

**Exmo. Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal**

A **Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, por seus advogados, respeitosamente, à presença de V.Exa, propor a presente

**ação direta de inconstitucionalidade**

(CF, art. 102, I, a)

com

**pedido de medida cautelar**

(Lei n. 9.868/99, art. 10)

em face dos artigos 9º, parágrafo único, I, II, III, 10º, 19, 20, 27 e seu parágrafo único, 30, 32, 33, 36, 37 e 43, da Lei n. 13.869, (DOUs de 5 e de 27/9/2019, Edições Extras), que criou diversos tipos penais de crime de abuso de autoridade, manifestamente inconstitucionais, nos termos e pelos fundamentos a seguir deduzidos.

**I – Consideração inicial sobre a lei revogada**

Disponha a Lei n. 4.898/65, revogada pela Lei n. 13.869/2019, que constitui “abuso de autoridade” as seguintes condutas (aplicáveis aos magistrados):

*“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;***

*(...)*

*d) **deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;**”*

As sanções penais eram apenas 3 (três), sendo a privativa de liberdade apenas a “detenção” e, mesmo assim, pelo prazo mínimo de 10 dias e máximo de 6 meses:

*“Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.*

*(...)*

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

*a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;*

***b) detenção por dez dias a seis meses;***

*c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.*

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

Havia, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação penal privada substitutiva da pública, caso o Ministério Público não oferecesse a denúncia no prazo fixado na lei, podendo, no entanto, repudiá-la:

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

Trata-se, indubitavelmente, de uma lei igualmente inconstitucional, porque também criminalizava a conduta dos magistrados. Porém, por contemplar apenas 3 condutas em um único artigo, de aplicação restrita a processos criminais, não se tem notícia de sua aplicação. A sua revogação pela lei vigente não exigirá a sua impugnação.

Esse o quadro jurídico que antecede a vigente Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, recentemente sancionada, com vetos, que foram, em boa parte derrubados pelo Congresso Nacional.

## **II – As elementares do § 1º e a excludente de ilicitude do § 2º, ambos do art. 1º, não são capazes de afastar as inconstitucionalidades dos novos tipos penais**

Como é do conhecimento comum, a edição da nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade foi objeto de muita celeuma, questionamento, estudos e debates, tendo, ao fim, contemplado duas normas voltadas a restringir o seu campo de aplicação.

Com efeito, a nova Lei dispôs no seu artigo 1º, que não basta a constatação da conduta descrita nos diversos tipos penais nela previstos. Há a necessidade, igualmente, de que a conduta se subsuma às elementares previstas no § 1º e não se submeta à excludente de ilicitude do § 2º. Veja-se:

*“Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.*

*§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade **quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.***

*§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas **não configura abuso de autoridade.**”*

De acordo com a norma do § 1º do art. 1º, as condutas descritas na lei -- os tipos penais -- somente constituirão crime de “abuso de autoridade”, quando forem praticados pelo agente (a) com a finalidade específica de prejudicar outrem, (b) com a finalidade específica de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou (c) por mero capricho ou satisfação pessoal. Constituem, portanto, elementares dos diversos tipos penais descritos na lei, equiparáveis à prática de ato judicial com desvio de finalidade.

E, de acordo ainda com o § 2º do art. 1º, “**a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade**”. Trata-se, no caso, de hipótese de excludente legal de ilicitude, necessária para afastar a configuração do “crime de hermenêutica”.

Essas duas normas (as elementares do § 1º e a excludente de ilicitude do § 2º) **pretenderam claramente limitar o campo de incidência dos diversos tipos penais** previstos na nova lei, visando a conferir alguma proteção à magistratura e a outros agentes públicos.

A possibilidade, porém, de que por meio de provas indiciárias -- válidas no processo penal -- vir um magistrado a ter sua conduta qualificada como criminosa, sob a pecha de que teria agido “com a finalidade específica de prejudicar outrem”, ou “de beneficiar a si mesmo ou terceiro” ou ainda “por mero capricho ou satisfação pessoal” **torna o exercício da jurisdição uma atividade de risco inaceitável em um Estado Democrático de Direito.**

Afinal, sempre que um magistrado profere uma decisão, desagrada pelo menos uma das partes envolvidas no processo e, usualmente passa a ser sofrer toda espécie de ataque.

E sendo certo o cabimento da 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.

Todo e qualquer jurisdicionado que, por achismo, compreender que, nas hipóteses elencadas da nova lei, o magistrado tiver decidido “com a finalidade específica de prejudicar outrem”, ou “de beneficiar a si mesmo ou terceiro” ou ainda “por mero capricho ou satisfação pessoal”, haverá de propor uma ação penal.

E aí, um magistrado que venha a proferir uma decisão, de forma absolutamente isenta e independente, já poderá ser submetido ao constrangimento de uma ação penal, para o fim de se defender, com o risco do afastamento. Deixará de utilizar seu tempo com o exercício da jurisdição para se defender de acusações dos jurisdicionados.

Nada obsta, ainda, que sob a ótica de outros magistrados, as decisões de alguns magistrados venham a ser consideradas como decisões proferidas “com a finalidade específica de prejudicar outrem”, ou “de beneficiar a si mesmo ou terceiro” ou ainda “por mero capricho ou satisfação pessoal”.

Ora, um magistrado não pode, d.v, exercer jurisdição com independência **sob o risco** de suas decisões (ou a falta delas) virem a ser consideradas como conduta ilícita, antijurídica, típica e, portanto, reprovável, para ficar constantemente submetido a processo penal.

Com efeito, **atenta contra a própria natureza da atividade jurisdicional** cogitar que um magistrado pudesse ser responsabilizado penalmente por ter, na ótica de um jurisdicionado ou de outro juízo, proferido uma decisão ou deixado de proferir “com a finalidade específica de prejudicar outrem”, ou “de beneficiar a si mesmo ou terceiro” ou ainda “por mero capricho ou satisfação pessoal”.

Daí já se pode ver que a despeito da excludente de ilicitude contida no § 2º do art. 1º, as elementares do § 1º do art. 1º, acabam por transformar o exercício de jurisdição em uma atividade de risco, porque a cada decisão proferida ou omissão ocorrida, poderá o magistrado estar submetido a uma ação penal, o que é incompatível igualmente com o **princípio da independência judicial**, razão pela qual não há admitir a validade da nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, com os novos tipos penais, conforme demonstrará a AMB nos capítulos seguintes.

### **III – As inconstitucionalidades da nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade**

A autora demonstrará, inicialmente, como se dá a ofensa aos diversos princípios constitucionais pela nova lei para, em seguida, demonstrar, artigo por artigo, quais princípios estão sendo violados por cada qual dos novos tipos penais.

De plano, salta aos olhos a violação ao **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

A criminalização das condutas dos magistrados, especialmente aquelas consubstanciadas em atos jurisdicionais ou na não realização desses, é inaceitável, d.v. Não há como negar que a independência judicial restará gravemente maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

Da verificação dessa violação em todos os tipos decorrerá, igualmente, a **violação do princípio da segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput), do ponto de vista subjetivo, relacionado ao **princípio da confiança legítima** como corolário da expectativa dos magistrados quanto à garantia da imunidade funcional concretizada no art. 41 da LOMAN.

Afinal, haverá uma incerteza por parte do magistrado, para saber se estará realizando a prestação jurisdicional reclamada ou praticando um crime.

Há mais. A quase totalidade dos tipos penais da nova lei viola os **princípios da intervenção penal mínima**, assim como o princípio da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), ao tipificar condutas cuja potencialidade lesiva é mínima, tanto assim que passíveis de sanções administrativas leves ou moderadas, previstas em Lei Complementar (LOMAN).

No ponto, pede licença a AMB para registrar que o eminente Ministro Edson Fachin, em mais de uma decisão monocrática sinalizou a respeito da possibilidade jurídica -- ainda que em situações excepcionais, como é o caso -- de **submeter ao controle de constitucionalidade** a norma penal, sob a alegação de **ofensa aos princípios da intervenção penal mínima e da proporcionalidade**, como se pode ver do seguinte trecho (RE n. 1.098.029/RJ, Dje 30/11/2018):

*“Enfatizo, ainda, que, em sede de controle de constitucionalidade, os Princípios da Ofensividade e da Proporcionalidade devem ser empregados como parâmetro de investigação da validade de tipos penais em situações deveras excepcionais e que revelem, de modo flagrante e indubitado, a desproporcionalidade e injustificabilidade da incriminação. A esse respeito, na linha da compreensão de Otto Bachof, em que se explicita a “primazia política do legislador”, Jorge de Figueiredo Dias leciona:*

*“(…) não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena. Critério esse que, em princípio, caberá ao legislador ordinário avaliar e só em casos gritantes poderá ser jurídico-constitucionalmente sindicado, nomeadamente por violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito (v.g. quando o legislador ordinário entendesse sancionar o homicídio doloso apenas com sanções jurídico-civis; ou quando decidisse subverter por completo a ordenação axiológica constitucional, descriminalizando totalmente a lesão de valores pessoais e criminalizando de forma maciça a lesão de valores patrimoniais!” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999. p. 80.)*

*Nessa esteira, o juízo de compatibilidade entre o tipo penal e a Constituição Federal, segundo critérios de proporcionalidade e lesividade, mormente quando implementado pelo Poder Judiciário, recomenda cautela a impor acentuado ônus argumentativo.”*

Também o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de, em Arguição de Inconstitucionalidade incidental a HC, proclamar a inconstitucionalidade da expressão “reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa”, por ofensa ao **princípio da proporcionalidade** e da **razoabilidade das leis restritivas de direito**, em acórdão lapidar da lavra do Min. Sebastião Alves dos Reis Júnior:

**“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

**1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.**

**2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.**

**3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.**

**4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.**

**5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.**

**6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.”**

**(AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, DJe 10/04/2015)**

Está convencida a AMB que tanto a situação hipotética referida pelo Min. Edson Fachin, como o histórico precedente da Corte Especial do STJ, da lavra do Min. Sebastião Reis Júnior, se aplicam no caso sob exame, porque é efetivamente gritante a ofensa ao princípio da proporcionalidade, que um magistrado possa ser submetido a ação penal, com possibilidade de afastamento da jurisdição, *ab initio*, e até ser punido com medida restritiva de liberdade, apenas pelo fato de sua decisão ou ausência de decisão ser considerada abusiva.

O abuso há de ser corrigido em cada processo, por meio de recursos próprios e adequados e, excepcionalmente, por meio de sanção disciplinar administrativa.

O Direito Penal não pode se prestar à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita ou reprovável, devendo restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes (princípio da fragmentariedade). Na elaboração de normas penais, deve ser observado o princípio da intervenção mínima. O princípio da intervenção mínima se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado.

A interpretação doutrinária de tal princípio é clara no sentido de que o Direito Penal **somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos**, de natureza não penal, **tenham sido esgotados**, sem que a intervenção tenha surtido o efeito estatal desejado.

Não é o caso, d.v., porque **em todas as hipóteses cogitadas na lei**, que alcançam os magistrados, **há solução possível por meio de recurso judicial** e, excepcionalmente, pelo acionamento das Corregedorias para **aplicação da sanção disciplinar adequada**, tal como previsto na LOMAN:

*Art. 40 - A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.*

*Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.*

*Art. 42 - **São penas disciplinares:***

*I - advertência;*

*II - censura;*

*III - remoção compulsória;*

*IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;*

*V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;*

*VI - demissão.*

*Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.*

*Art. 43 - A **pena de advertência** aplicar-se-á reservadamente, por escrito, **no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.***

*Art. 44 - A **pena de censura** será aplicada reservadamente, por escrito, **no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto**, se a infração não justificar punição mais grave.*

*Parágrafo único - O Juiz **punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção** por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.*

*Art. 45 - O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos:*

*I - a **remoção de Juiz de instância inferior;***

*II - a **disponibilidade de membro do próprio Tribunal ou de Juiz de instância inferior**, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.”*

E aí não há dúvida de que após a criação do CNJ, a magistratura passou a estar submetida a constante fiscalização, especialmente na parte que toca à eficácia da prestação jurisdicional, sob a ótica da celeridade no julgamento dos feitos.

Por fim, alguns crimes previstos na nova lei **violam o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque contemplam tipos penais abertos insuscetíveis de integração pelo julgador, com base em outras normas.

Quanto a esse fundamento, vale lembrar que no julgamento do HC n. 155.020 -- que tratava do tipo penal aberto previsto no art. 89 da Lei n.8.666/90 pertinente a dispensa de licitação ou inexigibilidade de licitação -- entendeu o Min. Gilmar Mendes apontar para a **injuridicidade do tipo penal aberto, que estaria a deixar um “universo aberto às interpretações as mais variadas”**. Veja-se (2ª Turma, Dje 5/11/2018):

*“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, acho que a matéria está bastante bem debatida, a partir das considerações feitas no voto do Ministro Celso de Mello. Agora, é interessante que, em menos de uma semana, nós estamos discutindo, pela segunda vez, a aplicação do art. 89; fizemos na semana passada, graças ao bellissimo voto trazido por Vossa Excelência nos embargos infringentes já multicitado, e, agora, temos este aspecto importante trazido no voto do Ministro Celso e do Ministro Dias Toffoli. E, de fato, **nós estamos muito vizinhos** - se já não estamos dentro, creio que é uma consideração de lege ferenda - **de um tipo aberto: dizer que é crime a inexigibilidade ou a dispensa não observar as hipóteses legais, é praticamente deixar este universo aberto às interpretações as mais variadas**; daí o raio está caindo no mesmo lugar muitas vezes. Entende-se que, e me parece que esta é uma questão delicada.”*

Muito antes, porém, já havia esse eg. STF, no julgamento do HC n. 70.389, em apertada maioria de 6 votos a 5, rejeitado a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **por ofensa ao princípio da tipicidade dos delitos**, porque a corrente majoritária compreendeu ser possível a “integração” pelo julgador, de outros elementos contidos em outros diplomas legais. Veja-se a ementa:

**EMENTA: TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. **Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado**, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela inflicção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). (...). (HC 70389, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1994, DJ 10-08-2001 PP-00003 EMENT VOL-02038-02 PP-00186)**

Mas 5 Ministros entenderam que o tipo era aberto mesmo e não permitia a integração por parte do julgador. Vejam-se os votos:

Sidney Sanches:

*“14. Como se vê, os vários Projetos de Lei, agora referidos, procuram definir o crime de tortura, contra qualquer vítima – e não só criança ou adolescente. E, com pormenores, buscam descrever a conduta a ser considerada delituosa, não se limitando a dizer, apenas: “torturar alguém, ou “submeter alguém a tortura”, **sem precisar o comportamento do agente e sem definir em que esta consiste (a tortura)**, como acontece com o art. 233 da Lei n. 8.069, de 10.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 15. Reconhece, pois, o Congresso Nacional que há necessidade de lei para essa descrição e definição. Mas, **até agora, não conseguiu aprovar qualquer dos projetos, ao que me conste.**” (...) 22. Por meu voto, fica, ainda, **declarada a inconstitucionalidade do art. 233 da Lei n. 8.069/92, por não definir crime de tortura, ali referido, como exige o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal**”.*

Marco Aurélio:

*“No caso dos autos, a **simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal**, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe consequências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador. Como redigido o artigo 233 d Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama-se postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Néelson Hungria em “Comentários ao Código Penal”, Editora Forense, (...), consoante a qual “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário”. **O juiz partirá para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, oposição reservada ao legislador.**”*

*“O Tribunal, como disse em meu voto, foi convocado para definir se o artigo 233, tal como se contém, releva a observância dessa garantia constitucional indispensável à segurança jurídica e à liberdade, que é a reserva legal, nada mais do que isso. (...).*

Moreira Alves:

*“Sr. Presidente, o que se está discutindo é a questão de saber se foi, ou não, observado o princípio de que não há crime nem pena sem lei. (...) Ademais, Sr. Presidente, **a só circunstância de, no Brasil, haver seis projetos de leis definindo, diferentemente um do outro, o que vem a ser tortura** – e a ela se pode acrescer o fato de que, no direito penal internacional, há um tipo fechado de tortura para adultos e um tipo aberto para crianças – demonstra que **há necessidade de, no direito penal brasileiro, se tipificar, por lei, o crime de tortura**, justificando a controvérsia que, a respeito, há na doutrina.*

*De outra parte, **não me parece que, com relação à tortura, se possa argumentar que, em direito penal, se admitem expressões de conteúdo tão elástico, para circunstâncias agravantes ou para qualificadoras, como, por exemplo, “meios cruéis”, em que a enumeração deles, feita***

**pela lei, é exemplificativa e não exauriente.** No caso da tortura, trata-se de tipificação de crime e, para isso, é preciso que a lei estabeleça esse tipo, inclusive no que diz respeito ao sujeito ativo, até porque, pela convenção internacional á aludida, só há crime de tortura quando seu sujeito ativo seja autoridade, e não qualquer pessoa. Ademais, é de atentar-se que, em direito penal, não se admite aplicação analógica. Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que votaram em sentido contrário, acompanho o eminente Ministro-Relator.”

Octávio Gallotti:

*“Limito-me, portanto, em primeiro lugar, a deixar de novo registrado que o Supremo Tribunal Federal não está convocado ao exame, à avaliação, de uma conduta individual, mas a estabelecer se determinado dispositivo legal está conforme a Constituição da República; e, em segundo lugar, a **considerar carente de tipificação o dispositivo constante do art. 233 da Lei n. 8.069/90, de sorte a infringir, essa norma repressiva, o princípio da reserva legal,** tão caro à Constituição do Brasil, especialmente, em relação às normas penais.”*

Foi por uma apertada maioria que essa Corte não considerou inconstitucional um tipo penal aberto, somente validando a lei por compreender que havia outros atos normativos que poderiam ser integrados pelo julgador na apreciação dos casos concretos.

Revela-se, assim, manifestamente inaceitável a criminalização das condutas dos magistrados inerentes e decorrentes do próprio exercício da jurisdição.

#### **IV – O artigo 9º, “caput”**

Dispõe o art. 9º da lei ora impugnada que aquele que decretar medida de privação de liberdade em “*manifesta desconformidade com as hipóteses legais*” estará submetido à “detenção” pelo período de 1 a 4 anos. Veja-se:

**“Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:**  
*Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”*

Esse dispositivo chegou a ser vetado pelo Presidente da República, como se pode ver do texto abaixo, porém, o Congresso Nacional rejeitou o veto:

*“A propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime ‘decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais’, gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comportam interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta.”*

Pois bem. Como dito anteriormente -- a respeito dos novos tipos penais -- há uma **incompatibilidade entre esse tipo penal e a excludente de ilicitude** do § 2º do art. 1º, na medida em que, no tipo penal o legislador fixou a conduta de “*decretar medida de privação de liberdade em manifesta contradição com as hipóteses legais*” enquanto que a excludente de ilicitude afirma que “*a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*”.

Ora, parece evidente que não é possível sancionar um juiz que tiver “*decretado medida privativa de liberdade*” em “**manifesta** *contradição com as hipóteses legais*”, sem que se esteja diante da hipótese de uma divergência quanto a interpretação da lei ou dos fatos, o que atrairia necessariamente a excludente de ilicitude.

Não é só. A falta de rigor técnico da **nova lei** é manifesta, ao se cotejá-la com a **lei antecedente**, que se referia apenas à hipótese de “ordenar ... medida privativa de liberdade individual” ... “sem as formalidades legais”, ou seja, sem o qualificação de “manifesta contradição”, que é incerta e subjetiva.

Naquela hipótese, ainda que estivesse o julgador diante de uma norma penal aberta, a integração normativa se dava pela mera verificação do cumprimento das “formalidades legais” da medida privativa de liberdade.

Agora não, restará ao julgador exercer um juízo arbitrário e subjetivo, para dizer que a decisão jurisdicional proferida pelo magistrado-réu está “manifestamente em desconformidade” com as hipóteses legais.

Ficará “*ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício julgante o alcance da norma penal*”, como dito pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do tipo aberto do crime de tortura do Estatuto da Infância e da Juventude (HC n. 70.489).

Viola, assim, **o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque contempla tipo penal aberto insuscetível de integração pelo julgador, com base em outras normas.

Ademais, o tipo reproduz uma conduta típica de prolação de ato decisório, com base em uma interpretação do texto legal -- qual seja, a de decretar medida de privação de liberdade -- porém, qualifica o ato como tendo sido proferido em “desconformidade com as hipóteses legais”, para que o autor da conduta possa ser acusado e apenado.

Não se trata de uma conduta de gravidade ou reprovabilidade suficiente para justificar a sua criminalização, d.v., porque se estaria diante da hipótese apenas de decisão que tivesse sido proferida *contra legem*.

Viola, portanto, os **princípios da intervenção penal mínima**, assim como o princípio da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), ao tipificar criminalmente a conduta cuja potencialidade lesiva é mínima.

E viola, igualmente, o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

#### **V – Os incisos I, II e III, do § único do artigo 9º**

Dispõe ainda o parágrafo único do artigo 9º, que incorre na mesma pena prevista para a conduta do *caput*, a autoridade judiciária que “*dentro de prazo razoável*”, deixar de “*relaxar a prisão manifestamente ilegal*”, ou “*substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa*” ou ainda deixar de “*deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível*”. Veja-se:

*“Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:*

*I – relaxar a prisão manifestamente ilegal;*

*II – substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;*

*III – deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.”*

Não parece possível, d.v., compatibilizar esses tipos penais com a excludente de ilicitude do § 2º do art. 1º, no sentido de que “*a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*”. As normas se contrapõem e não têm como sobreviver, mediante qualquer forma de interpretação. Ou uma ou outra haverá de ser proclamada inválida.

E aí, não há como salvar os novos tipos penais previstos nos incisos I, II e III, porque o legislador **criminalizou um eventual ato omissivo** dos magistrados, a ser verificado em tempo incerto (“*prazo razoável*”) -- de não relaxar a prisão, ou de substituir a prisão ou de deferir liminar ou habeas corpus -- e mais uma vez com base em **tipo aberto** (“*manifestamente ilegal*” ou “*manifestamente cabível*”), **insuscetível de ser integrado pelo julgador**.

Afinal, não há lei ou ato normativo capaz de indicar o que seria o “*prazo razoável*” ou o que seria “*manifestamente cabível*” ou “*manifestamente ilegal*”.

Em um Tribunal como o TRF da 1ª Região, por exemplo, nos dias de hoje (setembro de 2019) sabe-se que um Desembargador pode ter no seu acervo mais de 30 mil processos para julgar. Em oposição a essa situação, em algum Juízo, Federal ou Estadual, pode haver Comarca ou Vara absolutamente sem acervo, com possibilidade de apreciação de qualquer pedido de forma imediata.

O prazo razoável para, por exemplo, um Desembargador do TRF da 1ª Região proferir as decisões referidas nos incisos I, II e III, do parágrafo único do art. 19, jamais poderá ser o mesmo prazo para outro magistrado, d.v.

Da mesma forma, aferir um decreto de prisão, para concluir que ele é “*manifestamente ilegal*”, de sorte a justificar o seu relaxamento, constitui juízo subjetivo de cada julgador, que nenhum tipo penal pode admitir.

O mesmo se dá na hipótese de substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa. Para uns, a prisão pode ser manifestamente cabível, enquanto que para outros pode ser manifestamente incabível. A lei penal não admite tamanha discricionariedade ao julgador para considerar a conduta criminalmente típica, d.v..

Também na hipótese de deferimento de liminar ou *habeas corpus*, não é possível aceitar a validade do tipo penal, porque para uns magistrados a ordem seria manifestamente cabível enquanto que para outros ela seria manifestamente incabível.

Faça-se um cotejo com a lei pretérita, revogada, e se terá a evidência da inconstitucionalidade das novas normas, porque na lei pretérita se cogitava de decisão que não preenche os requisitos legais (“ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, **sem as formalidades legais ou com abuso de poder**”).

A nova lei viola, assim, **o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque contempla tipo penal aberto insuscetível de integração pelo julgador, com base em outras normas.

Não é só. Especialmente nas hipóteses dos incisos I a III, que pressupõem conduta omissiva de não ter praticado determinado ato, resta caracterizada também a ofensa aos **princípios da intervenção penal mínima**, assim como ao princípio da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque são condutas já qualificadas na LOMAN como hipótese de infração disciplinar LEVE.

Isso mesmo. No caso de “negligência” dos deveres do cargo os magistrados estão submetidos à pena de advertência prevista no art. 43 da LOMAN:

*“Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.”*

Por mais que o Poder Legislativo tenha, por óbvio, a competência constitucional para modificar o grau de reprovabilidade das condutas, por meio de alteração legislativa, no caso sob exame restará uma incongruência manifesta entre a sanção disciplinar e a sanção penal respectiva, a corroborar a ofensa aos **princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, por qualificar como criminosa uma conduta já qualificada em lei complementar como infração administrativa disciplinar de natureza leve.

Viola, ainda, o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

## VI – O artigo 10, caput

O mesmo raciocínio desenvolvido no capítulo antecedente, para demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 9º e dos incisos I a III do seu parágrafo único, se aplica ao art. 10, cujo texto convém reproduzir:

***“Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:  
Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”***

A leitura desse tipo penal revela a insuficiência do elemento “*manifestamente descabida*” para definir uma conduta reprovável e antijurídica. Constitui, assim, norma penal aberta, manifestamente inconstitucional, porque insuscetível de integração por qualquer magistrado com base em algum outro ato normativo ou texto legal.

De fato, inexistente lei ou ato normativo capaz de DEFINIR o que seria “*manifestamente descabido*” ao se referir à decisão jurisdicional de decretar a condução coercitiva de testemunha ou acusado.

Diante da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeitará à interpretação do julgador, sem base legal, o que possibilitará a ocorrência de arbitrariedade.

É claro, assim, que o legislador não se desincumbiu devidamente da sua tarefa legislativa ao prever o crime referido de forma inespecífica, o que configura a ofensa ao art. 5º, inciso XXXIX (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”).

Além de violar o **princípio da tipicidade estrita da norma penal**, o artigo 10 também viola os **princípios da intervenção penal mínima e da proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque reproduz uma conduta já qualificadas na LOMAN como hipótese de infração administrativa disciplinar LEVE.

Com efeito, quando a decisão judicial proferida se qualifica como “contrária à lei”, até mesmo a eventual repetição (de decisão de igual teor), quando considerada ilegal pelas instâncias revisoras, poderá ser qualificada como passível de sanção administrativa disciplinar LEVE, por meio da aplicação da pena de censura, tal como previsto no art. 44 da LOMAN:

*“Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.”*

Com maior razão, o dispositivo que atribua à decisão judicial a pecha de “*contrária à lei*” não merece reprimenda sequer no âmbito administrativo disciplinar, dada à lesividade mínima ou irrelevante da conduta.

Então, por mais que o Poder Legislativo tenha, por óbvio, a competência constitucional para modificar o grau de reprovabilidade das condutas, por meio de alteração legislativa, no caso sob exame restará uma incongruência manifesta entre a sanção disciplinar e a sanção penal respectiva, a corroborar a **ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, por qualificar como criminosa uma conduta já qualificada em lei complementar como como infração administrativa disciplinar de natureza leve.

Viola, por fim, o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

## VII – Parágrafo único do artigo 19

Dispôs a nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, no parágrafo único do seu artigo 19, que o magistrado incorreria na mesma pena prevista no *caput* (detenção de 1 a 4 anos e multa) quando, ciente do impedimento ou da demora quanto ao envio do preso a sua presença, deixar de tomar as providências tendentes a sanar o referido abuso, que estaria sendo apreciado por outro agente público. Veja-se:

*“Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena o magistrado que, **ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências** tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.”*

Novamente a lei entendeu sancionar a conduta omissiva do magistrado, por não agir de ofício quando “ciente” de uma ilegalidade (abuso) praticado por outra autoridade.

O abuso é da lei, d.v., que deve, por isso, ser tida como violadora dos **princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, bem ainda do **princípio da intervenção penal mínima**.

Não é minimamente razoável admitir que um magistrado possa ter de se submeter a processo penal e até ser punido com a perda de sua liberdade, em razão da referida conduta omissiva.

Os magistrados, de uma forma geral, possuem uma sobrecarga de serviço muito além da prevista em lei, seja em decorrência do não preenchimento dos cargos existentes, seja mesmo da insuficiência de magistrados para atender à demanda existente.

Por mais que a LOMAN esteja defasada no tempo, o número máximo de processos nela previsto para serem julgados por membros de Tribunais, a cada ano, é de 300, como se pode ver do § 1º do art. 106, sendo certo ainda que mesmo quando o número superar o de 600 por ano, ainda assim estariam os membros dos Tribunais submetidos às sanções administrativas referidas nos artigos 56 e 57 (não mais vigentes), como se pode ver do § 2º do mesmo artigo 106 da LOMAN:

“Art. 106 - Dependerá de proposta do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, a alteração numérica dos membros do próprio Tribunal ou dos Tribunais inferiores de segunda instância e dos Juízes de Direito de primeira instância.

§ 1º - **Somente será majorado o número dos membros do Tribunal se o total de processos distribuídos e julgados, durante o ano anterior, superar o índice de trezentos feitos por Juiz.**

§ 2º - *Se o total de processos judiciais distribuídos no Tribunal de Justiça, durante o ano anterior, superar índice de seiscentos feitos por Juiz e não for proposto o aumento de número de Desembargadores, o acúmulo de serviços não excluirá a aplicação das sanções previstas nos arts. 56 e 57 desta Lei.”*

Se o número de processos por ano, previstos pela LOMAN para cada magistrado é de 300, não há como exigir a conduta prevista nesse artigo (cumprimento de prazos processuais no exame das causas), para os juízes que possuem milhares de processos em seus acervos.

Não é por outra razão -- excesso de processos para reduzido número de juízes -- que a jurisprudência se firmou no sentido de que os prazos legais para a prática de atos jurisdicionais são considerados “impróprios”. Logo, o eventual descumprimento não acarreta consequências processuais típicas, motivo pelo qual não podem, com maior razão, causar consequências criminais. Veja-se o precedente:

*EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Presidente do Supremo Tribunal Federal. Artigo 15 da Lei nº 12.016/09. Prazo impróprio. Agravo regimental não provido. 1. **O prazo previsto no art. 15 da Lei nº 12.016/09 é direcionado ao magistrado como parâmetro para a prática do ato no desempenho de sua função processual, cujo descumprimento não acarreta consequências processuais típicas.** 2. A jurisprudência da Corte admite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo, diante da complexidade da controvérsia e de estarem em embate questões sensíveis a toda a sociedade. 3. Agravo regimental não provido.*

*(MS 33023 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 18-05-2016 PUBLIC 19-05-2016)*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO ANTERIORMENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEMORA NO JULGAMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. **A sobrecarga de processos em trâmite nos Tribunais Superiores inviabiliza, na hipótese, compreender violada a garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, em que distribuída a ação constitucional há pouco mais de um ano.** 2. Agravo regimental conhecido e não provido” (HC nº 119.451/SC-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 11/12/13).*

Então, com maior razão, não parece possível criminalizar a conduta omissiva dos magistrados, sem a ofensa dos princípios constitucionais referidos.

Acresce que, tratando-se de conduta omissiva, a norma penal acaba por violar também os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque retrata conduta já qualificada na LOMAN como hipótese de infração disciplinar LEVE.

No caso de “negligência” dos deveres do cargo os magistrados estão submetidos à pena de advertência prevista no art. 43 da LOMAN:

*“Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.”*

Por mais que o Poder Legislativo tenha, por óbvio, a competência constitucional para modificar o grau de reprovabilidade das condutas, por meio de alteração legislativa, no caso sob exame restará uma incongruência manifesta entre a sanção disciplinar e a sanção penal respectiva, a corroborar a **ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, por qualificar como criminosa uma conduta já qualificada em lei complementar como como infração administrativa disciplinar de natureza leve.

Viola, finalmente, o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

### VIII – Artigo 20

Dispôs a nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, no seu artigo 20, que estaria submetido à pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, aquele que vier a impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado. A mesma pena foi prevista no parágrafo único, na hipótese de ocorrer o impedimento da entrevista do advogado com o réu solto ou o investigado, antes da audiência, assim como de sentar-se ao lado. Veja-se:

*“Art. 20. **Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:***

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.”*

Esse dispositivo também chegou a ser vetado pelo Presidente da República, porém, o Congresso Nacional rejeitou o veto, cujos termos convém reproduzir:

*“O dispositivo proposto, ao **criminalizar o impedimento da entrevista pessoal e reservada do preso ou réu com seu advogado**, mas de outro lado autorizar que o impedimento se dê mediante justa causa, **gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação**. Ademais, trata-se de direito já assegurado nas Leis nºs 7.210, de 1984 e 8.906, de 1994, sendo desnecessária a criminalização da conduta do agente público, como no âmbito do sistema Penitenciário Federal, destinado a isolar presos de elevada periculosidade.”*

Com a ressalva do devido respeito, a nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade está repleta de abusos e, mais grave ainda, de abusos do legislador, de sorte a qualificá-la como manifestamente inconstitucional.

E tal como assinalado pelo Presidente da República, no tipo penal referido há elemento que acaba por torná-lo em tipo penal aberto, insuscetível de ser integrado por outra lei ou ato normativo, o que viola **o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX),

A verificação da “justa causa” é matéria de mérito de qualquer ação penal, que estará ao arbítrio do julgador dizer se está ou não presente. Para alguns ela poderá estar presente, enquanto que para outros não. O grau de arbitrariedade atribuído ao julgador para considerar identificada a conduta reprovável é inaceitável, d.v.

Acresce que as condutas previstas no artigo 20 e no seu parágrafo, quando praticadas por magistrado, **permitiria ao réu ou investigado alegar a nulidade do processo por ofensa ao direito de defesa**. Então, a conduta reprovável do agente público, no caso, o magistrado, é passível de solução rápida e imediata por recurso judicial.

Revela-se, assim, inexplicável a criminalização da conduta, a justificar a proclamação da sua nulidade por absoluta e manifesta inconstitucionalidade, decorrente da ofensa aos **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV).

A reprovabilidade da conduta é tão ínfima que não mereceria sequer a previsão de alguma sanção disciplinar.

Tratando-se, porém, de uma conduta pertinente a “procedimento” adotado pelo magistrado, que seria reputada ilegal, estar-se-ia diante da hipótese de sofrer, eventualmente, a sanção disciplinar prevista no art. 44 da LOMAN:

*“Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.”*

É gritante assim, d.v., a desproporcionalidade da norma recém editada, ao criminalizar uma conduta que a Lei Complementar que dispõe sobre as sanções disciplinares cogita apenas de uma pena leve ao magistrado.

Pode-se afirmar, ainda, que a norma viola o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

## **IX – Artigo 27**

A nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade dispôs, ainda, no seu artigo 27, que constituirá crime a requisição de instauração ou a própria instauração de “procedimento investigatório de infração penal ou administrativa” diante da “falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”.  
Veja-se:

*“Art. 27. **Requisitar instauração ou instaurar** procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à **falta de qualquer indício** da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.”*

Ora, o elemento “qualquer indício” do tipo penal constitui inegavelmente uma norma aberta, insuscetível de integração por qualquer magistrado, que terá o arbítrio de considerar ou não presente algum indício.

A situação, no entanto, beira o surreal. Diante de qualquer requisição de instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, se, AO FINAL do processo, chegar-se a conclusão de que não havia “qualquer indício”, estará o magistrado que determinou a instauração do procedimento, passível de responder uma ação penal.

Viola, assim, a norma do art. 27 da Lei referida **o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque contempla tipo penal aberto insuscetível de integração pelo julgador, com base em outras normas.

Acresce que a norma do art. 27 está impondo ao magistrado uma conduta contrária à determinada pelo art. 40 do CPP:

*“Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, **remeterão ao Ministério Público** as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”*

Isso mesmo. O art. 40 do CPP impõe a qualquer magistrado a remessa ao Ministério Público de papéis ou documentos que, no seu juízo subjetivo, identificariam a presença de algum crime.

Muitas das vezes, porém, o membro do Ministério Público deixa de reconhecer a existência do crime que o magistrado entendeu existir, afirmando a inexistência de indícios. E aí estará o magistrado, que observou o art. 40 do CPP, passível de ser submetido a um processo penal.

É evidente, portanto, não apenas a ofensa ao **princípio constitucional da tipicidade dos delitos**, como, igualmente, e por decorrência, **aos princípios da intervenção penal mínima e da proporcionalidade**.

Afinal, o legislador entendeu criminalizar uma conduta que o Código de Processo Penal reputa não apenas legítima, como obrigatória ao magistrado.

Da mesma forma, o dispositivo objeto da impugnação, viola ao **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

### **X – Artigo 30**

As inconstitucionalidades apontadas ao art. 27 se repetem em face do art. 30, como se pode ver da semelhança das condutas:

*“Art. 30. **Dar início ou proceder** à persecução penal, civil ou administrativa **sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente**:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”*

Esse dispositivo também foi objeto de veto presidencial, como se pode ver do texto abaixo, posteriormente rejeitado pelo Congresso Nacional:

*“A propositura legislativa viola o interesse público, além de **gera insegurança jurídica**, tendo em vista que põe em risco o instituto da delação anônima (a exemplo do disque-denúncia), em contraposição ao entendimento consolidado no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 1.957-7/PR, Dj. 11/11/2005), de que é possível a apuração de denúncia anônima, por intermédio de apuração preliminar, inquérito policial e demais medidas sumárias de verificação do ilícito, e se esta revelar indícios da ocorrência do noticiado na denúncia, promover a formal instauração da ação penal.”*

Importa que o elemento “sem justa causa fundamentada” do tipo penal constitui inegavelmente uma norma aberta, insuscetível de integração por qualquer magistrado, que terá o arbítrio de considerar ou não presente a justa causa fundamentada. Para alguns ela poderá estar presente, enquanto que para outros não.

O grau de arbitrariedade atribuído ao julgador para considerar identificada a conduta reprovável é inaceitável, d.v.

A verificação da justa causa fundamentada é matéria de mérito de qualquer ação penal, razão pela qual a conduta apontada no artigo 30 revela uma incompatibilidade com a excludente de ilicitude do § 2º do art. 1º.

Viola, assim, a norma do art. 30 da Lei referida **o princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque contempla tipo penal aberto insuscetível de integração pelo julgador, com base em outras normas.

E tal como demonstrado no capítulo antecedente, com relação ao art. 27, também com relação ao art. 30, dessa violação constitucional decorre a violação **dos princípios da intervenção penal mínima e da proporcionalidade**.

Afinal, não se pode cogitar da criminalização de uma conduta tipicamente jurisdicional do magistrado, inerente ao exercício da sua função. Não se pode cogitar nem mesmo de infração administrativa para a conduta referida.

A norma está, em verdade, violando também o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de “**dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa**” que, ao final, possa ser considerada “**sem justa causa fundamentada**”.

## XI – Artigo 32

Na parte que toca ao art. 32 da nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, o que se pode ver é que os vícios se assemelham aos já apontados ao artigo 20, na medida em que está criminalizando a conduta do agente público que negar acesso aos autos ou documentos necessários para que o defensor ou advogado possa realizar a defesa. Veja-se:

*“Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:  
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”*

Trata-se de outro dispositivo objeto de veto Presidencial, como se pode ver do texto abaixo, que foi, em seguida, rejeitado pelo Congresso Nacional:

*“A propositura legislativa **gera insegurança jurídica**, pois o direito de acesso aos autos possui várias nuances e pode ser mitigado, notadamente, em face de atos que, por sua natureza, impõem o sigilo para garantir a eficácia da instrução criminal. Ademais, a matéria já se encontrar parametrizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14.”*

Pois bem. Como dito anteriormente, a nova Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade está repleta de abusos destinados a coibir supostos abusos.

As condutas previstas no artigo 32, quando praticadas por magistrado, permitiria ao réu ou investigado, por meio de seu defensor ou advogado, alegar a nulidade do processo por ofensa ao direito de defesa.

Há, inclusive, súmula vinculante desse STF sobre o tema (n. 14):

*“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”*

A conduta reprovável do agente público, na hipótese de ser praticada por magistrado, é passível de solução rápida e imediata por recurso judicial.

Revela-se, assim, inexplicável a criminalização da conduta, a justificar a proclamação da sua nulidade por absoluta e manifesta inconstitucionalidade, decorrente da ofensa aos **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV).

A reprovabilidade da conduta é tão ínfima que não mereceria sequer alguma sanção administrativa disciplinar.

Tratando-se, porém, de uma conduta pertinente a “*procedimento*” adotado pelo magistrado, que seria reputado ilegal, estar-se-ia diante da hipótese de sofrer, eventualmente, a sanção disciplinar prevista no art. 44 da LOMAN:

*“Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.”*

É deveras gritante, d.v., a desproporcionalidade da norma recém editada, ao criminalizar uma conduta que a Lei Complementar que dispõe sobre as sanções disciplinares cogita apenas de uma pena leve ao magistrado.

Não há como negar, ainda, que a norma viola o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

## **XII – Artigo 33**

A norma do art. 33 da nova lei não parece ter sido prevista para aplicação em face da magistratura, no exercício da jurisdição, porque criminalizou a conduta de “*exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer*”, que vem a ser condutas necessárias ao exercício da jurisdição, d.v.. Veja-se:

Art. 33. **Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresso amparo legal:**

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.*

É certo que a norma trata dessa conduta quando não houver “expresso amparo legal”.

Há de se destinar a outros agentes públicos, certamente.

Como, no artigo 2º, o legislador afirmou que a lei, por completo, se aplica aos “*membros do Poder Judiciário*”, cumpre à AMB impugná-lo, apenas *ad cautelam*, porque manifestamente INCOMPATÍVEL com o exercício da jurisdição e, igualmente, com a norma excludente de ilicitude do § 2º do art. 1º da lei.

O magistrado, no curso de qualquer processo, possui autorização legal para exigir informação ou cumprimento de obrigação em face das partes, assim como o de exigir obrigação de fazer ou de não fazer.

Se o legislador ordinário tiver pretendido submeter os magistrados a esse crime, terá incidido na violação ao **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

E tratando-se de conduta lícita, legal e atribuível aos magistrados para a exercício da jurisdição, impossível cogitar de sua aplicação em face deles, razão pela qual, no ponto, será o caso de ser proclamada a nulidade do dispositivo apenas em face dos membros do Poder Judiciário, sem redução do texto.

### **XIII – Artigo 36**

Entendeu ainda o legislador criminalizar a conduta do magistrado que decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que “*extrapole exacerbadamente*” o valor destinado para a satisfação da dívida ou ainda que deixe de corrigir a “*eventual excessividade*”, quando demonstrada pela parte. Veja-se:

*“Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que **extrapole exacerbadamente** o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da **excessividade da medida**, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”*

A leitura desse tipo penal revela a insuficiência dos elementos “*extrapole exacerbadamente*” e “*excessividade da medida*” para definir uma conduta típica, certa, reprovável e antijurídica. Constitui, claramente, uma norma penal aberta manifestamente inconstitucional, porque insuscetível de integração por qualquer magistrado com base em algum outro ato normativo ou texto legal.

De fato, inexistente lei ou ato normativo capaz de DEFINIR o que seria “*extrapole exacerbadamente*” ou “*excessividade da medida*” ao se referir à decisão jurisdicional que impõe a indisponibilidade de ativos financeiros ou que deixe de corrigir eventual excesso.

Diante da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeitará à interpretação do julgador, sem base legal, o que possibilitará a ocorrência de arbitrariedade.

Está claro assim que, no ponto, o legislador não se desincumbiu devidamente da sua tarefa legislativa ao prever o crime referido de forma inespecífica, o que configura a ofensa ao art. 5º, inciso XXXIX (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”).

Além de violar o **princípio da tipicidade estrita da norma penal**, o artigo 36 também viola os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque criminaliza ato jurisdicional passível de revisão, por meio de recurso próprio.

O potencial de lesividade da conduta beira o zero e, portanto, não justifica a intervenção estatal no campo do direito penal, porque existente solução prevista na lei processual para sanar o eventual erro judiciário.

Aliás, esse tipo penal se coloca em oposição tão manifesta à excludente de ilicitude contida no § 2º do art. 1º da Lei, que leva à dúvida sobre qual deva sobreviver, porque as duas normas não podem subsistir concomitantemente na mesma lei.

O grau de reprovabilidade da conduta, reafirme-se, é tão ínfimo, que sequer haveria de ser considerado como hipótese de infração disciplinar administrativa.

Então, ainda que o Poder Legislativo tenha, como dito por mais de uma vez nesta ação, a competência constitucional para modificar o grau de reprovabilidade das condutas, por meio de alteração legislativa, no caso sob exame restará uma incongruência manifesta entre a sanção disciplinar e a sanção penal respectiva, a corroborar a **ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, por qualificar como criminosa uma conduta sem qualquer potencial lesivo.

Também o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, restou violado no caso sob exame, no ponto em que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

#### **XIV – Artigo 37**

Entendeu também o legislador criminalizar a conduta do magistrado que demorar demasiada e injustificadamente no exame do processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento”, como se pode ver do texto do art. 37 da Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade:

*“Art. 37. **Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:***

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa..”*

Os vícios desse dispositivo são os mesmos dos incisos I, II e III do art. 19 da referida lei, porque criminaliza o ato omissivo do magistrado, qual seja, o de demorar demasiada e injustificadamente no exame do processo, após ter solicitada a vista em órgão coletivo, com o intuito de procrastinar o andamento ou retardar o julgamento.

E como se pode ver, a norma do art. 37 da lei viola, claramente, o **princípio constitucional da tipicidade dos delitos** (CF, art. 5º, XXXIX), porque não há outra lei ou ato normativo capaz de definir o que seria “*demorar demasiada e injustificadamente*” o exame de processo.

Afinal, não há lei ou ato normativo capaz de indicar o que seria o “demorar demasiadamente” no exame de um processo.

Insiste a AMB, a título de exemplo, que em um Tribunal como o TRF da 1ª Região, nos dias de hoje (setembro de 2019), cada Desembargador pode ter no seu acervo mais de 30 mil processos para julgar, o que o impedira, naturalmente, de devolver de forma imediata, para julgamento, processo no qual viesse a pedir vista. Já em um Tribunal como o TJRO, considerado o mais célere do país em 2018, não haveria qualquer dificuldade de o Desembargador que pedisse vista, devolvesse o feito de forma célere para ser julgado.

Se um Desembargador do TRF da 1ª Região teria imensa dificuldade para devolver um pedido de vista apresentado, o mesmo não se pode dizer de um Desembargador integrante de um Tribunal como o TJRO.

Inaceitável, assim, o tipo aberto da norma, que padece de inconstitucionalidade manifesta.

Não é só. A norma do art. 37 pressupõe uma conduta omissiva de não devolver o processo para julgamento, após ter o magistrado solicitado a vista em órgão coletivo.

É evidente a ofensa aos **princípios da intervenção penal mínima**, assim como ao princípio da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque se trata de conduta manifestamente desprovida de qualquer ilicitude ou grau de lesividade.

Mas ainda que se quisesse partir para uma suposição de que o Desembargador teria deixado de devolver o processo para julgamento, após o pedido de vista, “*com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento*”, a hipótese seria de “negligência” dos deveres, a atrair a advertência prevista no art. 43 da LOMAN:

*“Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.”*

A despeito do que exposto, não há como negar que o **princípio da independência judicial** (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado igualmente no art. 41 da LOMAN, confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas.

É, realmente, inegável que a independência judicial restará maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir algumas decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.

Então, por mais que o Poder Legislativo tenha, por óbvio, a competência constitucional para modificar o grau de reprovabilidade das condutas, por meio de alteração legislativa, no caso sob exame restará uma incongruência manifesta entre a sanção disciplinar e a sanção penal respectiva, a corroborar a ofensa aos **princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, por qualificar como criminosa uma conduta já qualificada em lei complementar como infração administrativa disciplinar de natureza leve.

### XV – Artigo 43

Finalmente, o último dispositivo da lei a ser impugnado pela AMB vem a ser o art. 43, que promoveu a alteração do Estatuto da Advocacia, para o fim de acrescentar o artigo 7º-B, estabelecendo como crime de abuso de autoridade, a violação dos direitos ou das prerrogativas dos advogados previstos nos incisos II, III, IV e V, do *caput* do art. 7º. Veja-se:

*Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:  
‘Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:  
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa*

Também esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, como se pode ver do texto abaixo, posteriormente rejeitado pelo Congresso Nacional:

*“A propositura legislativa **gera insegurança jurídica**, pois **criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico**. Ressalta-se que **as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta**, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, **que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime**, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008.”*

Os direitos e/ou prerrogativas dos advogados que, violados, constituiriam crimes seriam os seguintes:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

**II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho**, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

**III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente**, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

**IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo**, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

**V - não ser recolhido preso**, antes de sentença transitada em julgado, **senão em sala de Estado Maior**, com instalações e comodidades condignas, (~~assim reconhecidas pela OAB~~) e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Ao conferir primazia de tratamento à classe dos advogados, a lei promove 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, do que as de um juiz, inseridas na LC 35/79 (LOMAN).

Salta aos olhos, pois, que essa tipificação penal genérica além de violar os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, traz em si uma **insegurança jurídica indesejável no âmbito do Poder Judiciário**.

Não é à toa que o Ministério da Justiça ofereceu Nota Técnica ao projeto de lei que resultou na lei, sugerindo a exclusão do artigo 43, sob o fundamento de que a norma "gerará um fortalecimento extremo do Ministério Público e um enfraquecimento do juiz, que perderá a sua imparcialidade. Com efeito, a cada representação feita contra o juiz, este verá sua conduta submetida à avaliação do MP".

Como afirmou o Presidente da República nas razões de veto a "*propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico*", tendo ressaltado ainda "*que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta.*"

Ora, tornar "crime" a não observância de um direito ou prerrogativa dos advogados é algo que viola, a mais não poder, os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque criminaliza ato jurisdicional passível de revisão, por meio de recurso próprio, assim como a eventual conduta reprovável que haveria de merecer reprimenda no âmbito do processo disciplinar administrativo.

Não desconhece a AMB a decisão desse eg. STF proferida no julgamento da ADI 1127, que impugnou dispositivos do Estatuto da Advocacia que tratam de direitos dos advogados. Inicialmente essa Corte suspendeu a eficácia de alguns dispositivos, pertinentes a garantias dos advogados, como se pode ver da ementa da ADI n. 1127

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Lei 8.906/94. Suspensão da eficácia de dispositivos que especifica. LIMINAR. AÇÃO DIRETA. Distribuição por prevenção de competência e ilegitimidade ativa da autora. QUESTÕES DE ORDEM. Rejeição. MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: Art. 1º, inciso I - postulações judiciais privativa de advogado perante os juizados especiais. Inaplicabilidade aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Art. 7º, §§ 2º e 3º - suspensão da eficácia da expressão "ou desacato" e interpretação de conformidade a não abranger a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária. **Art. 7º, § 4º - salas especiais para advogados perante os órgãos judiciários, delegacias de polícia e presídios. Suspensão da expressão "controle" assegurado à OAB. Art. 7º, inciso II - inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado. Suspensão da expressão "e acompanhada de representante da OAB" no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado. Art. 7º, inciso IV - suspensão da expressão "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade". Art. 7º, inciso V - suspensão da expressão "assim reconhecida pela OAB", no que diz respeito às instalações e comodidades condignas da sala de Estado Maior, em que deve ser recolhido preso o advogado, antes de sentença transitada em julgado. Art. 20, inciso II - incompatibilidade da advocacia com membros de órgãos do Poder Judiciário. Interpretação de conformidade a afastar da sua***

*abrangência os membros da Justiça Eleitoral e os juizes suplentes não remunerados. Art. 50 - requisição de cópias de peças e documentos pelo Presidente do Conselho da OAB e das Subseções. Suspensão da expressão "Tribunal, Magistrado, Cartório e". Art. 1º, § 2º - contratos constitutivos de pessoas jurídicas. Obrigatoriedade de serem visados por advogado. Falta de pertinência temática. Arguição, nessa parte, não conhecida. Art. 2º, § 3º - inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestação, no exercício da profissão. Liminar indeferida. Art. 7º, inciso IX - sustentação oral, pelo advogado da parte, após o voto do relator. Pedido prejudicado tendo em vista a sua suspensão na ADIn 1.105. Razoabilidade na concessão da liminar. (ADI 1127 MC, Relator: Min. Paulo Brossard, Pleno, DJ 29/6/2001)*

Posteriormente, reconheceu (a) a **imunidade profissional** (quanto às manifestações do advogado no processo, para afastar a injúria e difamação, **mas excluindo o desacato**), (b) assinalou a **inviolabilidade do escritório**, mas **admitiu as buscas e apreensões** comunicadas à Ordem dos Advogados, (c) confirmou a **validade da prisão do advogado**, em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advogada, desde que **houvesse representante da OAB na "lavratura do auto"**, e (d) reconheceu o direito ao recolhimento em sala especial, antes do trânsito em julgado. Veja-se a ementa do acórdão:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. II - **A imunidade profissional é indispensável** para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu *múnus público*. III - **A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho** é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu *múnus público*. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. VIII - **A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato**, pois **conflica com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional**. IX - O *múnus constitucional* exercido pelo advogado justifica **a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável**. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juizes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1127, Rel Min. Marco Aurélio, Rel p/Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 11/6/2010)*

Nenhum desses direitos, porém, pode restringir a eficácia da prestação jurisdicional, muito menos mediante a criminalização do eventual descumprimento desses direitos por parte dos magistrados.

\* \* \*

A violação, por exemplo, do inciso II, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia (“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”) somente poderia ocorrer diante da hipótese de uma ordem judicial em processo jurisdicional no qual o advogado estivesse na condição de investigado.

Diante de eventual erro da decisão judicial, não parece certo que o juiz tivesse de responder sequer por uma infração disciplinar, porque clara a sua atuação jurisdicional, coberta pela imunidade judicial.

E não há como negar que a atuação do magistrado, nessa hipótese, será em procedimento investigatório ou ação penal na qual o advogado seja “investigado” ou “réu”, como bem indicou o Presidente da República nas razões de veto, citando precedente desse STF:

*EMENTAS: (...) 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. **Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.** (...).*

*(Inq 2424, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010)*

Trata-se de um entendimento pacífico desse eg. STF:

*EMENTA Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP). Corrupção ativa (art. 333, caput, CP). Lavagem de dinheiro majorada (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98). Denúncia. Parlamentar federal. (...) **Busca e apreensão em escritórios de advocacia. Possibilidade. Requisitos analisados quando do deferimento da medida. Preclusão. Inviolabilidade relativa.** (...). 1. (...) 5. **Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta** (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), **de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decrete a quebra da prerrogativa** (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994). **A vedação constante da parte final do referido dispositivo não se estende "a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa a quebra da inviolabilidade"** (art. 7º, § 7º, da Lei 8.906/1994). (...). (Inq 4074, Relator: Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, DJe 17/10/2018)*

*Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VIOLAÇÃO DE **SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE O PACIENTE E O ADVOGADO**. CONHECIMENTO DA PRÁTICA DE NOVOS DELITOS. ILICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. **É lícita a escuta telefônica autorizada por decisão judicial, quando necessária, como único meio de prova para chegar-se a apuração de fato criminoso**, sendo certo que, se no curso da produção da prova advier o conhecimento da prática de outros delitos, os mesmos podem ser sindicados a partir desse início de prova. Precedentes: HC nº 105.527/DF, relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/05/2011; HC nº 84.301/SP, relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 24/03/2006; RHC nº 88.371/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 02.02.2007; HC nº 83.515/RS, relator Ministro Nélson Jobim, Pleno, DJ de 04.03.2005. 2. (...). 3. A comunicação entre o paciente e o advogado, alcançada pela escuta telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial competente, não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a garantia do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício profissional. 4. (...). (HC 106225, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, 1ª Tª, DJe 22/3/2012)*

O que se pode depreender é que **a lei acabou por conferir uma proteção legal aos advogados que nem mesmo os agentes políticos e membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem.**

A proteção dada pelo art. 43 da Lei viola, a mais não poder, o **princípio da independência judicial** dos magistrados (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas, porque tolhe o próprio exercício independente da jurisdição.

Viola, também, **o princípio da segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput), do ponto de vista subjetivo, relacionado ao **princípio da confiança legítima** como corolário da expectativa dos magistrados quanto à garantia da imunidade funcional concretizada no art. 41 da LOMAN.

Viola, igualmente, os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque criminaliza ato jurisdicional passível de revisão, por meio de recurso próprio.

O Direito Penal **somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos**, de natureza não penal, **tenham sido esgotados**, sem que a intervenção tenha surtido o efeito estatal desejado.

Não é o caso, d.v., porque na hipótese cogitada **na lei, há solução possível por meio de recurso judicial** e, excepcionalmente, pelo acionamento das Corregedorias para **aplicação da sanção disciplinar adequada** (LOMAN).

\* \* \*

Quanto a violação do direito dos advogados contido no item III do art. 7-B do Estatuto da Advocacia (***“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”***) trata-se de hipótese que igualmente **permite solução imediata por meio de recurso judicial**, que não justifica a criminalização da conduta, d.v.

Ora, se algum magistrado incorrer nessa conduta, praticará um ato violador, verdade, do direito do jurisdicionado, que poderá, por meio de seu defensor, alegar a ofensa ao direito de defesa, com a certeza da nulidade do processo.

Então, a conduta eventualmente reprovável do magistrado será passível de solução rápida e imediata por recurso judicial.

Se o Direito Penal **somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos**, de natureza não penal, **tenham sido esgotados**, sem que a intervenção tenha surtido o efeito estatal desejado, então a hipótese do item III, do art. 7-B, do Estatuto da Advocacia, jamais poderia ser elencada como uma prerrogativa que, sendo violada, pudesse acarretar o crime para o agente público, d.v.

Deu-se, assim, também violação aos **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), ao tipificar condutas cuja potencialidade lesiva é mínima ou mesmo inexistente, .d.v.

\* \* \*

Quanto a violação do direito dos advogados contido no item IV do art. 7-B do Estatuto da Advocacia (“*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***”) trata-se novamente de uma prerrogativa dos advogados quando ele se encontra na condição de investigado.

E aí resta evidente que novamente **a lei acabou por conferir uma proteção legal aos advogados que nem mesmo os agentes políticos e membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem**. Um Ministro de Estado, se for preso, não precisa de comunicação ao Presidente da República para, querendo, acompanhá-lo. Um Ministro de Tribunal Superior, ou Desembargador ou Juiz, não precisa da presença do Presidente do seu Tribunal para acompanhá-lo se estiver sendo preso. E nem um Deputado ou Senador depende de tal diligência, conquanto a Constituição Federal lhes confira o direito de resolver a respeito da prisão, porém, dentro de 24 horas da sua ocorrência (art. 53, § 2º).

Nos debates da ADI n. 1.127 essa questão ficou clara:

Pg. 136:

Ministro Joaquim Barbosa – *Mas, aqui, pelo que percebo, **está-se conferindo ao advogado uma prerrogativa superior à de que gozam os parlamentares.***

Ministro Carlos Britto – *Não é necessária a presença da OAB para decretar a prisão em flagrante, e, sim, para lavrar o auto.*

(...)

Ministro Gilmar Mendes – ***isso é mais do que se assegura aos parlamentares.***

Ministro Joaquim Barbosa – *Exatamente. **É mais do que se assegura aos parlamentares, que podem ser presos em flagrante, em caso de crimes inafiançáveis. Aqui, não há essa ressalva.***

(...)

Ministro Marco Aurélio – *Não é mais, porque temos, em relação ao parlamentar, o caráter linear do preceito. Aqui, há alusão **apenas a ato ligado ao exercício da advocacia.***

Pg. 137:

Ministro Ricardo Lewandowski – (...) *O dispositivo constitucional é uma garantia de que o advogado preso, **em razão da profissão**, não sofra arbitrariedade, tenha a presença de um colega que acompanhe o flagrante e possa evitar alguma violência policial ou da autoridade de plantão. (...)*”.

Pg. 138:

Ministro Gilmar Mendes – *Esse é um lado da moeda, há o outro lado que também conhecemos e temos vários habeas corpus, **envolvendo advogados partícipes de crimes, inclusive da criminalidade organizada**. E não é um problema do Brasil; é um problema, hoje, que preocupa o mundo, em **matéria de lavagem de dinheiro e tudo mais**. Portanto, só para que fiquemos no mundo da realidade.*”.

Pg. 144:

Ministro Gilmar Mendes – *Ministro, com toda a simpatia, permita-me um aparte ? Temos casos, aqui, nas Turmas, todos os dias – eu mesmo já fui Relator -, **em que se discute se o advogado estava atuando como tal ou se era partícipe de uma organização criminosa. Quem há de saber fazer essa linha limdeira ?** ”.*

Como disse o Ministro Gilmar Mendes, ao examinar as prerrogativas dos advogados, elas estão imbricadas com a situação na qual os advogados estão envolvidos como “partícipes de crimes”, em casos “em que se discute se o advogado estava atuando como tal ou se era partícipe de organização criminosa.

Daí a sua indagação final: “**Quem há de saber fazer essa linha limdeira**”

Responde a AMB: os juízes, sem o risco de eventual descumprimento de um direito ou garantia de o advogado vir a constituir crime de abuso de autoridade.

Resta claro, assim, que a proteção dada pelo art. 43 da Lei viola, a mais não poder, o **princípio da independência judicial** dos magistrados (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, que lhes confere as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas, porque tolhe o próprio exercício independente da jurisdição.

Viola, ainda, a referida proteção aos advogados, **o princípio da segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput), do ponto de vista subjetivo, relacionado ao **princípio da confiança legítima** como corolário da expectativa dos magistrados quanto à garantia da imunidade funcional concretizada no art. 41 da LOMAN.

Viola, igualmente, os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque criminaliza ato jurisdicional passível de revisão, por meio de recurso próprio.

Tal como dito anteriormente, o Direito Penal **somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos**, de natureza não penal, **tenham sido esgotados**, sem que a intervenção tenha surtido o efeito estatal desejado.

Não é o caso, d.v., porque na hipótese cogitada **na lei, há solução possível por meio de recurso judicial** e, excepcionalmente, pelo acionamento das Corregedorias para **aplicação da sanção disciplinar adequada** (LOMAN).

\* \* \*

Finalmente, quanto a violação do direito dos advogados contido no item V do art. 7-B do Estatuto da Advocacia (*“**não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, (~~assim reconhecidas pela OAB,~~) e, na sua falta, em prisão domiciliar**”*) trata-se de uma prerrogativa dos advogados quando ele se encontra na condição de réu, porém, antes da sentença transitada em julgado.

É situação usual e ordinária, resolvida no âmbito de recursos judiciais, como se dá com relação a qualquer outro cidadão que possua alguma prerrogativa assemelhada, d.v.

O que se pode depreender é que **a lei acabou por conferir uma proteção legal aos advogados que nem mesmo os agentes políticos e membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem**, de criminalizar a conduta do juiz que eventualmente descumpre um direito.

A proteção dada pelo art. 43 da Lei viola, a mais não poder, o **princípio da independência judicial** dos magistrados (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX), concretizado no art. 41 da LOMAN, que confere aos magistrados as garantias necessárias para realizar a prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas, porque tolhe o próprio exercício independente da jurisdição.

Viola, também, o **princípio da segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput), do ponto de vista subjetivo, relacionado ao **princípio da confiança legítima** como corolário da expectativa dos magistrados quanto à garantia da imunidade funcional concretizada no art. 41 da LOMAN.

Viola, igualmente, os **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), porque criminaliza ato jurisdicional passível de revisão, por meio de recurso próprio.

O Direito Penal **somente deve ser utilizado como forma de controle quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos**, de natureza não penal, **tenham sido esgotados**, sem que a intervenção tenha surtido o efeito estatal desejado.

Não é o caso, d.v., porque na hipótese cogitada **na lei, há solução possível por meio de recurso judicial** e, excepcionalmente, pelo acionamento das Corregedorias para **aplicação da sanção disciplinar adequada** (LOMAN).

\* \* \*

Em verdade, chega a ser surreal a criminalização da violação aos direitos e prerrogativas do advogado. Ao conferir primazia de tratamento à classe dos advogados, a Lei do Abuso de Autoridade promove 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, do que as de um juiz, inseridas na LC 35/79 (LOMAN), ou a de um promotor, parlamentar ou mesmo do Presidente da República.

Embora possa ser, eventualmente, merecedor de reprovação e punição na esfera funcional, o mero descumprimento da lei (o Estatuto da OAB) por agente público e, principalmente, por magistrado, não pode ser suficiente para caracterizar a prática de um crime de abuso de autoridade.

O Direito Penal não pode, repita-se e insista-se, se prestar à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita, devendo restringir-se à defesa dos bens jurídicos mais relevantes. Na elaboração de normas penais, deve ser observado o princípio da intervenção mínima.

Nesse sentido decidiu a Corte Especial do STJ no precedente histórico, já referido anteriormente, da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, ao proclamar inconstitucional dispositivo legal que previu sanção penal para conduta desprovida de qualquer grau de lesividade (STJ, Informativo n. 559, período de 6 a 16/4/2015):

**“DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP.**

**É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP - "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" -, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º.**

*De fato, é viável a fiscalização judicial da constitucionalidade de preceito legislativo que implique intervenção estatal por meio do Direito Penal, examinando se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.*

*Nesse sentido, a Segunda Turma do STF (HC 104.410-RS, DJe 27/3/2012) expôs o entendimento de que os "mandatos constitucionais de criminalização [...] impõem ao legislador [...] o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.*

*A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade [...] Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal". Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena de "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" abstratamente cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, V, do CP, referente ao crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada.*

*Isso porque, se esse delito for comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, apesar de ter aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3.*

*Com isso, em inúmeros casos, o esporádico e pequeno traficante pode receber a exígua pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses. E mais: é possível, ainda, sua substituição por restritiva de direitos.*

*De mais a mais, constata-se que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro, situação que gera gritante desproporcionalidade no sistema penal.*

*Além disso, como se trata de crime de perigo abstrato, que independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja, a dispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre esse delito e a pena abstratamente cominada pela redação dada pela Lei 9.677/1998 (de 10 a 15 anos de reclusão).*

*Ademais, apenas para seguir apontando a desproporcionalidade, deve-se ressaltar que a **conduta de importar medicamento não registrado na ANVISA, considerada criminosa e hedionda** pelo art. 273, § 1º-B, do CP, a que se comina pena altíssima, **pode acarretar mera sanção administrativa de advertência**, nos termos dos arts. 2º, 4º, 8º (IV) e 10 (IV), todos da Lei n. 6.437/1977, **que define as infrações à legislação sanitária**.*

*A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei, tendo em vista que a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.*

*Quanto à possibilidade de aplicação, para o crime em questão, da pena abstratamente prevista para o tráfico de drogas - "reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (art. 33 da Lei de drogas) -, a Sexta Turma do STJ (REsp 915.442-SC, DJe 1º/2/2011) dispôs que "A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma [...]*

*Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais". **AI no HC 239.363-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015, DJe 10/4/2015***

Esse precedente tem aplicação certa para o caso sob exame, em especial para o fim de permitir a glosa do art. 43 da Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, pelo vício de inconstitucionalidade material, decorrente da ofensa aos **princípios da intervenção penal mínima** e da **proporcionalidade** (CF, art. 5º, LIV), tanto assim que chegou a invocar, como prova ou evidência da desproporcionalidade da sanção penal prevista na lei, o fato de a conduta ser passível de imposição de sanção administrativa.

#### **XVI – A legitimidade ativa *ad causam* da AMB para defender os direitos dos magistrados e o regular funcionamento do Poder Judiciário**

A legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autorizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por "entidade de classe de âmbito nacional".

Nesse sentido, a autora representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros, e apresenta, dentre os seus objetivos institucionais, tanto a defesa dos direitos da classe dos magistrados, como a defesa dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário.

Quanto a esse último, a possibilidade de poder ajuizar ação de controle concentrado de constitucionalidade contra lei ou ato normativo que alcança diretamente o Poder Judiciário, é antiga da jurisprudência desse eg. STF:

*“EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: **esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo ADI nº 1.127-8).** (...)”*

(STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00)

Acresce que, conforme demonstrado ao longo dessa petição, os dispositivos legais impugnados estão tratando diretamente da imposição de tipos penais aos magistrados, o que torna manifesto o interesse e a legitimidade da AMB para questioná-los, estando, igualmente, demonstrada a pertinência temática necessária ao conhecimento da ação.

## **XVII – Conclusão**

De tudo quanto exposto, o que se pode depreender é que a nova lei foi feita com um objetivo e endereço certo: visa a fragilizar a magistratura perante a advocacia e perante determinados segmentos da sociedade que respondem a processos de uma grandeza jamais vista ou imaginada.

Ela é fruto de uma reação daqueles que não eram alcançados pelas leis penais, mas que passaram a ser, como é notório.

Não há como negar, assim, que ela atinge o Poder Judiciário naquilo que lhe é mais sagrado: o poder/dever de julgar, pois, doravante, a prevalecer essa nova lei, a magistratura restará intimidada e a liberdade de julgar seriamente comprometida.

E uma magistratura sem independência e autonomia para decidir não terá como servir à sociedade.

### **XVIII – Medida cautelar necessária.**

A correta ou incorreta compreensão da nova lei **está causando perplexidade no mundo jurídico e principalmente nos agentes públicos que por ela serão alcançados.**

Já há notícia de **decisões deixando de impor bloqueio judicial de valores ou revogando prisões cautelares**, sob o fundamento de que há incerteza jurídica sobre o fato de estarem ou não praticando crime de abuso de autoridade. Há, também, pedidos de advogados contemplando ameaças a magistrados com base na nova lei.

O *periculum in mora* que justifica a concessão da liminar no caso concreto, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/99, decorre do fato de haver um risco efetivo de efeito multiplicador nefasto para o Estado Democrático de Direito, decorrente da ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Caso não sejam suspensos os dispositivos legais ora impugnados, poderão os mais de 17 mil magistrados brasileiros passarem a revisar, de imediato, suas condutas em face dos processos, com inegável prejuízo para a prestação jurisdicional.

A hipótese é clara até mesmo de aplicação subsidiária ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, da regra do CPC pertinente às tutelas de evidência e de urgência.

Tutela de evidência porque a violação da constituição é flagrante, literal e manifesta. Tutela de urgência porque não se pode permitir a manutenção da vigência das normas aqui impugnadas, sob pena de aceitar uma situação inadmissível no Estado Democrático de Direito.

O caso sob exame é **típico de atuação dessa Corte em sede de medida cautelar**, como previsto no art. 10, não se podendo cogitar sequer da aplicação do rito do art. 12 da Lei n. 9.869/98, porque tal rito não permitirá o exame da questão com a urgência exigível.

Daí o presente pedido para que o eminente relator designado, examine e **defira o pedido de cautelar** para suspender a eficácia, dos artigos 9º, parágrafo único, I, II, III, art. 10, art. 19, art. 20, art. 27 e seu parágrafo único, art. 30, art. 32, art. 33, art. 36, e art. 43, da Lei n. n.13.869/2019, *ad referendum* do Plenário.

### **XIX – Pedido final de procedência da ação**

Ao final, ouvidos (a) o Congresso Nacional, (b) o Presidente da República, (c) a Advocacia Geral da União e o (d) Procurador Geral da República, requer a AMB que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade -- com ou sem redução de texto, a depender do fato de a norma ser aplicável com exclusividade ou não à magistratura -- dos artigos 9º, parágrafo único, I, II, III, art. 10, art. 19, art. 20, art. 27 e seu parágrafo único, art. 30, art. 32, art. 33, art. 36, 37 e art. 43, da Lei n. n.13.869/2019, com efeito *ex tunc*.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00.

Brasília, 27 de setembro de 2019.



**Alberto Pavie Ribeiro**  
OAB-DF, n. 7.077



**Emiliano Alves Aguiar**  
(OAB-DF, nº 24.628)

(AMB-STF-ADI-LeiAbusoAutoridade)