

Ofício Pres/AMB ____/2019

Brasília, 19 de setembro de 2019

Excelentíssimo Senhor(a) Senador(a)

Assunto: Manutenção dos vetos presidenciais à Lei do Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19, PL 7.596/17)

A AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade que representa a magistratura em âmbito nacional, vem perante Vossa Excelência, respeitosamente, requerer a **MANUTENÇÃO DOS VETOS realizados pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, à Lei do Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19 / Projeto de Lei 7.596/17), especialmente no tocante aos artigos 9º, 17, 20, 30, 32, 34 e 43**, que atingem, diretamente, o exercício da atividade jurisdicional, ferindo a independência judicial.

Com efeito, atenta contra a própria natureza da atividade jurisdicional cogitar que um magistrado seja responsabilizado penalmente por ter proferido uma decisão equivocada ou “manifestamente ilegal”, como repetido em diversas passagens do texto da lei, devidamente vetadas pela Presidência da República.

Parece claro à AMB que os dispositivos que preveem a possibilidade de punição dos magistrados, em razão das decisões que proferir – notadamente o art. 9º - , estão eivados de inconstitucionalidade por violação ao princípio da independência judicial contido no art.95, incisos I, II e III, da CF, que confere as garantias necessárias a

concretizar a prestação jurisdicional independente, e no inciso IX, do art.93 da CF, que retrata a necessidade do magistrado fundamentar suas decisões.

Assim dispõe o art. 9º:

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.

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.

O tipo em foco reproduz uma conduta objetiva típica de prolação de ato decisório, com base em uma interpretação do texto legal. Trata-se, portanto, de uma tentativa de criminalizar a interpretação de lei, o que afronta a independência do juiz e limita o exercício da função jurisdicional.

Neste ponto, a Lei do Abuso de Autoridade, faz também tábula rasa de Lei Complementar em pleno vigor, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (LC 35/79), que dispõe expressamente, em seu artigo 41, sobre a **imunidade funcional dos magistrados**, ao afirmar que “*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*”.

Os incisos I, II, e III do parágrafo único do artigo 9º, também vetados pelo Presidente da República, igualmente se mostram inconstitucionais, porque preveem tipos decorrentes de omissão do magistrado, por “deixar” de praticar um ato jurisdicional, em manifesta violação à independência funcional.

É de se ponderar, neste ponto, que as condutas omissas previstas nos incisos do artigo 9º, quando submetidas a processo disciplinar administrativo, poderão ser consideradas, no máximo, como hipótese de negligência no cumprimento dos deveres do cargo, suscetível à sanção de “advertência” - a mais leve das penas disciplinares -, nos termos do art. 43 da LOMAN.

É certo, então, que essa norma viola, além dos princípios antes mencionados, também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois qualifica como criminosa uma conduta qualificada em lei complementar como de natureza leve.

O texto ainda incorre em inconstitucionalidade quando estabelece como hipótese de crime de abuso de autoridade, a decisão manifestamente ilegal do magistrado, pretendendo, dessa forma, realizar a interpretação de outras leis, o que a Constituição Federal não admite.

Nesse ponto, o STF já decidiu ao julgar a ADI 2797, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que a lei que assim o faz, viola a Constituição, porque seria o caso clássico de interpretação autêntica do texto legal pelo próprio legislador, o que somente é dado ao Poder Judiciário fazer, *in verbis*:

*EMENTA: 1. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. (...) 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. **Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.** 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, **a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição - , às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. (...)** (ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)*

É de bom alvitre destacar que mesmo diante de decisão tida por “manifestamente ilegal”, o julgador aplicou a lei mediante a sua interpretação, não podendo por isso ser punido, sob pena de se caracterizar crime de hermenêutica, expressamente excluído pela Lei 13.869/19, no seu art. 1º, §2º.

Oportuno repisar que todos os atos praticados pelos magistrados no curso do processo – despachos, decisões e votos em julgamentos coletivos – são passíveis de impugnação, para fins de revisão ou de cassação, perante as instâncias do Judiciário, o

que evidencia ser irrazoável a pretensão de criminalizar a conduta do julgador que, eventualmente, profira decisão tida por “equivocada”.

Assim, por estas razões, pugna a AMB que o veto lançado pelo Presidente da República ao presente dispositivo e seus incisos, seja mantido por Vossa Excelência.

Outro dispositivo vetado pela Presidência da República e que urge ser mantido, é o artigo 17. Trata o dispositivo do uso de algemas, estabelecendo que é crime submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro.

Na esteira do sustentado pelo Ministério da Justiça, em seu parecer técnico ao PL do Abuso, encaminhado à Vossa Excelência, o artigo coloca em risco não apenas a capacidade de levar a cabo o aprisionamento, mas também a integridade física das autoridades envolvidas e a segurança pública.

No que pertine ao uso de algemas em audiências de custódia, a matéria já se encontra disciplinada pelo Conselho Nacional de Justiça, na Resolução CNJ 213/15, o que evidencia que eventual inobservância, por parte do magistrado, neste tocante, deverá configurar infração administrativa, jamais crime, sob pena de flagrante violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O STF, na súmula vinculante nº 11, também disciplinou a questão atinente ao uso de algemas, mostrando-se, também por este motivo, desnecessária a edição de lei nesse sentido.

Evidente, portanto, que a necessidade do uso de algemas ou não, dependerá da avaliação, caso a caso, do magistrado ou do agente policial, observando as nuances de caso, não cabendo ao legislador disciplinar a situação, ignorando a realidade fática.

Ademais, a se tornar regra a não utilização de algemas, exigir-se-á reformulação da segurança no transporte de presos e nos próprios fóruns, o que demandará imenso custo financeiro ao Estado, impossível de ser executado no momento que o país atravessa, motivo pelo qual imperiosa é a manutenção do veto, neste ponto.

O artigo 20, também vetado pelo Excelentíssimo Presidente da República, merece preocupação caso não mantido, pois altera, em seu parágrafo único, sem qualquer justificativa razoável, a configuração atual das audiências criminais. O dispositivo revela-se, da mesma forma, eivado de inconstitucionalidade:

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 caso de audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

Trata-se de matéria procedimental, não devendo o Direito Penal, de indiscutível caráter subsidiário, servir para tutelar tais condutas, especialmente quando a matéria já é suficientemente regulada pela legislação em vigor, a exemplo do Estatuto da OAB, em seu artigo 7º, III e XXI e o Código de Processo Penal, em seu artigo 185, §5º.

A tentativa de criminalizar matéria de cunho eminentemente procedimental, revela-se, portanto, irrazoável e desproporcional, não sendo demais destacar que, no caso de eventual inobservância do direito que dispõe esse dispositivo, terá o acusado ou réu o direito constitucional ao silêncio.

O próprio sistema normativo tem mecanismos para corrigir eventual impedimento e falta funcional da autoridade, passível de correção no processo, não deve ser criminalizada, devendo, também por estas razões, ser mantido o veto ao presente dispositivo.

O artigo 30 da Lei do Abuso de Autoridade pode ser considerado constitucionalmente inválido ao criminalizar uma conduta de dar início à “persecução administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”, sendo essa a única hipótese do *caput* em que seria possível a atuação de magistrado.

Ora, a existência ou não de justa causa para dar início à persecução administrativa – verdadeiro conceito aberto - é matéria de interpretação de fato e de

direito, em sede de processo administrativo, por parte de magistrado, que haverá de fazê-lo com independência judicial. Ao tipificar como crime essa conduta do magistrado, a norma atenta contra o princípio da independência jurisdicional, da razoabilidade e proporcionalidade, justificando-se, por isso, a manutenção do veto presidencial.

No que se refere ao art. 32, a conduta ali descrita, quanto a magistrado, pressupõe a adoção de um procedimento equivocado:

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.

Caso mantido o artigo, estar-se-á, assim, criminalizando uma conduta típica de “procedimento equivocado”, que a LOMAN qualifica como hipótese de infração LEVE, a receber a pena de censura, tal como previsto no art. 44:

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.

Então, uma vez mais, o dispositivo em questão viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois tipifica como criminosa uma conduta que o Estatuto da Magistratura qualifica como infração de natureza leve, razão pela qual pugna a AMB pela manutenção do veto presidencial neste tocante.

O artigo 34 novamente criminaliza conduta que a LOMAN considera típica INFRAÇÃO LEVE, por “deixar” de praticar um ato jurisdicional. Veja-se:

Art. 34. Deixar de corrigir, de ofício ou mediante provocação, tendo competência para fazê-lo, erro relevante que sabe existir em processo ou procedimento: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa.

Além da violação à independência funcional, a norma elege a conduta omissiva de não ter praticado determinado ato para considerá-lo criminoso. Observe-se, ainda, que o artigo não esclarece a qual tipo de erro se reporta, deixando em aberto se o que pretende punir é o erro material, processual ou procedimental.

Como afirmado, a negligência do magistrado poderá configurar hipótese passível de sanção de “advertência”, ou seja, a mais leve das penas disciplinares, como se infere do art. 43 da LOMAN, ao tratar da “negligência no cumprimento dos deveres do cargo”.

Claro, portanto, que a norma contida no artigo 34, ao novamente considerar criminosa uma conduta qualificada em lei complementar como de natureza leve, revela-se inconstitucional, pois viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, por estes fundamentos, ser mantido o veto presidencial.

Por fim, o artigo 43 da Lei do Abuso de Autoridade, **vetado pelo Presidente da República**, desperta imensa preocupação à Associação de Magistrados Brasileiros, pois tipifica como CRIME a violação às prerrogativas dos advogados, in verbis:

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

Os direitos que, violados, constituiriam crimes seriam os seguintes:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

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; (Vide ADIN 1.127-8)

Como é cediço, os bens jurídicos não devem receber uma proteção absoluta e uniforme do Direito Penal, senão de forma seletiva e fragmentária, ou seja, somente devem ser protegidos aqueles bens jurídicos mais valiosos para a convivência, quando os demais instrumentos e meios coativos menos gravosos, de natureza não penal, tenham sido esgotados. O princípio da intervenção mínima converte-se, assim, num princípio político criminal limitador do poder punitivo do Estado.

Com efeito, a não observância de incisos do artigo 7º, da Lei 8.906/94, poderia, no limite, configurar infração disciplinar do magistrado, punível administrativamente, mas jamais um crime, pois, como dito, não pode o Direito Penal prestar-se à criminalização de toda e qualquer conduta ilícita.

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.

Salta aos olhos, pois, que essa tipificação penal genérica sugerida no dispositivo da presente Lei, viola os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, além de trazer uma insegurança jurídica indesejável no âmbito do Poder Judiciário, **sendo, por esta razão, imperiosa a manutenção do veto.**

Imperioso concluir que os dispositivos que acertadamente sofreram o veto presidencial, banalizam o tipo penal e tornam CRIME atos que, no máximo, poderiam configurar infração disciplinar, indo na contramão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, afastando este importante segmento do Direito de sua finalidade maior, que é a tutela dos bens jurídicos mais relevantes.

Ante o exposto e com espeque nestes fundamentos, a **AMB** pugna à Vossa Excelência **pela MANUTENÇÃO dos vetos presidenciais aos artigos 9º, 17, 20, 30, 32, 34 e 43 da Lei do Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19)**, por entender que tais dispositivos são inconstitucionais, na medida em que violam os princípios da independência judicial (95, I, II, III e 93, IX, da CF), da proporcionalidade, da razoabilidade e da intervenção mínima.

Brasília, 18 de setembro de 2019.



Jayme de Oliveira
Presidente da AMB