o sujeito público, visto que o art. 30 da lei nova, confrontada com o art. 339 do CP (LGL\1940\2), pune o agente público menos severamente do que prevê pena ao particular. A pena do art. 30 é de detenção, de um a quatro anos, e multa. A pena do art. 339 é de reclusão, de dois a oito anos, e multa. O que se pode destacar é que qualquer argumento parece ser válido para tentar afastar do plano legal a Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Outras instituições argumentaram que as penas da nova lei de abuso de autoridade ferem o princípio da proporcionalidade, porque "exacerbadas". No entanto, os dois juristas mencionam "o contrário". Deve-se considerar a nova lei inconstitucional porque "privilegia" os agentes públicos. Afinal, ou as penas da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) são desproporcionais, porque muito elevadas, ou são desproporcionais porque muito reduzidas. Parece-nos que o meio-termo constitui o equilíbrio: são penas cominadas justas.

Os dois eminentes juristas apontam o segundo argumento de inconstitucionalidade: o conceito de justa causa comporta várias interpretações. Sem dúvida, como inúmeros conceitos jurídicos possuem variadas interpretações. Isso não é motivo de inconstitucionalidade, mas de exercício do trabalho hermenêutico.

5.3 Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE)

Um dos primeiros argumentos é tão aberto quanto a alegada tipicidade incriminadora da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Diz-se: "a lei apresenta alguns dispositivos que ferem a Constituição da República tanto sob a perspectiva formal, quanto material, violando princípios constitucionais que amparam o Estado Democrático de Direito, em especial ao avançarem indevidamente em espaço próprio de atuação dos membros do Poder Judiciário, mediante a criação de tipos penais que passam a incidir sobre a conduta de magistrados no exercício da prestação jurisdicional". Ao analisar a Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819), no item 4 supra, buscamos demonstrar que todos os tipos penais incriminadores tutelavam relevantes bens jurídicos, muitos dos quais em harmonia direta com o texto constitucional. Portanto, respeitadas as doutas colocações em contrário, inexiste cerceamento na atividade dos magistrados.

Diz-se que, formalmente, a lei padece do vício de inconstitucionalidade porque cabe ao Estatuto da Magistratura (Lei complementar 35/1979) dispor sobre as atividades das autoridades judiciárias. Todos sabemos que Leis Orgânicas disciplinam carreiras de Estado, instituindo direitos, prerrogativas, deveres, vedações e faltas funcionais. Mas não é do seu cenário dispor sobre crimes. Aliás, basta ler o art. 93 da Constituição Federal. Em verdade, cabe à lei ordinária dispor sobre tipos penais incriminadores, como aponta a maciça doutrina penal.

Ademais, não há registro dessa indignação contra a Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21), que também não é lei complementar. Entretanto, novamente, apontamos o que nos parece a resposta a essa contradição: a lei que se despede sempre foi, praticamente, "invisível". Não era composta por tipos penais fechados – mas sim realmente abertos – e parcela da doutrina recomendava que não fosse utilizada. Mas o fato é que não foi mesmo usada como poderia. Realizamos o contraste da lei anterior e da lei nova: há harmonia entre vários tipos penais, muitos dos quais são hoje questionados como inconstitucionais, justamente quando usaram termos mais intensos e claros, tornando-se mais fechados que abertos.

Sob a perspectiva da inconstitucionalidade material, alega-se que os tipos penais confrontam-se com garantias constitucionais, a exemplo do livre convencimento motivado. Insiste-se em mencionar a criminalização do exercício da hermenêutica jurídica, algo inerente à magistratura. Haverá, então, o enfraquecimento do Poder

Judiciário, em "linha de retrocesso e descompasso com o necessário fortalecimento do Estado Democrático de Direito". O magistrado poderá ser criminalizado "simplesmente" por exercer a sua atividade jurisdicional. A partir desse raciocínio, gera-se insegurança jurídica, que se estende ao cidadão, "na medida em que poderão ser privados de uma decisão judicial justa e estável".

Em primeiro lugar, a Constituição Federal considerou garantias aos juízes apenas três: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95). Não há, dentre elas, o "livre convencimento motivado". O que existe é o "dever" – e não garantia – de o magistrado proferir decisões "fundamentadas" (art. 93, IX, CF (LGL\1988\3)). Na leitura do Código de Processo Penal, pode-se notar que se adota, no Brasil, o princípio do livre convencimento motivado para a maioria das decisões judiciais. Mais uma vez, não é uma garantia, mas uma obrigação.

Em segundo, o art. 1º, § 2º, da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819) de maneira cristalina, afastou o crime de hermenêutica: "a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade". Aliás, nem precisava existir esse parágrafo, pois todos os tipos foram compostos de maneira mais fechada possível, com o emprego de vários advérbios de intensidade, como "manifestamente" ou "exacerbadamente" ou "excepcionalíssimo". Não há registro de outra lei penal com tantos anteparos aos sujeitos ativos do crime.

Em terceiro, o que pode enfraquecer o Judiciário é justamente a prática de condutas abusivas contra direitos individuais do cidadão, que precisa e quer confiar no Poder de Estado; juízes que atuam dentro da imparcialidade e nos estritos termos da lei não devem ser criticados, nem processados.

Em quarto, alguns argumentos representam justamente o oposto: decisões justas e estáveis são perfeitamente adaptadas à lei vigente; jamais podem ser frutos de abusos frente aos direitos individuais. Nenhum magistrado brasileiro será punido por abuso de poder "simplesmente" por exercer sua atividade jurisdicional. Nunca foi até hoje, segundo nos consta. Não será a partir da vigência da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819).

Outra alegação é levantada na inicial, apontando para as penas desproporcionais da nova lei de abuso de autoridade. Levemos em consideração que "todos" os delitos ali previstos são de menor potencial ofensivo ou comportam a aplicação do sursis processual. Não conseguimos, com isso, visualizar penas desproporcionais. Utilizemos um exemplo: o art. 148 do CP (LGL\1940\2) (sequestro ou cárcere privado) pune o agente que priva a vítima de sua liberdade, instituindo a pena de reclusão, de 1 a 3 anos, mas que pode chegar, na forma qualificada, a reclusão de dois a oito anos. Esse artigo do Código Penal guarda correspondência com o art. 9º, por inteiro, da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819), cuja pena é de detenção, de 1 a 4 anos e multa. São proporcionais. O crime de abuso é punido com detenção, que não admite regime fechado inicial, embora tenha uma pena máxima superior (ao menos da forma simples de sequestro). Mas o sequestro ou cárcere privado é punido com reclusão, admitindo o regime fechado inicial e prisão preventiva. A pena mínima é a mesma. Não se consegue vislumbrar desproporcionalidade alguma.

Há um argumento interessante: "no processo decisório, portanto, deve ser garantido ao juiz o preenchimento prático de seu livre convencimento, desde que motivado, o que significa que a hermenêutica jurídica constitui ferramenta que viabiliza a solução fundamentada de litígios" (grifamos). Com a devida vênia, no processo decisório o juiz não pode exercer a sua criatividade, dando asas à sua hermenêutica particular, para contrariar a lei. Não é a hermenêutica jurídica a sua ferramenta "básica" de trabalho, mas o fiel respeito à Constituição e a lei. Mais uma vez, destacamos o que já deixamos registrado em obras nossas: aquela condução coercitiva, sem prévia intimação para audiência, obrigando testemunha ou suspeito a se dirigir de imediato para ser ouvido pela autoridade investigatória, com a devida licença acadêmica, nunca teve amparo legal. Tratou-se de um exercício inviável de hermenêutica, pois contrariava frontalmente

texto legal (CPP (LGL\1941\8) e CPC (LGL\2015\1656)). Argumentou-se que, se o juiz pode o mais (decretar a temporária), pode o menos (decretar a condução coercitiva). Em primeiro lugar, esse argumento só pode valer para suspeitos, mas não para testemunhas, que não estão sujeitas a prisão temporária. Em segundo, os suspeitos não podem ser obrigados a ir à presença da autoridade, pois eles têm o direito "constitucional" ao silêncio. O STF coibiu essa modalidade de condução coercitiva – e mesmo assim a entidade dos magistrados federais pleiteia a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Não bastasse, o STF também considerou inaplicável a condução coercitiva ao réu, com base no art. 260 do CPP (LGL\1941\8).

Emerge o argumento de que, ao dirimir um conflito de interesses, o juiz não vai agradar ambas as partes. O objetivo é demonstrar a litigiosidade contra o magistrado. Assim não nos parece. Em mais de 30 anos de exercício da magistratura, o que sempre ouvi de partes (MP, advogados, defensores públicos) é que o bom juiz pode desagradar a parte que perdeu, mas nunca é criticado pelos operadores do Direito, quando se vale da lei e de farta fundamentação para expor a sua decisão.

Um tópico arguido merece uma atenção especial. Narrou-se que, em decisão do Superior Tribunal de Justiça, na ementa, utilizou-se da expressão "manifesta ilegalidade verificada", concedendo a ordem de habeas corpus. Trata-se de força de expressão do Tribunal para avaliar a decisão em julgamento. Tanto é assim que os Ministros não determinaram a apuração do crime de abuso de autoridade, que tem lastro na Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21). Se com esta lei, extremamente aberta, nada se apurou, não será com a nova que tudo mudará.

Outra linha de argumentação indica que advogados poderiam receber punição por interpor recurso manifestamente incabível; membros do Legislativo por avançarem com projetos de lei manifestamente inconstitucionais; o Presidente da República se editasse decreto inconstitucional. Tudo isso poderia ocorrer, mas é preciso diferençar as consequências. O advogado exerce o direito de defender seu cliente com os instrumentos constantes em lei. O membro do Legislativo já possui um longo caminho até que o seu projeto chegue ao plenário; se é manifestamente inconstitucional será barrado pela CCJ. O Presidente será controlado pelo Congresso e pelo Judiciário.

Nada disso afasta a necessidade de uma bem elaborada Lei de Abuso de Autoridade, porque há dolo e elemento subjetivo específico de prejudicar alguém, exercitar um capricho ou satisfazer-se pessoalmente. Quem tem o poder de mando, atingindo "diretamente" o cidadão precisa ter essa autoridade controlada. Nada mais democrático que isso.

5.4 Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP). Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (ANAFISCO)

Concentram-se os auditores fiscais em questionar os artigos que parece atingi-los em suas atividades: arts. 27, 29 e 31.

Os argumentos são quase os mesmos já analisados. Enfocam que esses dispositivos possuem termos "abertos demais".

Dizem, ainda, que a "lei não pode atingir a atividade fiscal do Estado, uma vez que já há tipo penal próprio: excesso de exação".

A singela leitura do art. 316, § 1º, do Código Penal ("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 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa") demonstra a completa falta de harmonia com os três dispositivos questionados. Esses três não cuidam de exigência de tributo.

Em termos mais frágeis, buscam alegar que o Código Tributário Nacional (lei

complementar) deve ser respeitado, acima da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Os procedimentos para a fiscalização tributária não possuem nenhum contato com a nova Lei de Abuso de Autoridade, que pretende coibir investigações absurdas e abusivas, sem nenhum lastro probatório, assim como vedar a prestação de informes falsos sobre procedimentos fiscais e impedir que uma investigação fiscal se estenda indefinidamente somente para prejudicar o investigado. Tudo muito claro e muito justo.

6 Conclusão

Na introdução, desenvolvemos um andamento histórico dos fatos que levaram à promulgação da Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819). Resta-nos, agora, tecer comentários a respeito do momento em que a nova lei foi editada. É verdade que, durante alguns anos, houve um conflito de interesses entre a classe política e empresarial e a força-tarefa de Curitiba, condutora da "Operação Lava Jato". Enquanto esta operação estava embalada pela opinião pública favorável, conseguiu-se impedir qualquer ato legislativo que buscasse frear os seus anseios. No entanto, fatos extremamente relevantes ocorreram, terminando no impeachment de uma Presidente da República, além da prisão de um ex-presidente. Após, a assunção ao cargo de Presidente do Vice ainda gerou problemas, como gravações de conversas e divulgações. Chegam as eleições presidenciais, repletas de fatos novos, como o atentado contra a vida de um candidato, que terminou vencedor.

Tudo parecia dar certo para aquela "força-tarefa", tanto que o juiz que proferiu todas as decisões naquele período de 2014 a 2018 abandonou o cargo de magistrado federal para se tornar Ministro da Justiça. Não se contava com as revelações de conversas travadas entre os membros da força-tarefa e o juiz condutor dos processos, por um site específico. Tudo se complicou, pois se viu a fragilidade daquela operação e alguns desatinos. Aproveitando esse espaço, o Parlamento, recém-eleito, teve força para editar a nova Lei de Abuso de Autoridade.

Embora se possa defender que o momento para a promulgação dessa lei possa ter sido impróprio, porque "pareceu" uma represália direta à magistratura e ao Ministério Público, em particular, aos atuantes em Curitiba, a verdade é que a lei é tecnicamente correta e mais precisa e detalhada do que a anterior.

Historicamente, pode-se apontar o descompasso entre o arquivamento de novas leis contra a corrupção e a edição de uma nova lei de abuso de autoridade, porém há que se analisar, doutrinariamente, o que se tem em mãos: a Lei 13.869/2019 (LGL\2019\7819).

Podemos assegurar que se trata de uma lei muito superior à anterior, com tipos mais fechados e outros tipos inéditos, tutelando direitos importantes, que não estavam no contexto da Lei 4.898/1965 (LGL\1965\21).

Os ânimos podem estar exaltados. As entidades de classe sofreram pressões de seus associados. A sociedade, mal informada e leiga, não consegue opinar de maneira conclusiva. Por isso, ousamos apresentar o nosso ponto de vista, tanto por meio de obras publicadas, quanto por artigo especialmente destinado a isso.

Queremos crer que o bom senso vencerá. A nova Lei de Abuso de Autoridade só encampará agentes públicos de má-fé, que agem com nítida vontade de prejudicar pessoas. Não conseguimos encontrar outra utilidade para uma legislação que institui elementos subjetivos específicos, juntamente com a clara manifestação de que não haverá "crime de hermenêutica".

Portanto, o restante, para nós, é fruto de outro embate puramente político, que, agora, será desenvolvido na Suprema Corte do Brasil. Esperamos que o justo triunfe.