

**Considerações sobre o artigo 9º, parágrafo único, incisos I e II da
Lei 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade**

“A toda ação corresponde sempre uma reação oposta e de igual intensidade”. Trata-se da Terceira Lei de Newton, recentemente muito bem lembrada em artigo pelo Min. Ricardo Lewandowski publicado no jornal Folha de São Paulo (disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/02/a-terceira-lei-de-newton.shtml> consultado aos 07/02/2020), no qual também sustenta:

Tal princípio, concebido originalmente para explicar certos fenômenos naturais, vem sendo estendido às relações sociais, notadamente àquelas pertencentes ao mundo da política.

Empregando essa lógica, é possível concluir que os excessos praticados no passado recente por alguns juízes, policiais e membros do Ministério Público, restringindo direitos e garantias dos acusados em inquéritos ou ações penais, deram causa a uma reação equivalente em sentido contrário por parte dos órgãos de controle.

A reação foi se intensificando à medida que tais excessos – em um primeiro momento percebidos apenas por advogados e um punhado de observadores mais atentos – passaram a ser divulgados pela mídia tradicional, causando um mal-estar generalizado na sociedade.

A resposta partiu inicialmente do Supremo Tribunal Federal, que proibiu conduções coercitivas; revogou prisões preventivas sem fundamentação idônea; censurou vazamentos de dados sigilosos; anulou provas ilícitas;

rejeitou denúncias baseadas exclusivamente em delações premiadas; corrigiu violações ao devido processo legal; assegurou o exercício da ampla defesa; e reafirmou o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Congresso Nacional retrucou no mesmo diapasão votando a lei 13.869/2019, na qual tipificou como abuso de autoridade a maioria dos desvios glosados pelo STF. Logo depois, complementou a corrigenda aprovando a lei 13.963/2019, que resultou do chamado “pacote anticrime”, escoimado das exorbitâncias iniciais, de cujo texto vale destacar a oportuna criação, por proposta de parlamentares, do “juiz das garantias” – adotado, com excelentes resultados, em um bom número de países –, a quem incumbirá promover a instrução criminal dentro da legalidade e com respeito aos direitos dos investigados e às prerrogativas de seus defensores.

A antiga Lei de Abuso de Autoridade não mais fazia frente à intensa inventividade de autoridades abusivas na contemporaneidade. Ainda da época da ditadura, a lei 4.898/1965, agora revogada, não só era tibia na proteção da sociedade contra abusos de maus agentes públicos (afinal, ditadores e seus asseclas não são muito simpáticos a serem controlados e, muito menos, a terem suas condutas nocivas incriminadas, daí a tibieza da antiga lei), como com o passar do tempo restou defasada e inadequada já que, em se tratando de norma penal (mas que também previa responsabilizações administrativa e civil), havia necessariamente que atentar ao princípio da taxatividade e da legalidade de modo a incidir a adequação típica sobre uma determinada conduta. Portanto, entendo que não só pelas circunstâncias apontadas pelo Min. Lewandowski efetivamente se impunha a atualização daquela lei.

O grave problema, contudo, é que o legislador pátrio notoriamente não prima pela melhor perícia e técnica em matéria de legislação penal e processual penal. Exemplo disso é a outra lei citada pelo Ministro, a 13.963/2019, que transformou o direito penal e processual penal brasileiro numa verdadeira colcha de retalhos de difícil (senão impossível) organização, um verdadeiro Frankenstein acéfalo – para ficar somente num exemplo, temos um crime que passou a ser equiparado a hediondo

passível da oferta de acordo de não persecução penal (artigo 1º, parágrafo único, II da Lei 8072/90 c/c. o artigo 28-A do Código de Processo Penal). E durma-se com uma barulho desses...

O fato é que *habemus legem* e, estando em vigor, o trabalho interpretativo se impõe. E será pesado, será árduo.

Incumbiu-me este Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro da análise do artigo 9º, parágrafo único, incisos I e II da lei 13.869/2019, o que passo a fazer, não sem antes frisar que, de todo modo, o parágrafo 1º do artigo 1º da referida lei ao mesmo tempo em que firma um norte interpretativo autêntico, cria um verdadeiro elemento subjetivo inerente a todos os tipos penais da novel legislação ao estatuir que “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**”, estabelecendo assim um dolo específico sujeito – é verdade – a quase intransponível *diabolica probatio*, o que por si só já é um alento para os maus agentes públicos.

Vale frisar ainda a excludente de ilicitude prevista no parágrafo 2º daquele mesmo artigo 1º, segundo o qual “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”, norma que a meu juízo afasta o aventado (pela Associação dos Magistrados Brasileiros [AMB], em Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADIn]) vício constitucional por violação à independência da magistratura, engendrada que foi a excludente justamente com o propósito de afastar o chamado “crime de hermenêutica”, bem caracterizado na imorredoura lição de Ruy Barbosa:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea (...) Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em

sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo (Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, Tomo III, p. 2280).

Vejamos então o *caput* do artigo 9º (dispositivo vetado pela Presidência da República, sendo o veto, contudo, derrubado pelo Congresso Nacional): “**Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais**”. Bem: é verdade que este magistrado já viu não uma, nem duas, mas diversas vezes prisões preventivas decretadas em situação de furto simples sem prova de reincidência. Seria esta uma “manifesta desconformidade com as hipóteses legais” previstas nos incisos I e II do artigo 313 do Código de Processo Penal? Pode ser... Todavia, o tipo penal não pode estar sujeito a este tipo de dúvida – assim como, na melhor técnica, não deve conter adjetivações. O princípio constitucional da legalidade em matéria penal, do que decorrem os princípios da tipicidade e da taxatividade, não se coadunam com redações imprecisas, vagas, abertas, nas quais não se identifique de pronto e com absoluta clareza a conduta criminalizada pelo preceito primário da norma que, assim, estando em descompasso com a norma maior, como aqui, há de se ter forçosamente por inconstitucional.

Vale neste ponto abrir um parêntesis de natureza autocrítica: a magistratura em geral nunca se preocupou em demasia com tipos penais abertos, mas desde que aplicáveis aos outros. Exemplo disto? O parágrafo 3º do artigo 155 do Código Penal ao dispor em sua parte final que “equipara-se à coisa móvel a energia elétrica **ou qualquer outra que tenha valor econômico**”, o que sempre foi declarado inconstitucional por mim porém reformado pelo Tribunal de Justiça. Outro exemplo? O crime de gestão temerária de instituição financeira previsto no artigo 4º da lei 7.492/86 em redação absolutamente aberta, qual seja, “**gerir fraudulentamente** instituição financeira”, o que já foi objeto de diversas declarações de inconstitucionalidade por juízes de primeiro grau, quase que na totalidade reformadas pelas instâncias superiores. Contudo, quando ao menos em tese aplicáveis a si próprios, os magistrados entraram imediatamente em alerta contra tipos abertos, deixaram de confiar

no sistema penal e processual penal que aplicam aos outros e ingressaram com ADIn visando suspender dispositivos que seriam aplicáveis por eles próprios a si próprios – mas só em caso de abuso.

Em excelente palestra, que recomendo, proferida pelo juiz federal (coincidentemente em Curitiba...) Flavio Antônio da Cruz (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KTGD6jmnJeA> , consultado aos 07/02/2020), este sustenta:

Temos “um sistema que acredita na pena e um sistema que acredita no sistema judicial, que acredita no Poder Judiciário como mecanismo de regulação de conflitos. Mas aí, por contraditório, o sistema que acredita em si mesmo duvida de si mesmo quando vem a lei de abuso de autoridade. Os juízes não acreditam nos próprios juízes quando se cuida de proteger as liberdades dos próprios juízes. Os juízes passam então a dizer que essa lei é inconstitucional porque desconfiam que na prática, quando vier a ser aplicada essa lei, serão alvo de abuso. Mas esse abuso será cometido por quem, se a lei demanda iniciativa pública, apenas subsidiariamente privada? Quem cometeria o abuso ao aplicar a lei de abuso de autoridade senão os próprios agentes públicos? Ao desconfiarem da aplicação dessa lei de abuso de autoridade isso nada mais indica senão a necessidade dessa própria legislação”.

Neste sentido, bem ressaltado por Flavio Antônio da Cruz em sua palestra, a ADIn proposta pela AMB seria nada menos que autofágica, suicida, na medida em que seus pressupostos colocam em xeque seus argumentos.

Fecho o parêntesis e sigo adiante.

Dita o inciso I do parágrafo único do artigo 9º: “**Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal**”. Mais adjetivações: o prazo precisa ser **razoável** e a ilegalidade há de ser **manifesta**. Isto sem esquecer que o magistrado terá de agir “com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou

a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”, lembrando ainda que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”. Ou seja: estamos diante (mais uma vez para o conforto dos maus agentes públicos) de mero direito penal simbólico, criado a toque de caixa para fazer de conta que doravante as condutas incriminadas não mais subsistirão quando, no fundo, se trata de letra legal natimorta, tendente ao fracasso, à inaplicabilidade e ao ostracismo, tal o número de exigências legais (algumas novamente inconstitucionais por violação ao princípio da determinação, corolário do princípio da legalidade) formuladas para a configuração da conduta típica – ainda que seja, de fato, gravíssimo o ato de deixar de relaxar prisão manifestamente ilegal dentro de prazo razoável.

Seguindo adiante temos o artigo 9º, parágrafo único, II: **“Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível”**. Neste ponto, a adjetivação já se mostra uma má técnica recorrente do legislador: se o prazo há de ser novamente **razoável** como antes se viu, o cabimento da concessão da liberdade provisória ou medida cautelar diversa do aprisionamento há de ser aqui mais uma vez **manifesto**. Vejam: este magistrado é tido por garantista, liberal, do tipo que (segundo o etiquetamento tão usual em nosso Tribunal) “solta todo mundo” e, mesmo que isto fosse verdade, confesso que tenho profundas dificuldades em definir o que seria uma cautelar ou liberdade provisória “manifestamente cabível”. Talvez novamente nas hipóteses antes citadas, em que ausentes os requisitos dos incisos I e II do artigo 313 do Código de Processo Penal? Pode ser, sem olvidar que também aqui indispensáveis a presença dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da Lei, ou seja, novamente ínfima a chance de aplicação concreta do dispositivo, fruto igualmente de mero direito penal simbólico.

Mas talvez não. Talvez seja ingenuidade de minha parte. Como tive o ensejo de dizer em outra oportunidade, criminalistas que comemoram novas criminalizações deveriam urgentemente estudar criminologia. Especificamente na hipótese da Lei de Abuso de Autoridade, aqui em análise, em razão da **seletividade** inerente ao direito penal, mais fácil um juiz garantista ser criminalmente punido por um mínimo e eventual deslize que o ser aquele juiz que diuturnamente abusa de sua autoridade pois estes, via de regra, são os queridinhos do sistema punitivo e de persecução penal. Já aqueles... Que se cuidem.