

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E OS DESAFIOS À SUA EFETIVIDADE

ABUSE OF AUTHORITY LAW AND THE CHALLENGES TO ITS EFFECTIVENESS

Fernanda Marinela¹

RESUMO

A produção normativa não é garantia total de efetividade do texto legal. Partindo dessa reflexão, diversos são os desafios à efetividade da Lei n. 13.869/2019, intitulada “Lei de Abuso de Autoridade”. A norma criou 23 novos tipos penais, prevendo também sanções administrativas e cíveis aplicadas a qualquer agente público. Apesar de representar uma evolução e revogar a antiga Lei n. 4.898/1965 que tratava do tema, a norma atual já é alvo de sete ADIs propostas por diversas associações de autoridades jurídicas. Diante disso, com o intuito de apontar os principais percalços à efetividade da nova Lei de Abuso de Autoridade, este trabalho traça um panorama da evolução normativa acerca do tema, avaliando a Lei n. 13.869/2019 em paralelo com a Lei n. 4.898/1965.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de autoridade. Efetividade. Lei 13.869/2019.

ABSTRACT

The normative production is not a complete guarantee of effectiveness of the legal text. Based on this reflection, there are several challenges to the effectiveness of Law no. 13.869/2019, entitled “Abuse of Authority Law”. The standard created 23 new criminal types, also providing for administrative and civil sanctions applied to any public agent. Despite representing an evolution and repealing the old Law no. 4.898/1965 that dealt with the subject, the current rule is already the target of seven Direct Actions of Unconstitutionality proposed by several associations of legal authorities. Therefore, in order to point out the main obstacles to the effectiveness of the new Abuse of Authority Law, this work traces an overview of the normative evolution on the subject, evaluating Law no. 4.898/1965.

KEYWORDS: Abuse of authority. Effectiveness. Law 13.869/2019.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no brasil. 2.2 Desafios a efetividade da Lei n. 13.869/2019. 3 Considerações finais. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sistemática do ordenamento jurídico e da produção normativa não é garantia total de efetividade do texto legal, ou seja, do vigor da norma no meio social.

¹ Fernanda Marinela é Advogada, Conselheira no Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheira Federal da OAB pelo Estado de Alagoas, Coordenadora de Comunicação da OAB Nacional, Professora do G7 Jurídico, Presidente de Honra da Comissão Nacional da Mulher Advogada – OAB/Mulher.

Compete à técnica legislativa – que desenvolve as hipóteses fáticas ínsitas nos textos legais – a tarefa de dosar a taxatividade necessária para que a letra da lei atinja à sua finalidade. A despeito disso, a incidência da Lei, transmutada em norma jurídica, é obra de interpretação motivada.

Partindo dessa reflexão, diversos são os desafios à efetividade da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019, intitulada “Lei de Abuso de Autoridade”, haja vista que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e representa evolução, revogando a Lei n. 4.898/1965 que tratava do tema.

A norma criou 23 novos tipos penais, prevendo sanções administrativas, cíveis e penais que podem ser aplicadas a qualquer agente público, servidor ou não, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes dos entes federados e Territórios como consta no seu artigo 2º². A abrangência do rol de sujeitos ativos é o mais amplo possível, incluindo a possibilidade de coautoria e participação de particulares.

Alvo de diversas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em sua maioria manejadas por associações que representam a Magistratura, Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal, a norma tem sofrido diversas críticas de cunho político e jurídico. Contudo, a criminalização do abuso de autoridade não é novidade no direito comparado.

A legislação alemã, por exemplo, criminaliza a “violação ou torsão a direito” (*Rechtsbeugung* do §339 StGB) e a “persecução do inocente” (*Verfolgung Unschuldiger* do §344 StGB). A legislação espanhola pune o juiz ou magistrado que, intencionalmente, ditar sentença ou resolução injusta (artigo 446 do Código Penal espanhol).

O rigor francês, por sua vez, é vigoroso no combate ao abuso de autoridades, prevendo crimes como prolongamento indevido de prisão, desrespeito a inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de correspondência. E nos Estados Unidos,

² Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

no âmbito federal, há o crime de *privação do direito dos cidadãos* cujas punições são aplicação a quaisquer autoridades públicas.

A nova Lei que entrou em vigor em 03 de janeiro de 2020, embora reafirme muito do que já existe no direito brasileiro, representa um avanço ímpar na discussão dos limites e impessoalidade necessários ao *múnus* público de exercício do poder estatal.

Assim, o presente trabalho apresenta um panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no Brasil, possibilitando a compreensão dos afluentes que culminaram no texto da Lei n. 13.869/2019 para, então, sem pretensão de exaurir a discussão, apontar os principais percalços à efetividade da nova Lei de Abuso de Autoridade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no brasil

Apesar da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019, figurar como marco moderno da repressão ao abuso de autoridade, esta pauta é debatida no Brasil desde 1891, quando na Constituição que inaugurou a era republicana foi previsto o seguinte:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

Afirmando a concepção republicana e democrática – inspirada na constituição estadunidense – em detrimento do regime monárquico, esta Constituição traz em seu bojo a representação da ideia de que o efetivo controle do poder estatal investido nas autoridades é intrínseco a concepção de república e democracia, haja vista que tal poder decorre do *múnus* público destas autoridades – o poder é em prol do interesse público, supremo e indisponível.

Esta expressão da repressão ao abuso de poder como garantia individual de denunciar e requestar punições às autoridades abusivas foi perpetrada pelas demais

constituições (Constituição de 1934 – artigo 113, 10³; Constituição de 1946 – artigo 141, § 37⁴; Constituição de 1967 – artigo 150, § 30⁵; Constituição de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969 – artigo 153, § 30⁶).

Todavia, a criminalização do abuso de autoridade somente ocorreu em 1965 com o advento da Lei n. 4.898, período de Ditadura Militar no Brasil e, segundo afirmações do autor do Projeto de Lei, Deputado Bilac Pinto⁷, a finalidade da norma, em suma, era auxiliar na efetivação das garantias e direitos constitucionalmente conquistados, os quais foram fortemente vilipendiados durante este período antidemocrático.

Importante ressaltar, fazendo um paralelo com a gênese da nova lei de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019), a relevância do contexto histórico do nascedouro da antiga lei (Lei n. 4.898/1965), pois a gênese de uma norma, cartesianamente marcada pelo tempo-espaço, aponta um resultado ontológico de peculiares valores, propósitos e conceitos que ensejam sua criação e constituem-se balizas para sua compreensão e aplicação.

Observe que o período de ditadura militar, referência de autoritarismo extremo, que iniciou em 1º de abril de 1964 acabou servindo como “catalizador” para o processo de criminalização do abuso de autoridade, considerando que a discussão iniciada em 1956, ano da propositura do PL n. 952, somente teve fim em 09 de dezembro de 1965, com o início da vigência da Lei n. 4.898 – pouco mais de um ano do início da Ditadura Militar no Brasil.

Outrossim, para a nova Lei 13.869/2019 a doutrina tem apontado como “catalizador” a operação Lava Jato⁸, considerando-a como uma reação política contrária. Mas não somente ela, desde a operação Lava Jato percebe-se uma onda

³ Art. 113 (...) 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

⁴ Art. 141 (...) § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

⁵ Art. 150 (...) § 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

⁶ Art. 153 (...) § 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.

⁷ Discurso de apresentação do Projeto de Lei nº 952 proferido pelo Deputado Bilac Pinto em 10 de janeiro de 1956. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17JAN1956SUP.pdf#page=3>>. Acesso em: jul 2020.

⁸ ANGELO, Thiago. Combate à inquisição - catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: jul 2020.

de normas voltadas ao controle de autoridades, de suas decisões, exemplo disto são as alterações na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) – realizadas pela Lei n. 13.655/2018 e pelo Decreto n. 9.830/2019 – e o próprio pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019) que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Em que pese representar um contraponto ao período antidemocrático, a Lei n. 4.898/1965 não foi tão efetiva em razão. Uma das principais razões da inefetividade desta norma foi a força do autoritarismo do Regime Antidemocrático: que se torna evidente em face do longo período que perdurou a Ditadura Militar (1964-1985), dominando as esferas de poder, e dos seus horrores.

Outra razão, bastante apontada pela doutrina, foi a atecnicidade legislativa. Acerca disto, Mendes e Fernandes⁹ frisam que:

As tentativas de definição dos excessos na ação dos agentes públicos inculpidas no diploma careciam de uma taxatividade que conferisse segurança mínima à aplicação da norma penal. A conceituação dos atos de abuso foi remetida a um rol demasiadamente amplo de condutas atentatórias à liberdade de locomoção e a outros direitos individuais descritos nos artigos 3º e 4º.

Em que pese a doutrina majoritária defender a inconstitucionalidade da redação genérica dos tipos penais dos artigos 3º e 4º¹⁰ da Lei n. 4.898/1965, considerando afronta direta ao princípio da taxatividade, tal inconstitucionalidade

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o estado de direito. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaio-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade#sdfootnote4sym>>. Acesso em: jun 2020.

¹⁰ 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. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79). Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Medida Provisória nº 111, de 1989) i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

nunca foi formalmente reconhecida e há uma parcela da doutrina que defende a tessitura aberta destes tipos penais sob a alegação de que não é possível prever todas as hipóteses de abuso.

Volvendo para o desenrolar histórico, com o advento do movimento de redemocratização que culminou na Constituição de 1988, a pauta da criminalização do abuso de autoridade voltou a tona.

Um ponto alto pós CF/88 foi a assinatura do II Pacto Republicano de Estado, onde os Três Poderes uniram forças em prol um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, pois em seu Anexo de Metas Prioritárias foi elencada a revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais.

Os resultados práticos desta meta foram materializados no Projeto de Lei 6.418/2009, de autoria do Deputado Raul Jungmann, os quais contribuíram na construção dos Projetos de Lei de números 280/2016 e 85/2017 que originaram a nova Lei 13.869/2019.

É inegável a representatividade desta nova lei de abuso de autoridade para a democracia e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, contudo, assim como ocorreu em 1965, diversos obstáculos já se apresentam à sua efetividade e avaliá-los é essencial para que o novo diploma não seja apenas uma figura de avanço, mas sim um instrumento de mudança.

2.2 Desafios a efetividade da Lei n. 13.869/2019

Rememorando o dito alhures, a Lei n. 13.869/2019 representa um grande avanço normativo à repressão do abuso de autoridade, não apenas na seara criminal, mas também na civil e administrativa.

Ocorre que, semelhantemente como se deu com a antiga lei (Lei n. 4.898/1965), já se observa diversos percalços a sua efetividade, sejam de cunho jurídico, sejam de cunho político.

Os percalços políticos, por exemplo, já se observam antes mesmo do nascimento da nova Lei que foi votada “a toque de caixa” no dia 14 de agosto de 2019, pautada em regime de urgência na Câmara dos Deputados, não permitindo o debate minucioso.

Resultado disto foram os 19 vetos presidenciais, dos quais 10 foram derrubados pelo Congresso Nacional, o que denota a efervescência de questões políticas influenciando a edição da Lei. Mas esta efervescência não partiu somente dos entes políticos, mas também de entidades do judiciário.

Diversas associações da Magistratura, Ministério Público e Segurança Pública se moveram para defender a inconstitucionalidade do dispositivo legal no Supremo Tribunal Federal. Já foram propostas 07 (sete) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade contra diversos dispositivos da Lei n. 13.869/2019.

A primeira a questionar a nova lei de abuso de autoridade foi a Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco) através da ADI n. 6.234, afirmando que esta *promove uma retaliação à Justiça e prejudica o combate à corrupção e a apuração das ações lesivas ao interesse público e à correta administração fiscal tributária do Estado*¹¹. Pugnou, liminarmente, pela suspensão da vigência dos artigos 27, 29 e 31 por entender que restringem o exercício das funções de auditoria fiscal e, no mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade dos respectivos artigos.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por sua vez, na ADI n. 6.236 aponta que a nova lei *torna o exercício da jurisdição uma atividade de risco inaceitável em um Estado Democrático de Direito*¹² e ofende os princípios constitucionais. Questionou-se o artigo 9º, parágrafo único e incisos I, II, III; 10; 19; artigo 20; artigo 27, *caput* e parágrafo único; e os artigos 30, 32, 33, 36, 37 e 43.

Conjuntamente, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Procuradores da República, por intermédio da ADI n. 6.238, questionam a validade dos artigos 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43. Segundo elas, tais dispositivos ofendem princípios do serviço público, como os da eficiência, publicidade, moralidade e legalidade, e não observa os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, da liberdade de expressão e da separação dos Poderes.

Na ADI n. 6.239, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) alega que o a nova lei *avança indevidamente no espaço próprio de atuação dos membros do*

¹¹ SCHUQUEL, Thayná. Conheça as 7 ações no STF contra a Lei de Abuso de Autoridade. Metrópole, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/conheca-as-7-acoes-no-stf-contr-a-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: jul 2020.

¹² Ibidem.

*Poder Judiciário*¹³, pois os tipos penais incidem diretamente sobre a conduta destes no exercício da prestação jurisdicional, além de criminalizar as condutas de magistrados e ferir frontalmente suas prerrogativas constitucionais. Afirmam ainda que há reserva de Lei Complementar para regulamentação de atividades da magistratura na Constituição Federal, não sendo possível fazê-lo através de lei ordinária como intentando pela Lei n. 13.869/2019. Questionou-se o artigos 9º, 10, 20, 25, 26, 36 e 46.

Já a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) argumenta na ADI n. 6.266 *que a lei é genérica ao tipificar como crime diversas condutas, sem, no entanto, especificar porque devem ser consideradas abuso de autoridade. Além disso, afirma que muitas dessas condutas são inibidas pelo ordenamento jurídico, e a nova determinação legal ameaça e intimida os agentes estatais, especialmente os membros da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário*¹⁴. Questionou-se o artigo 9º; artigo 13, inciso III; artigo 15, inciso I e parágrafo único; e os artigos 16, 20, 30, 32, 38 e 43.

Por fim, o Partido Podemos também foi ao Supremo e assim como os Delegados da Polícia Federal, questionaram na ADI n. 6.302 o caráter genérico da nova lei, *o que impossibilita a correta interpretação do seu alcance e do seu conteúdo*¹⁵. Questionou-se os artigos 9º, 11, 19, 25, 27, 30 e 34.

A partir dos posicionamentos destas entidades observa-se, aprioristicamente e para além das questões jurídicas, um discurso político contrário aos anseios da nova lei de abuso de autoridade por enxergarem-na como amarras as atividades de persecução penal e do poder de polícia administrativa.

Esta perspectiva é relevante quando consideramos que a maioria destas entidades, como visto, correspondem aos interpretes autênticos da norma (numa linguagem kelseniana¹⁶) e se estes demonstram rejeição, não se espera alta efetividade.

Frisa-se que não se está fazendo juízo de valor negativos aos posicionamentos levantados, pois, muitos dos percalços jurídicos levantados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades são coerentes.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Para Kelsen, a interpretação autêntica é realizada pelo órgão aplicador, encarregados oficiais da aplicação do do direito, de modo que ao aplicar a Lei, criam normas.

O que se pretende analisar e demonstrar é que as mesmas razões que levaram a inefetividade da antiga lei de abuso de autoridade – dificuldades de aceitação em razão do contexto político-social e atecnicidade legislativa – se apresentam a nova lei, em proporções diferentes obviamente.

Assim, demonstrados os percalços políticos, debruçar-nos-emos a partir de então sobre os jurídicos.

A primeira dificuldade jurídica que merece destaque está inscrita no § 1º do artigo 1º¹⁷ do diploma legal em discussão, quando o legislador estabelece que:

“§ 1º 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.”

Ou seja, para que se enquadrem as condutas tipificadas como abuso de autoridade, faz-se necessário comprovar a existência de uma das 05 (cinco) finalidades específicas elencadas, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) prejudicar outrem; b) beneficiar a si mesmo; c) beneficiar terceiro; d) por mero capricho; e) por satisfação pessoal.

Esta tipificação da conduta é o que a doutrina chama de *dolo específico*, definido por Fernando Pedroso¹⁸ da seguinte forma:

“surge o dolo específico quando exija o tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade (...) observa-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento incriminado”.

Importante destacar que a doutrina diverge desta classificação. Para a Escola Finalista o dolo é único, sendo o fim especial. A divisão entre genérico e específico é defendida pela Escola Clássica.

Esta divergência segue na jurisprudência dos tribunais pátrios, exemplo disto é o crime de dispensa imotivada de licitação previsto no artigo 89¹⁹ da Lei n. 8.666/1993.

¹⁷ Art. 1º (...) § 1º 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.

¹⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal, 2ª ed., Ed. Leud, 1997, p. 214.

¹⁹ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em Lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Porém, hodiernamente, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento pela imprescindibilidade da apresentação do dolo específico de lesar o erário. Observe o entendimento pacificado através do julgado a seguir:

“Ementa: RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...) 2. **Os crimes previstos nos arts. 89 da Lei n. 8.666/1993** (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) **e 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967** (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) **exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal** (APn n. 480/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012). 3. A inicial acusatória não faz nenhuma menção, ainda que em passant, a respeito do especial fim de agir de causar prejuízo ao erário (dolo específico), nem aponta qual seria o dano, ainda que aproximado, suportado pela Administração Pública, configurando, a sua inépcia. 5. Recurso em habeas corpus provido para trancar a Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, em curso na 1ª Vara Criminal de Ituverava/SP, sem prejuízo de que outra denúncia seja formulada, devidamente calcada nos elementos considerados indispensáveis por este Superior Tribunal. (RHC 108.813/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 17/09/2019”.

A necessária prova do dolo específico torna mais difícil a acusação, haja vista a subjetividade inerente, portanto é uma etapa a ser contornada para que se efetivem os comandos da nova Lei de Abuso.

Ato contínuo tem-se a problemática referente ao Ministério Público. É que os crimes previstos na Lei de abuso de autoridade são de ação penal pública incondicionada conforme menção expressa no *caput* do artigo 3º²⁰ – que inclusive faz parte do rol de artigos que tiveram o veto rejeitado pelo Congresso – e, segundo o artigo 100, § 1º²¹ do Código Penal e o *caput* do artigo 24²² do Código de Processo Penal, o Ministério Público é o titular desta ação.

²⁰ Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

²¹ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a Lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a Lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

²² Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a Lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Então, questionou-se: como seriam processadas as denúncias oriundas da nova Lei de abuso que tivessem como sujeito ativo os membros do Ministério Público? Seria através de ação pena privada subsidiária da pública?

Diante da problemática iminente, a Procuradoria-Geral da República publicou a Orientação nº 39, no dia 22.01.2020, tratando do procedimento em caso de denúncia por abuso de autoridade cometido por procuradores do Ministério Público Federal.

A orientação é de que as notícias-crime por abuso de autoridade de membros do MPF devem ser imediatamente remetidas ao PGR pelas autoridades policiais, civis ou militares²³.

Além disso, deverá ser liminarmente arquivada a notícia crime que não apresentar, “*de forma clara e delimitada, elementos concretos de informação mínimos e plausíveis*”, indicando que o procurador “*agiu com alguma das finalidades específicas previstas no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19*”.

Observa-se então que a orientação da Procuradoria-Geral da República reforça a exigência da comprovação do dolo específico o que angustia ainda mais a efetividade da nova Lei, pois desencoraja denúncias e dificulta a evolução dos inquiridos.

Prosseguindo, há que se ressaltarem ainda certas peculiaridades envolvendo os efeitos administrativos previstos no artigo 4º, incisos II e III²⁴ da nova Lei, quais sejam: a) a inabilitação do agente para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a cinco anos; b) ou a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Observa-se que ao agente, no que se refere à inabilitação, será permitido retornar às suas atividades, apesar da condenação por abuso e em um curto período de tempo – dentre 1 a 5 anos – ficando a cargo do julgador a dosimetria.

²³ 1. As notícias-crime por abuso de autoridade de membros do Ministério Público Federal devem observar rigorosamente o artigo 18, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, impondo-se a qualquer autoridade policial, civil ou militar proceder à sua imediata remessa ao Procurador-Geral da República, a quem incumbe designar membro do Ministério Público Federal para prosseguir na apuração do fato, salvo hipótese de arquivamento liminar.

²⁴ Art. 4º São efeitos da condenação: (...) II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

O segundo efeito – perda do cargo, mandato ou função – é reflexo da legislação penal vigente, como efeito secundário da sentença (artigo 92, I do Código penal²⁵).

Não obstante isto, consoante o parágrafo único do artigo 4º, a aplicação de quaisquer dos efeitos pressupõe, necessariamente, a reincidência específica, condição que dificulta ainda mais a incidência, juntamente com o dolo específico mencionado.

Diante disso, percebe-se fragilidade no caráter coercitivo da norma, e se este é frágil, o caráter pedagógico indireto o é ainda mais. Infere-se então que, apesar de aplicada a Lei, a “impunidade” administrativa é esperada.

Por fim, imperioso frisar as dificuldades decorrentes da aplicação da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), pois a nova Lei de Abuso de Autoridade, em seu artigo 39²⁶, prevê a aplicação das disposições da lei de Juizados quando compatível.

Nessa toada, a princípio, a consequência da privação de liberdade para quem comete um dos tipos penais que seja compatível com as competências do Juizado é uma realidade distante, considerando que o Código Penal, em seu artigo 33, *caput*, e no § 2º, alínea “c”²⁷, estabelece que a pena de detenção será cumprida em regime aberto, desde o início, em caso de condenação em até 4 (quatro) anos, desde que o condenado não seja reincidente. Logo, não responderá no estabelecimento prisional.

Outrossim, a Lei 9.099/1995 traz em seu bojo os institutos despenalizadores: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

²⁵ Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (...) Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

²⁶ Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁷ Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A transação penal é o meio pelo qual o Ministério Público, em audiência preliminar, conforme preconiza a Lei n.º 9.099/95, artigo 76²⁸, propõe a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa ao invés da pena estabelecida no tipo penal.

Já a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), coloca o condenado num período de observação, suspendendo o processo por 2 (dois) ou 4 (quatro) anos. Findo o prazo sem intercorrências, declara-se extinta a punibilidade do agente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, são patentes as angústias para aplicação da nova Lei e demonstração do que seja abuso de autoridade, desencorajando as denúncias e inviabilizando as punições.

Destaque entre as angústias normativas é a prova do dolo específico que foi intensificada pela Orientação n. 39 da Procuradoria-Geral da República ao prever que a notícia-crime do abuso de autoridade despida de justa-causa será considerada crime de calúnia.

Esta ausência de justa causa está intrinsecamente ligada à indicação do dolo específico que, em razão da subjetividade, dificultará bastante a evolução dos inquéritos.

Ainda na senda das angústias, ressalta-se a reincidência necessária para aplicação dos efeitos administrativos da condenação, frustrando o que seria “inovação” por parte da nova Lei de abuso, posto que acaba reproduzindo o previsto no código penal.

Não obstante isso, o ponto alto é a aplicação da Lei de Juizados e seus institutos despenalizadores, os quais obstam em demasiado a punibilidade das autoridades abusivas.

²⁸ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Esta realidade fragiliza o caráter coercitivo e pedagógico da norma, dificultando a repressão direta e indireta perseguida com a edição da nova Lei.

Entretanto, há que se reconhecer que nenhuma norma já nasce pronta, bem como que esta nova Lei é um avanço na discussão acerca do controle da autoridade e apesar dos defeitos técnicos, a legislatura foi além do proposto na antiga lei.

A independência funcional das autoridades não pode funcionar como uma carta branca, os poderes conferidos o foram nos ditames legais e para fins de interesse público, não podendo este ser vilipendiado pelo interesse individual.

Ficam a cargo dos resultados das discussões no Supremo Tribunal Federal, da doutrina e jurisprudência as balizas de aplicação da nova lei, conferindo a legitimidade e a mudança cultural necessária ao cumprimento da finalidade contemporânea normatizada.

4 REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. Combate à inquisição - catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: jul 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o estado de direito. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade#sdfootnote4sym>>. Acesso em: jun 2020.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*, 2ª ed., Ed. Leud, 1997.

SCHUQUEL, Thayná. Conheça as 7 ações no STF contra a Lei de Abuso de Autoridade. *Metrópole*, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/conheca-as-7-acoes-no-stf-contr-a-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: jul 2020.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.