

Mensagem nº 666

Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.238, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 11 de dezembro de 2019.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'F. de M. Costa', is written over a large, stylized blue circular mark.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

INFORMAÇÕES n. 00229/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00688.001109/2019-09 (REF. 0030937-40.2019.1.00.0000)

**INTERESSADOS: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP E OUTROS**

**ASSUNTO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.238,
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, EM FACE DOS ARTS. 25, 27, 30,
31, 32, 33, 38 E 43 DA LEI Nº 13.869, DE 2019, QUE DISPÕE SOBRE OS
CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE**

Senhor Consultor-Geral da União,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.238, com pedido de medida cautelar, em face dos arts. 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43 da Lei nº 13.869, de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

2. O autor alega que os artigos impugnados violam o art. 37, *caput*, o art. 127, §§ 1º e 2º, e art. 129, todos da Constituição Federal, pois as normas questionadas, amplas e subjetivas, subvertem a finalidade dos instrumentos de investigação prévia necessários ao Estado Democrático de Direito em consonância com os instrumentos internacionais e convencionais de combate ao Crime Organizado e Contra à Corrupção. Além disso, os dispositivos legais em questão

contrariam as normas Convencionais de Mérida e de Palermo, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, consideradas supralegais no sistema jurídico interno.

3. Aduz o autor que os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade criminalizam membros do Ministério Público por sua atuação funcional, ferindo a independência e autonomia de Promotores e Procuradores de Justiça e do Ministério Público da União, além de atingir princípios do serviço público, como os da eficiência, publicidade, moralidade e legalidade. Há, também, segundo o impetrante, ofensa ao art. 5º, XXXIX, art. 220 e, ainda, há clara afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

4. Pede, ao final, que seja julgada procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43 da Lei nº 13.869, de 2019.

5. Os autos foram distribuídos ao Ministro Celso de Mello, que solicitou informações ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre o alegado na petição inicial.

6. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República prestou os subsídios nos termos da Nota SAJ nº 313/2019/CGIP/SAJ/SG/PR (seq. 21).

II - FUNDAMENTAÇÃO

7. Muito embora as informações, por ora, tenham como norte demonstrar a **inexistência** dos requisitos para a concessão da medida cautelar solicitada pelo autor, não se pode desvincular esta análise da demonstração da improcedência dos argumentos aduzidos na inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. Assim, vejamos.

8. Os dispositivos ora impugnados são:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

[...]

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.

[...]

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.

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

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.

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.

[...]

Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:

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

[...]

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.’

9. A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.238 não merece prosperar pelas razões a seguir expostas.

A) PRELIMINAR

SEPARAÇÃO DE PODERES E RESPEITO À VONTADE DO PARLAMENTO

10. O primado da separação dos poderes, ou, em termos mais técnicos, da separação das funções estatais, considerando a unidade do poder do Estado, é uma das pedras angulares para a manutenção do Estado Moderno. O **Min. Luís Roberto Barroso**^[1] introduz seus ensinamentos sobre a formação do estado

Constitucional de direito, demonstrando que "o **Estado de direito se consolida** na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: **separação de Poderes** e proteção dos direitos individuais".

11. Corroborando a ideia de que o termo separação de poderes, muito embora usual na prática jurídica, é, na verdade, inadequado tecnicamente, ensina André Ramos Tavares, citando Karl Loewenstein^[2], que "o que corretamente se designa como 'separação dos poderes estatais' é na realidade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização de 'poderes', embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa".

12. Esse princípio da separação de poderes encontra-se esculpido no art. 2º da Constituição Federal, segundo o qual "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

13. Dentro dessa visão de funções estatais preponderantes, a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações, é função típica do Poder Legislativo. Assim, **a interferência do Poder Judiciário nesse campo deve ser vista de forma excepcional, cabendo somente em situações de flagrante incompatibilidade da norma atacada com a Constituição Federal, o que não ocorre no presente caso, devendo, a nosso sentir, ser respeitada a vontade democrática do parlamento brasileiro.**

14. No contexto da visão moderna da separação dos poderes, é de se esperar da Suprema Corte que dê relevo às decisões democráticas tomadas pelo parlamento. Isto é, não se pode perder de vista que a opção escolhida pelo legislador, **quando não for contrária ao texto constitucional, deve ser valorizada.** Cabe ao julgador evitar a substituição do juízo político a cargo do órgão competente (representantes da vontade popular) por outro juízo político-ideológico próprio, sob pena de ingressar na esfera do preocupante ativismo judicial.

15. Com efeito, a inobservância das normas jurídicas promulgadas pelo órgão constitucionalmente competente caracteriza, em última análise, o desprezo pela própria democracia. Não há dúvidas acerca da existência de uma moralidade interna à própria ideia de lei e de Estado de Direito. E o Estado sob a força do Direito é aquele no qual a sociedade considera a política majoritária como forma legítima de tomada de decisões coletivas.

16. Nas atuais sociedades pós-modernas e plurais, a ideia de justiça encontra diversas perspectivas. Não é possível um consenso universal, já que os desacordos morais são infundáveis. Por isso, como ensina Waldron (2003, p. 192/197):

A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade de suas diferenças de opinião quanto à justificação e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor nosso apoio e o nosso respeito ela não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há (...) É porque discordamos quanto ao que deve ser considerado como resultado substantivamente respeitoso que precisamos de um processo decisório; (...) a decisão majoritária é o único processo decisório compatível com o igual respeito (...) (In WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

17. **Ante o exposto**, pugna-se pelo não conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

B) MÉRITO

18. Como dito, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.238, com pedido de medida cautelar, em face de dispositivos da Lei nº 13.869, de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

19. Não se observa vício de inconstitucionalidade na norma impugnada que, ao contrário do que defendido pelo autor, teve por escopo aprimorar a Lei nº 4.898, de 1965, conferindo maior efetividade, precisão técnica, taxatividade das condutas e proteção a discricionariedade do julgador dentro das hipóteses legais. Teve por fim pautar a atuação dos agentes públicos de acordo com o Direito, responsabilizando atos manifestamente abusivos ou arbitrários.

20. A referida lei exige que o servidor público atue em conformidade com as exigências próprias de um Estado Democrático de Direito, respeitando os princípios e garantias estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, somente responsabiliza o servidor que não cumpre seu múnus público, de atuação com a observância nos normativos legais.

21. Sobre o assunto, Rogério Sanches e Rogério Greco^[3] prelecionam o seguinte:

É do interesse geral (inclusive - e mais ainda - do Estado) o normal funcionamento e o prestígio da Administração Pública, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade e ao decoro funcional.

O agente, representante de um poder estatal, tem por obrigação principal e constante cumprir regularmente seus deveres, confiados pelo povo. A traição funcional, por meio do abuso, faz com que todos tenhamos interesse na sua punição, até porque, de certa forma, somos afetados por ela, ainda que indiretamente.

É nesse contexto que nasce a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), tendo como finalidade anunciada modernizar a prevenção e repressão aos comportamentos abusivos de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de autoridades e agentes públicos.

Em suma, edifica-se proteção para as garantias constitucionais básicas do cidadão em relação aos agravos realizados por agentes do Estado. Para tanto, são criados novos tipos penais, reformados outros e incrementadas as penas.

22. Segundo ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci^[4], "pode-se argumentar que a nova Lei de Abuso de Autoridade foi editada em época equivocada, pois pareceu uma resposta vingativa do Parlamento contra a Operação Lava Jato. Mas, na essência técnica, trata-se de uma **lei absolutamente normal, sem nenhum vício de inconstitucionalidade**. Em teoria, isto [de parecer uma

resposta vingativa do Parlamento] pode ser sustentado; na prática, torna-se impossível. Todo o conjunto da nova lei de abuso de autoridade é favorável ao agente público".

23. A fim de orientar o julgador, a própria Lei nº 13.869, de 2019, restringe a sua interpretação, prevendo **balizas protetivas** em sua aplicação. O artigo 1º do referido normativo estabelece a necessidade da presença de elemento subjetivo específico (dolo específico) em todos os tipos penais elencados na Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade, exigindo a presença da finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

24. Ademais, o mencionado artigo 1º afasta a tipicidade nos casos de divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas (o que se convencionou chamar de crime de hermenêutica). Veja-se o que dispõe o artigo 1º:

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.**

(grifos nossos)

25. Assim, além da Lei nº 13.869, de 2019, não tipificar condutas culposas, todos os tipos penais configuradores de crime de abuso de autoridade exigem, além do dolo, a especial finalidade de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Destarte, na análise da tipicidade da conduta haverá necessidade de comprovação da real intenção do agente quando da prática do ato.

26. Sobre o assunto, veja-se os comentários de Guilherme de Souza Nucci^[5]:

qual lei penal estabelece, como norma geral, que além do dolo é preciso buscar o elemento subjetivo específico (dolo específico)? Esta é a primeira. Deve-se, inclusive, elogiar o cuidado legislativo em colocar, de maneira destacada, que todos os tipos penais configuradores de crime de abuso de autoridade exigem, além do dolo, a especial finalidade de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. São variadas alternativas finalísticas, embora todas sejam particularmente reprováveis, razão pela qual se o agente público prender uma pessoa apenas para prejudicá-la; somente para se beneficiar disso; exclusivamente por capricho (vontade arbitrária ou birrenta) ou unicamente para satisfação pessoal (regozijo), indiscutivelmente estão abusando do seu poder. Ora, a imensa maioria dos agentes de segurança pública, membros do Ministério Público e autoridades judiciárias atua de maneira lisa e honesta, sem nem pensar em se exceder no campo da sua autoridade. É preciso lembrar que, na lei 4.898/65, coube à doutrina e à jurisprudência exigir, para configurar abuso de autoridade, a finalidade específica de se exceder para prejudicar outrem ou satisfazer a si mesmo. A atual lei 13.869/19 é muito mais garantista e protetora. O agente público está amparado pelo escudo do elemento subjetivo específico, que é muito difícil de explorar e provar;

27. Com bases nos critérios gerais estabelecidos pelo legislador, constata-se o cuidado em delimitar os tipos penais, de modo a torná-los objetivos e de fácil aplicação. Assim, os servidores públicos que atuam em conformidade com as exigências próprias de um Estado Democrático de Direito, respeitando as leis e a Constituição, sempre estarão protegidos contra a tipificação da Lei nº 13.869, de 2019.

DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 25, 27, 31 e 33, DA LEI Nº 13.869, DE 2019

28. Não se identifica nenhum vício de inconstitucionalidade nos arts. 25, 27, 31 e 33, da Lei nº 13.869, de 2019, que altera a Lei nº 4.898, de 1965 (Lei de Abuso de Autoridade). Transcreve-se os artigos citados:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

[...]

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.

[...]

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

[...]

Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse 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.

29. Os temas tratados na norma impugnada espelham características basilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que exigem de todos, especialmente dos agentes públicos, a submissão à lei e às limitações do exercício poder. Daí a necessidade de os agentes públicos, que agem em nome do Estado, pautarem a sua atuação pelas balizas normativas e sejam, se for o caso, responsabilizados por atos abusivos e/ou arbitrários.

30. Pela redação proposta, qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território poderá ser sujeito ativo do crime de abuso de autoridade, sendo ainda considerado agente público para os efeitos da Lei guereada todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* do art. 2º da Lei. Tal previsão se alinha aos mandamentos do art. 327 do Código Penal em vigor.

31. Por importante, cite-se trecho do Parecer proferido no Plenário da Câmara dos Deputados, da lavra do Deputado Federal Ricardo Barros (PP-PR), Relator da proposição, segundo o qual o então Projeto de Lei nº 7.596/17 (gênese da Lei nº 13.869, de 2019):

[...] traz grandes avanços em relação ao atual diploma legal no tocante à clareza e à atualização dos tipos penais, bem como fixa penas mais adequadas e proporcionais às condutas tipificadas. A lei nº 4.898/65, como já dito, estabelece pena de detenção, de 10 dias a seis meses, para todos os casos de abuso de autoridade, independentemente da gravidade do delito, além de multa, perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de até três anos, penalidades que não inibem a prática dos crimes de autoridade nos dias de hoje.

[...] o art. 1º do projeto afasta os temores de que poderia haver punição do chamado crime de hermenêutica ao esclarecer que a divergência de interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade.

[...] O mesmo artigo 1º traz, ainda, outra medida defendida por diversas categorias de servidores públicos: o dolo específico. De acordo com o disposto no § 1º, as condutas descritas no projeto constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Assim, na análise da tipicidade da conduta haverá necessidade de comprovação da real intenção do agente quando da prática do ato. O projeto também traz avanços significativos no tocante à clareza da redação dos tipos penais e à fixação de penas proporcionais à gravidade da conduta. Tais medidas visam adequar a legislação de abuso de autoridade aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

32. Por tudo isso, resta demonstrado que a própria Lei nº 13.869, de 2019, prevê balizas protetivas à aplicação, consistentes na: (i) necessidade da presença de dolo específico e (ii) impossibilidade de sua aplicação nos casos de divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas (o que se convencionou chamar de crime de hermenêutica), a fim de se evitar mau uso por parte do julgador, consoante, respectivamente, os §§ 1º e 2º, de seu art. 1º, já transcritos.

33. Diferentemente do que defende o autor, a Lei nº 13.869, de 2019, não restringe o exercício efetivo e regular da atividade pública. Tem, na verdade, a intenção de coibir e afastar os abusos cometidos no exercício do múnus público, exigindo, para tanto, como amplamente demonstrado, que haja dolo específico e, ao mesmo tempo, afastando a possibilidade do crime de hermenêutica.

34. Com relação ao **art. 25 da Lei nº 13.869, de 2019**, o referido dispositivo tipifica a conduta do agente que procede à obtenção de prova por meio

manifestamente ilícito, com o dolo específico de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

35. Tal previsão tem por escopo tutelar os direitos do cidadão a uma ordem jurídica justa, pautado pelo respeito ao devido processo legal e pelos direitos e garantias individuais, em especial, os incisos X, XI, LIV e LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Em verdade, o artigo 25 implementa uma garantia fundamental com assento constitucional: a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Vale dizer, a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias por parte de quem é o grande responsável pela sua produção^[6].

36. Além disso, o dispositivo questionado é extremamente objetivo, uma vez que somente tipifica o agente que colheu prova manifestamente ilegal, que foi obtida com violação de normas legais e constitucionais. Ressalta-se que o artigo 25 deixa claro que a ilegalidade ocorre quando o agente obtém a prova sem qualquer (manifesto) respaldo legal.

37. No que tange ao **art. 27, da Lei nº 13.869, de 2019**, a norma busca inibir a instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, sem qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.

38. Não há, no preceito anterior, qualquer ofensa à Constituição Federal, muito pelo contrário. A previsão é uma decorrência lógica e direta da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inc. III, da Carta Magna. Tornar o ser humano mero objeto do Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana^[7].

39. Ademais, é de se esperar dos órgãos responsáveis pela persecução penal e administrativa que ajam com prudência e razoabilidade, na medida em que submeter um inocente a procedimento investigatório sem nenhum lastro probatório é ferir de morte os preceitos mais básicos do Estado de Direito. Veja-se que o tipo penal fala em "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". Ou seja, significa punir a conduta de submeter o jurisdicionado à persecução penal ou

administrativo **sem amparo em nenhum meio de prova**, o que caracteriza evidente constrangimento ilegal.

40. Diferentemente do que exposto pelo autor, a nosso sentir, o art. 27, da Lei nº 13.869, de 2019, busca evitar ingerência arbitrária e eliminar reminiscências de um Estado de Polícia no ordenamento jurídico pátrio. É no Estado de Polícia que os agentes públicos determinam suas condutas segundo avaliações casuísticas, não no Estado de Direito. A norma, ao impedir a instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, **sem qualquer indício** da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa, impede, ou ao menos limita, que agentes públicos transformem o moderno Estado Democrático de Direito, conquista histórica da humanidade, num retrógrado Estado Policial, isento de limites formais e de controle jurisdicional.

41. Já no que diz respeito ao **art. 31, da Lei nº 13.869, de 2019**, o tipo penal descreve a conduta de "estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado". A partir de uma interpretação literal, a caracterização da tipicidade material exige a procrastinação injustificada da investigação. Ou seja, exige que os agentes públicos envolvidos, devendo arquivar o feito por falta de elementos probatórios, deem seguimento "injustificadamente" à investigação. Não há no tipo penal em comento ofensa à Norma Maior. Ao revés, a previsão atende ao comando previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

42. A garantia da duração razoável, também conhecida como celeridade processual, impõe aos agentes públicos responsáveis pela persecução penal e administrativa que a investigação seja limitada no tempo, de maneira que transcorra sem procrastinações indevidas. A persecução que se arrasta indefinidamente de maneira injustificada ao longo do tempo caracteriza um constrangimento ilegal, em evidente ofensa à dignidade da pessoa humana. Conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça^[8], "não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro".

43. O Supremo Tribunal Federal^[9] já se posicionou no mesmo sentido:

A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Conforme a doutrina, **“esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação”** (CHOUKR, Fauzi H. Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157; também GIACOMOLLI, Nereu J. A fase preliminar do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85; BADARÓ, Gustavo H. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 72).

Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no postulado da dignidade da pessoa humana e na própria ideia de Estado de Direito (CARVALHO, Luis Gustavo G. C. Processo Penal e Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251-252).

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana (GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 321ss; PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 406ss.).

Considerando-se que o ordenamento brasileiro não define prazos específicos para a realização do processo ou da investigação criminal, afirma-se que a adoção da doutrina do “não prazo” pressupõe a definição judicial de critérios para aferição do excesso. Aponta-se que as Cortes Internacionais (CIDH e TEDH) adotam três parâmetros: “a) complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado (imputado); c) a conduta das autoridades judiciárias” (BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.

127; FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 7ª ed. São Paulo: 2012. p. 127).

(grifamos)

44. Por tudo isso, o art. 31, da Lei nº 13.869, de 2019, encontra seu fundamento de validade no próprio texto constitucional, que consagra a razoável duração do processo como medida de proteção da dignidade da pessoa humana.

45. Por fim, no que toca ao **art. 33, da Lei nº 13.869, de 2019**, a norma incriminadora tipifica a conduta de "exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal". A previsão legal encontra seu fundamento de validade na previsão estampada no art. 5º, inc. II, que determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Isto é, longe de estar eivada de vício de inconstitucionalidade, o tipo penal em comento criminaliza a conduta do agente público que desobedece o mandamento constitucional apresentado.

46. Cite-se, ainda, o dever de se respeitar o princípio da legalidade, presente no "caput" do art. 37, por todos aqueles que integram a Administração Pública. Como ensina Uadi Lammêgo Bulos^[10], a legalidade administrativa destina-se, apenas, ao administrador público, que **só age em conformidade com a lei**, ao contrário do particular, que pratica todos os atos não vedados pelo ordenamento jurídico. Aqui o executor da função administrativa **não pode externar o seu "querer"**. A **finalidade de suas ações respalda-se na lei, e não no elemento subjetivo da vontade**.

47. **Ante o exposto**, não se vislumbra vício de inconstitucionalidade nos **artigos 25, 27, 31 e 33, da Lei nº 13.869, de 2019**, razão pela qual **pugna-se pelo não provimento da presente ação direta de inconstitucionalidade em face destes dispositivos**.

DA PROCEDÊNCIA DA ADI EM RELAÇÃO AOS ARTS. 30, 32, 38 E 43, DA LEI Nº 13.869, DE 2019

48. Quanto aos arts. 30, 32, 38 e 43, da Lei nº 13.869, de 2019, reconhece-se a procedência do pedido do autor, nos termos do Veto Presidencial encaminhado ao Presidente do Senado Federal, pela Mensagem nº 406, de 5 de setembro de 2019, nos seguintes termos:

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 7.596, de 2017 (nº 85/17 no Senado Federal), que “Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”.

Ouvidos, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, a Secretaria-Geral da Presidência da República e o Ministério da Justiça e Segurança Pública manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrava sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Razões do veto

A propositura legislava 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.

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.

Razões do veto

A propositura legislava 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.

Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:

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

Razões do veto

A propositura legislava viola o princípio constitucional da publicidade previsto no art. 37, que norteia a atuação da Administração Pública, garante a prestação de contas da atuação pública à sociedade, cujos valores da coletividade prevalecem em regra sobre o individual, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, a comunicação a respeito de determinados ocorrências, especialmente sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resolução de crimes.

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.’

Razões do veto

A propositura legislava 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).

49. **Ante o exposto**, em relação aos artigos 30, 32, 38 e 43, da Lei nº 13.869, de 2019, entende-se que a pretensão autoral deve ser acolhida, em razão do veto presidencial acima destacado.

C) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO IMPLEMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO

50. Por fim, não se verificam nos autos a presença dos pressupostos para a concessão do pedido cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em razão de ausência da inconstitucionalidade aventada pelo autor.

51. Quanto à probabilidade do direito, como amplamente debatido linhas acima, tem-se por ausente este requisito, diante da cabal demonstração de que não houve qualquer afronta à Constituição Federal.

52. Por sua vez, em relação ao *periculum in mora*, requisito de cumprimento igualmente necessário à concessão da medida liminar pleiteada, observa-se que o autor não demonstrou sua presença de forma satisfatória. Ademais,

importante mencionar que as alterações promovidas pela Lei nº 13.869, de 2019, são constitucionais e não geram nenhum prejuízo ao resultado útil do processo.

53. Pelo contrário, o deferimento da medida liminar poderia ensejar o *periculum in mora* inverso, na medida em que a eventual concessão de tutela de urgência, na forma pretendida geraria (i) indevida suspensão de dispositivos legais que encontram amparo na própria Constituição, gerando uma indesejada insegurança jurídica; e (ii) a manutenção de legislação (Lei 4.898, de 1965), cujas penalidades não inibem a prática dos crimes de abuso de autoridade nos dias de hoje.

54. A doutrina e a jurisprudência, de forma uníssona, asseveram a impossibilidade de concessão de liminar quando o *periculum in mora* inverso for mais significativo do que aquele que fundamenta o requerimento autoral.

55. Neste sentido a lição de Humberto Theodoro Júnior^[11]:

O periculum in mora deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem o direito a obter o afastamento do perigo que ameaça o seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo.

56. Resta claro que os argumentos veiculados pelo autor, na tentativa de fundamentar seu pedido liminar, carecem de plausibilidade, o que inviabiliza o deferimento da medida postulada.

57. Assim, **fica demonstrada a impossibilidade de concessão de medida cautelar no presente caso.**

III - CONCLUSÃO

58. **Ante o exposto**, pugna-se pelo não conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, em respeito ao primado da separação de poderes e em homenagem à vontade do parlamento.

59. Ultrapassada a questão preliminar e pelo princípio da eventualidade, no mérito, conclui-se pela improcedência dos argumentos lançados pelo autor, restando claro que não padecem os arts. 25, 27, 31 e 33, da Lei nº 13.869, de 2019, de qualquer vício de inconstitucionalidade.

60. Em relação aos artigos 30, 32, 38 e 43, da Lei nº 13.869, de 2019, entende-se que a pretensão autoral deve ser acolhida, em razão do veto presidencial acima destacado.

61. Por fim, requer a não concessão da medida cautelar, uma vez que ausentes os seus necessários pressupostos.

62. São essas, Senhor Consultor-Geral da União, as considerações julgadas pertinentes, as quais proponho sejam apresentadas ao Colendo Supremo Tribunal Federal a título de Informações na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **6.238**.

Brasília, 10 de dezembro de 2019.

(documento assinado eletronicamente)

LUCIANO PEREIRA DUTRA
ADVOGADO DA UNIÃO

DOCUMENTO ANEXO:

Nota SAJ nº 313/2019/CGIP/SAJ/SG/PR

Notas

1. [^] *Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 279.*

2. [^] Loewenstein, Karl apud Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2016. Pág. 922.
3. [^] Cunha, Rogério Sanches. Greco, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 12.*
4. [^] <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/a-nova-lei-de-abuso-deautoridade>. Acesso em 07/10/2019.
5. [^] <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/a-nova-lei-de-abuso-deautoridade>. Acesso em 07/10/2019.
6. [^] Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6ª ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 297/298.
7. [^] NETO, João Costa. *Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84.*
8. [^] HC 96.666-MA.
9. [^] Inquérito nº 4.458 Distrito Federal.
10. [^] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1029.
11. [^] Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela”, estudo dirigido por TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: RT, 1997, p. 198.

Documento assinado eletronicamente por LUCIANO PEREIRA DUTRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 355768684 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANO PEREIRA DUTRA. Data e Hora: 10-12-2019 18:05. Número de Série: 17127034. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

DESPACHO n. 00559/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00688.001109/2019-09 (REF. 0030937-40.2019.1.00.0000)

**INTERESSADOS: ASSOCIACAO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTERIO PUBLICO - CONAMP E OUTROS**

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6238

Estou de acordo com as Informações n.
00229/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU, da lavra do Dr. Luciano Pereira Dutra.

Submeto a matéria à consideração do Senhor Consultor-Geral da
União.

Brasília, 10 de dezembro de 2019.

(assinado eletronicamente)

Alyne Gonzaga de Souza

Advogada da União

Consultora da União

(Respondendo pelo Grupo 5)

DESPACHO N. 01108/2019/GAB/CGU/AGU

De acordo.

À consideração de Sua Excelência o Senhor Advogado-Geral da
União.

Brasília, 10 de dezembro de 2019.

(assinado eletronicamente)

Arthur Cerqueira Valério

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Documento assinado eletronicamente por ALYNE GONZAGA DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 355804983 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALYNE GONZAGA DE SOUZA. Data e Hora: 10-12-2019 18:50. Número de Série: 13190960. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 355804983 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 10-12-2019 19:03. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00688.001109/2019-09

ORIGEM: STF – Ofício nº 3.385/R, de 27 de novembro de 2019

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6238

Despacho do Advogado-Geral da União Nº 744

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas INFORMAÇÕES Nº 00229/2019/CONSUNIÃO/CGU/AGU, elaboradas pelo Advogado da União Dr. LUCIANO PEREIRA DUTRA.

Brasília, 11 de dezembro de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União