



NOTA TÉCNICA PRESI/ANPR/JR Nº 008/2016

Proposição: Substitutivo ao PLS nº 280/2016

Ementa: Define os crimes de autoridade e dá outras providências.

Autoria: Senador Renan Calheiros

Relatoria: Senador Romero Jucá

Senhores Senadores,

A Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR apresenta Nota Técnica quanto ao Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 280/2016, que define os crimes de abuso de autoridade.

Preliminarmente, há que se considerar que, a legislação que ora rege a matéria - Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 -, é, de fato, atécnica, e, sem dúvida necessita de aperfeiçoamentos.

Difícil conceber, todavia – mesmo e sempre com o máximo respeito às prerrogativas do Congresso – uma razão que eventualmente explique o porque de uma legislação com 51 anos, complexa, de jaez criminal,



ser alçada repentinamente a prioridade no Congresso. O Brasil tem outros tipos penais que são usados e aplicáveis a abusos policiais e de autoridade, e instituições de controle, persecução e julgamento autônomas, técnicas, concursadas, e que operam apenas sob a guarda da Lei e da Constituição. Estas instituições vêm funcionando bem, aplaudidas por todo o País, mormente no combate à corrupção, razão pela qual, ausente explicação racional ou calcada na realidade fática, torna-se forçoso refletir se esta matéria não entra em uma pauta de urgência – e com dispositivos que exigem rejeição, pois prejudicam as instituições e o interesse público – como forma de coibir e inibir a ação do Estado no controle e persecução penal da corrupção, vale dizer, o exato oposto do que espera a população, e do que necessita o País.

Isto já aconteceu em outros momentos, no Brasil (v.g., a assim chamada “lei da Mordaza”), e em outros Países. Em reação a iniciativas (investigações; processos) das instituições de Estado que atingem de alguma forma forças e o sistema político - e no Brasil de hoje as investigações atingem enormemente o sistema e autoridades políticas -, seguem-se propostas legislativas mal colocadas que, ainda que imbuídas de aparente boa intenção, e/ou tratando de temas que são efetivamente relevantes, objetivam, ao fim e ao cabo, limitar, inibir ou prejudicar o andamento do controle social e jurídico sobre a corrupção e a tomada de Estado por grupos privados.



A atribuição legislativa é a mais nobre na construção de qualquer democracia. Não se discute – e o Ministério Público, defensor da democracia e da constituição, será o primeiro a reagir se isto ocorrer – a legitimidade e a autonomia desta Alta Casa para abordar qualquer matéria que julgar oportuna.

Porém, por tudo que aqui se expõe, e mui respeitosamente, ponderamos ao Senado Federal, e a Vossas Excelências, que o momento e forma legislativa não são os mais adequados, e que o Senado Federal, a prosseguir com a discussão desta matéria, neste momento, e fora das instâncias, modos e tempo ordinários de deliberação, estará, infortunadamente, mas inevitavelmente, contribuindo para a impunidade, e para prejudicar a ação autônoma e técnica dos órgãos e agentes do Estado no combate ao crime a corrupção.

De fato, justamente por se tratar de matérias das mais sensíveis e complexas, abrangendo o Direito Penal e o Processual Penal, é necessário que o abuso de autoridade seja tratado com a devida cautela, pois tem importantes implicações em direitos e garantias individuais, funcionais, como também sobre o exercício do poder punitivo do Estado.

Com isso, é imperativo que projeto de lei que trate do tema do abuso de autoridade siga seu trâmite regular, com a devida apreciação na Comissão de Constituição e Justiça, não havendo a menor justificativa para a



urgência conferida a este PL, que em uma semana já se anuncia será submetido à apreciação do Plenário do Senado.

Em razão do momento político extremamente sensível ora vivido - ninguém desconhece o contexto da Operação Lava Jato, que tem envolvido altas autoridades políticas e econômicas – as discussões devem ser travadas com a maior cautela e transparência, permitindo o amplo debate pelos parlamentares, pela sociedade e inclusive pelas categorias e instituições atingidas pela lei, o que inclui, além do Ministério Público, a Justiça, as Polícias, órgãos de controle interno e externo, e órgãos de fiscalização. Apenas assim poder-se-á corretamente dimensionar os impactos da legislação proposta, e discutir a contento, em toda necessária extensão e detalhe, seus dispositivos.

Afinal, um projeto de lei dessa importância, ao ser tratado com tanta urgência – desnecessária, repita-se –, e neste momento, macula todos os avanços possíveis que poderiam advir de uma nova legislação quanto ao tema, com a marca da inibição e retaliação a atuação livre, autônoma, técnica, democrática e temente à Lei e à Constituição do Ministério Público, da Polícia, da Justiça e dos órgãos de controle do Estado. **A ANPR tem perfeita e total confiança de que não é esta a intenção e não será esta a prática do Senado Federal.**



Cabe, então, e em primeiro lugar, clamar pela REJEIÇÃO, ou, subsidiariamente, ao menos pelo envio da matéria às instâncias e modos legislativos ordinários.

Não obstante, e até para que Vossas Excelências aquilatem os riscos envolvidos em votar açodadamente matéria deste jaez, a ANPR enfrentou o exíguo prazo disponível para apreciação do projeto, e traz aqui apenas algumas breves considerações preliminares em relação ao PL em comento, decorrente do acelerado trâmite conferido ao PLS, e que poderão ser melhor estudadas e desenvolvidas em devida oportunidade.

Inicialmente, o **artigo 3º** estabelece tratar-se de crimes de **ação penal pública condicionada a representação**.

Contudo, dada a natureza dos tipos penais para o abuso de autoridade, em que o objeto tutelado é a moralidade e a legalidade no exercício do poder estatal e na realização de serviços públicos, deve-se manter a ação penal correspondente como **pública incondicionada**, isto é, de titularidade exclusiva e autônoma do Ministério Público. Isso em razão de suas características inerentes: poder autônomo, técnico, neutro e independente.

Veja-se que atualmente é este o entendimento no que tange aos

delitos de abuso de autoridade, regidos pela atual Lei nº 4.898/65, isto é, de que se trata de ação penal pública **incondicionada**. A ação autônoma do Ministério Público – titular exclusivo da ação penal – não elimina o direito de representação, e, em verdade, protege os cidadãos, pois não condiciona a ação do Estado para inibir abusos a representações, o que certamente ocasionaria perseguições principalmente por parte de más autoridades armadas.

No **parágrafo 5º do art. 3º**, vem prescrito prazo para que o Ministério Público ajuíze a ação penal contra os crimes de abuso de autoridade. Está também prevista a ação penal privada, subsidiária, o que garante ao cidadão lesado a possibilidade de reivindicar judicialmente a punição pelos ilícitos sofridos (cf. art. 5º da Constituição Federal: *“LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”*).

Contudo, no PL, estabelece-se o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento da denúncia, a contar do recebimento do inquérito ou da representação do ofendido. Não há a previsão de retorno do inquérito para maiores diligências, conforme habitualmente realizado, em consonância com a redação do art. 46 do Código de Processo Penal¹. É rotineiro que se prorogue o

¹ Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou

prazo do inquérito, estando o réu solto, para que se aprimorem as investigações. A ausência de tal previsão pode prejudicar de forma cabal a investigação dos crimes.

Ainda, há que se esclarecer que o Ministério Público, conforme o seu livre convencimento motivado, tem as seguintes alternativas, ao receber o inquérito ou a notícia de infração penal: (i) requerer novas investigações; (ii) requerer o arquivamento do inquérito; ou (iii) oferecer a denúncia. Ocorrendo qualquer destas hipóteses, o Ministério Público avaliou e agiu, NÃO há inércia do Estado, e, portanto, descabe a vítima se valer da ação penal subsidiária. Esta somente tem cabimento quando houver desídia (atraso na avaliação e na atuação) do Ministério Público, e, ainda assim, caberá ao órgão do Estado encarregado da iniciativa penal intervir, aditar e fiscalizar o processo. Assim está definido na Lei Processual Penal:

“Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo,

afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

Na mesma linha segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:.

EMENTA: “Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Constitucional. Penal e processual penal. (...) 5. Direito a mover ação penal privada subsidiária da pública. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. **Direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo.** Relevância jurídica. Repercussão geral reconhecida. 6. Inquérito policial relatado remetido ao Ministério Público. Ausência de movimentação externa ao Parquet por prazo superior ao legal (art. 46 do Código de Processo Penal). Surgimento do direito potestativo a propor ação penal privada. 7. Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) **o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal,**

sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. (...). (STF, ARE 859251 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-094 DIVULG 20-05-2015 PUBLIC 21-05-2015)". [grifos nossos]

Destarte, sugere-se a seguinte redação para os parágrafos 5º e 6º do art. 3º:

“§5º O Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze), contado do recebimento do inquérito ou, tendo esse sido dispensado, do recebimento da representação do ofendido, para requerer novas investigações ou o seu arquivamento, ou oferecer ação penal.

§6º Será admitida ação privada subsidiária, dentro de 6 (seis) meses após o decurso do prazo de que trata o parágrafo anterior, nos termos do artigo 29 do Código de Processo Penal (Decreto-



Lei nº 3.689/1941).

(...)”

Perceba-se que a coerência com o Código de Processo Penal no caso, além de técnica, é de particular importância.

Sem embargo, se a ação privada é facultada de forma inédita e apressada especificamente na Lei que tem como objeto a ação fiscalizatória e punitiva do Estado, estar-se-á permitindo e estimulando o uso de ações criminais privadas como forma de coação, inibição e vingança em face de atuações regulares e corretas do Estado. Mais: se já não fosse isto suficientemente grave, estar-se-á permitindo principalmente e de forma mais efetiva aos mais ricos e poderosos na sociedade, pois eles terão acesso mais facilitado aos recursos de advogados privados.

Trata-se, portanto, de medida que em tudo favorecerá ações deletérias, e sem nexos, ou voltadas apenas para fins de vingança privada. Para isto, para uma reflexão neutra e técnica, é que o Estado tem a titularidade da ação penal por órgão específico. Se o MP não atuar, faz sentido garantido o direito de iniciativa privada subsidiária. Porém apenas diante de inércia desidiosa, e sempre sob a tutela posterior do titular da ação penal.

Os artigos 4º e 5º também merecem reparo, pois, ao mesmo tempo em que o art. 4º estabelece como efeito (necessário, vale dizer, em todos os casos infere-se) da condenação a perda do cargo, mandato ou função pública, o art. 5º, ao disciplinar as penas restritivas de direitos, estabelece a possibilidade de suspensão de exercício do cargo, mandato ou função pelo prazo de 1 a 6 meses. Há, assim, contradição em seus dispositivos, merecendo ser discriminada em quais situações haverá perda do cargo e em quais situações haverá sua suspensão.

É de se ter em mente que o Código Penal ao tratar dos efeitos da condenação determina a perda do cargo sempre que *aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública* (art. 92, I). Já há, assim, disciplina que se aplica aos casos de abuso de autoridade, sendo preferível que uma lei específica não trate do tema, deixando a disciplina à regra já prevista no Código Penal, ou estabeleça os critérios diferenciadores da situação de perda e de suspensão do cargo, mandato ou função.

Há de se ter em vista, por fim, que estes efeitos da condenação não são automáticos, conforme previsão expressa do parágrafo único do art. 92 do Código Penal. Isto em nada dificulta a punição, senão que, ao inverso, obriga



a que seja devidamente justificado em sentença.

No que tange aos tipos penais específicos, destaca-se - negativamente - o que previsto nos artigos 28 e 30.

No **artigo 28**, pune-se a reprodução ou inserção, nos autos de investigação ou em processo criminal, de diálogo ou comunicação do investigado com pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar sigilo sobre fatos que constituam objeto da investigação.

A redação do artigo está extremamente confusa, misturando casos de sigilo profissional com o sigilo decorrente do foro por prerrogativa de função conferido a autoridades na Constituição Federal.

No mais, ainda se refere, erroneamente, à proibição de reprodução ou inserção nos autos dos conteúdos sujeitos a sigilo, quando o que se deve vedar é a divulgação ilícita do conteúdo, esta sim já coibida em diversos dispositivos, a exemplo da Lei de Interceptações Telefônicas.

Isto porque, muito ao contrário do que definido no tipo, não apenas deve ser permitido como é absolutamente necessário que as transcrições relevantes sejam registradas nos autos, inclusive para fins de controle de sua legalidade, permitindo, caso se verifique ilicitude na conduta, que os autos



sejam remetidos ao foro apropriado. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que não há qualquer ilegalidade na transcrição e registro de comunicações eventualmente realizadas entre a pessoa investigada e interlocutor que possua foro por prerrogativa de função, se em curso de interceptação telefônica ou de comunicações com o alvo sob investigação.

Por tais razões, o **art. 28 do PL deve ser suprimido.**

Finalmente, quanto ao **art. 30** também se vislumbra, infelizmente, temeridade. Pretende-se punir, neste tipo penal, a persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada.

O tipo é aberto, indefinido e, com a devida vênia, claramente findaria por inibir e amordçar os órgãos persecutórios do Estado, prejudicando a ação técnica e autônoma do Ministério Público, e dos órgãos de controle do Estado.

De fato, em nosso Estado Democrático de Direito, e em nosso sistema jurídico penal, separam-se as funções de *acusação* e de *juízo*, aquela incumbida ao Ministério Público, e esta incumbida ao Poder Judiciário, o que permite, desde logo, o controle de legalidade das ações propostas, evitando



ações temerárias e sem fundamentação. Um poder controla o outro, no sistema de freios e contrapesos.

De outro lado, a apreciação de fundamentação e/ou justa causa é juízo de mérito, muitas vezes feito após a instrução do processo. Instrução que, por sua vez, requer o exercício independente das funções típicas das atividades investigativas, de acusação e de julgamento. Não há como criminalizá-las de modo genérico e amplo, abstraindo-se especificidades típicas de cada uma, como pretende o PL com tamanha abrangência.

É absolutamente normal – e, na verdade, inerente aos princípios do contraditório e do julgamento motivado – que, ao avaliar uma denúncia, ou ao final do processo, o Estado Juiz, inclusive acatando argumentos de defesa, decida que a denúncia não procede, ou seja, diga, em última palavra, que o Estado Acusação não tinha razão ao iniciar ou prosseguir com o processo. E isto pode ocorrer, inclusive, em instâncias superiores do Poder Judiciário (isto é, a condenação pode ser revertida, mesmo que tenha sido reconhecida e mantida por vários Juízes e tribunais antes).

Da mesma forma ocorre com processos administrativos e civis.

Bom lembrar que a denúncia é um projeto - a denúncia é



obrigatória quando presentes prova de materialidade e apenas indícios de autoria - que se pretende provar no transcurso do processo, sem qualquer obrigação de resultado pelo promotor ou procurador que a intenta, pelo policial e delegado que colheu as provas, nem tampouco pelo juiz, uma vez que todos podem e devem atuar conforme seu livre convencimento. No curso do processo, portanto, sob contraditório e ampla defesa, é que são avaliadas as provas que irão demonstrar se os fatos alegados devem ou não ser acolhidos. Tudo em conformidade com o devido processo legal garantido pela Constituição.

Assim sendo, criminalizar, como abuso – como pretende, infelizmente, o projeto -, a ação sem base (isto é, ao final descoberta sem base), é criminalizar e impedir o livre funcionamento dos órgãos de controle e persecução. É ameaçar o agente do Estado de responsabilidade pessoal se, ao agir em nome do Estado, não tiver total sucesso, medida em tudo semelhante às notórias tentativas anteriores de “amordaçar” o Ministério Público. Se sujeitos a processo penal diante de eventual insucesso, os agentes do Estado continuariam a agir, mormente contra os ricos e poderosos, dotados de recursos para os atingir na eventual vingança? Certamente não é este o Brasil e o Estado de direito desejado pela população e pelo Senado Federal.

Em caso de comportamento doloso, isto é, de desvio de



finalidade, de ter o agente usado o cargo e as prerrogativas para fins estranhos, já há mecanismos legais suficientes para a punição.

A criminalização do mero exercício da prerrogativa funcional (propositada de ações em âmbito civil, penal e administrativo) atenta contra o próprio **direito e o dever de ação** constitucionalmente atribuídos ao Ministério Público, como fiscal da lei, dos direitos e garantias fundamentais, dos bens coletivos, e das instituições.

Na mesma linha é a previsão constante do art. 34 do referido projeto, em que se criminaliza a atuação de servidores da Receita Federal (“cobrar tributo ou multa, sem a observância do devido processo legal”) pela mera cobrança de tributo – isto é, cumprimento de seu dever de ofício. Veja-se que o crime de excesso de exação já é previsto no Código Penal desde 1990. O mesmo na Lei 8.137/90, que traz os crimes contra a ordem tributária, e em que se criminaliza a atuação abusiva de agentes da fazenda pública, isto é, aquela voltada a aferir vantagem indevida na cobrança de tributo.

A quem interessaria um Ministério Público, Policiais, e agentes do Estado acuados e sem liberdade para atuar na forma da Lei? A ANPR confia na avaliação desta Ilustre Casa, e sabe que manterá o interesse do país e de suas instituições sempre à frente de qualquer disputa política.



Em se tratando do Ministério Público, o dispositivo viola ainda a independência do próprio Parquet, garantida constituionalmente (arts. 128/ e 129 da Constituição), padecendo de vício de inconstitucionalidade material.

Tal previsão é gravíssima, e não pode ser admitida em um regime constitucional democrático e de direito, devendo o **artigo 30 ser suprimido**.

*

*

*

Diante de todo o exposto, requer-se, inicialmente:

I - a rejeição do Projeto de Lei nº 280/2016, permitindo que o debate seja realizado de forma ampla e transparente, a partir dos diversos projetos de lei que já tratam do tema;

II – caso assim não se entenda, roga-se que o PL nº 280/2016 seja levado às instâncias normais de deliberação legislativa, sendo submetido à Comissão de Constituição e Justiça, a fim de que a matéria seja devidamente analisada e debatida entre os parlamentares, com tempo para aperfeiçoamentos e discussão;



III – de todo modo, que seja propiciado amplo debate com a sociedade, permitindo a completa análise dos temas trazidos e seus desdobramentos.

Sendo o que havia para o momento, permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários. Recebam Vossas Excelências nossos protestos de estima e consideração.

Brasília, 11 de julho de 2016.

José Robalinho Cavalcanti
José Robalinho Cavalcanti
Presidente da ANPR