

Aviso nº 1062-GP/TCU

Brasília, 2 de dezembro de 2016.

Senhor Presidente,

Cumprimento cordialmente Vossa Excelência e, em atenção à solicitação apresentada por meio do Of. nº 1/2015 - Presidência da CECR/SF, de 11/7/2016 (autuado neste Tribunal como processo nº TC-020.967/2016-0), encaminho, em anexo, cópia da Decisão proferida pela Presidência desta Corte de Contas na Sessão Extraordinária Reservada do Plenário de 20/7/2016, do Despacho da Secretaria-Geral de Controle Externo, bem como dos Pareceres da Consultoria Jurídica e do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Paulo Soares Bugarin, emitidos no âmbito dos referidos autos, relativamente ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 280, de 2016 (PLS nº 280/2016).

Atenciosamente,


RAIMUNDO CARREIRO
Vice-Presidente, no exercício da Presidência

A Sua Excelência o Senhor
Senador ROMERO JUCÁ

Presidente da Comissão da Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da
Constituição - CECR
Senado Federal
Brasília - DF



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Secretaria-Geral da Presidência
Secretaria das Sessões

ATA Nº 23, DE 20 DE JULHO DE 2016
(Sessão Extraordinária Reservada do Plenário)

Presidência: Ministro Raimundo Carreiro (Vice-Presidente, no exercício da Presidência)
Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin
Secretaria das Sessões, em substituição: AUFC Marcia Paula Sartori

Às 18 horas e 9 minutos, o Ministro Raimundo Carreiro, Vice-Presidente no exercício da Presidência, declarou aberta a sessão extraordinária do Plenário, com a presença dos Ministros Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Ana Arraes e Vital do Rêgo, dos Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho e do Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin. Ausentes o Presidente Aroldo Cedraz, em missão oficial; os Ministros José Múcio Monteiro e Bruno Dantas, com causa justificada, e o Ministro-Substituto Weder de Oliveira, em férias.

REMESSA DE MATÉRIA À CONSULTORIA JURÍDICA

A propósito do Projeto de Lei 280 de 2016, que define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências, em tramitação no Senado Federal, o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, após considerações, sugeriu à Presidência que a Conjur analise suas repercussões nos atos das autoridades e servidores do Tribunal. O Presidente Raimundo Carreiro acolheu a sugestão e, com a aquiescência do Ministério Público, determinou que a análise seja feita em conjunto com o MP/TCU.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Secretaria-Geral da Presidência
Secretaria das Sessões

Memorando nº 018/SeSes

Em 26 de julho de 2016.

Ao Senhor Secretário de Consultoria Jurídica
Assunto: Encaminha excerto de Ata

Encaminho a V. Sa., para conhecimento e adoção de providências cabíveis, o excerto abaixo listado, referente à Ata nº 23, da Sessão Extraordinária Reservada do Plenário realizada no dia 20 de Julho do corrente ano.

Cordialmente,

Márcia Paula Sartori
Secretaria das Sessões
em substituição



Doc. 56.011.654-8 (RE: 55.842.144-9)

Ref.: Of. 1/2015 - Presidência da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição do Senado Federal (CECR/SF).

Assunto: resposta à solicitação da Conjur para apresentação de sugestões a projeto de lei do Senado Federal.

DESPACHO

1. Por meio do Despacho de 14 de julho de 2016, a Consultoria Jurídica (Conjur) informou o recebimento do Ofício nº 1, de 11/7/2016, do Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição do Senado Federal (CECR/SF), Senador Romero Jucá, que encaminha o Projeto de Lei do Senado Federal nº 280/2016, referente a crimes de abuso de autoridade, e solicita contribuições desta Corte de Contas com o intuito de aperfeiçoá-lo.

2. Em vista disso, a Conjur solicitou desta Segecex o envio, até o dia 28/7/2016, das sugestões que entender pertinentes quanto à matéria, a fim de consolidá-las em um único documento a ser encaminhado à CECR/SF pela Presidência deste Tribunal.

3. Em atenção ao mencionado expediente, após consulta às unidades técnicas afetas ao tema, esta Segecex não vislumbrou dispositivos que possam afetar diretamente o exercício regular do Controle Externo, sem prejuízo do exame de aspectos jurídicos eventualmente levantados pela Conjur.

4. Encaminhe-se o presente documento à Conjur.

Segecex, em 28 de julho de 2016.

(assinado eletronicamente)

FELÍCIO RIBAS TORRES
Secretário-Geral de Controle Externo substituto



PROCESSO: TC-020.967/2016-0

NATUREZA: Administrativo

INTERESSADO: Senador Romero Jucá, Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição, do Senado Federal (CECR/SF)

ASSUNTO: Análise do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 280/2016, que trata dos crimes de abuso de autoridade.

I) INTRODUÇÃO

Trata-se do Of. Nº 1/2015, do Exmo. Sr. Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição, do Senado Federal (CECR/SF), Senador Romero Jucá, dirigido ao Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal, solicitando que seja feita uma avaliação do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 280, de 2016 (PLS 280/2016), o qual objetiva redefinir os crimes de abuso de autoridade, em substituição à Lei de nº 4.898, de 1965, que atualmente disciplina a matéria.

2. Juntamente com o referido Projeto de Lei 280/2016, o solicitante encaminhou também cópia do Projeto Substitutivo que ele próprio apresentou com o fim, segundo informa, de corrigir lapsos de redação, bem como trazer aperfeiçoamentos pontuais de técnica legislativa. Acrescenta que o Substitutivo resguarda o PLS original em seus aspectos materiais e deve cumprir, acima de tudo, a função de “suscitar a discussão e a apresentação de propostas que possam fazer progredir o novo marco legal relativo a crimes por abuso de autoridade”.

II) DO PRONUNCIAMENTO DA SEGECEX

3. Por meio de Despacho datado de 14/7/2016 (peça 5), esta Conjur enviou cópia do referido PL 280/2016 à Segecex, solicitando que esta encaminhasse as sugestões que entendesse pertinentes, a fim de que aqui fossem consolidadas e posteriormente remetidas à CECR/SF.

4. Em resposta, informou a Segecex (peça 6), que, após consulta às unidades técnicas afetas ao tema, “não vislumbrou dispositivos que possam afetar diretamente o exercício regular do Controle Externo, sem prejuízo do exame de aspectos jurídicos eventualmente levantados pela Conjur”.

III) DO EXAME DA MATÉRIA

5. Não se desconhece que o projeto de lei em tela tem causado recentemente enorme repercussão junto aos órgãos encarregados da persecução criminal, conforme amplamente noticiado pela imprensa, tendo em vista que o seu conteúdo, alegadamente, objetivaria enfraquecer as investigações criminais em curso, notadamente a assim denominada Operação Lava Jato.

6. No entanto, objetiva este parecer apenas examinar eventuais reflexos do referido projeto de lei no exercício das competências do TCU.

7. No âmbito estritamente técnico, como visto, informou a Segecex, que, após consultas às unidades técnicas afetas ao tema, não vislumbrou no projeto dispositivos que possam afetar o exercício regular do controle externo a cargo desta Corte de Contas.

8. Do ponto de vista jurídico, como o projeto trata de crimes de abuso de autoridade, restaria examinar se nele há dispositivos que possam de alguma forma afetar o exercício das funções próprias dos auditores federais de controle externo, dos membros do Ministério Público de Contas e da atividade judicante exercida pelos Ministros e Ministros-substitutos do TCU e, assim, refletir nas atividades de controle externo a cargo deste Tribunal.

9. Consoante sabido, nos termos do § 3º do art. 73 da Constituição Federal, os Ministros desta Corte de Contas têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e o Auditor, quando em substituição a ministro, tem as mesmas garantias e impedimentos do titular e, “quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal”.

10. Os membros do Ministério Público de Contas, por sua vez, são submetidos ao mesmo regime jurídico dos membros do Ministério Público da União, no que se refere a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira, nos termos do art. 84 da Lei 8.443/92.

11. Essas garantias, prerrogativas e vedações constitucionais e legais conferidas aos magistrados e membros do Ministério Público visam assegurar-lhes independência e imparcialidade no exercício das funções que lhes são próprias.

12. Tendo essas premissas em foco, passa-se ao exame propriamente dito do referido Projeto de Lei.

13. O Projeto de Lei em tela define como sujeitos ativos dos crimes nele previstos, os membros dos Poderes Judiciário, do Legislativo, e do Ministério Público e os agentes da Administração Pública, servidores públicos ou a eles equiparados.

14. Por outro lado, o Projeto, no seu Capítulo VI – Dos Crimes e das Penas (artigos 9º ao 38) tipifica como crimes de abuso de autoridade diversas condutas que, em sua grande maioria, somente podem ser praticadas por autoridades policiais e juízes, principalmente os que atuam na esfera penal.

15. Examinando as referidas condutas típicas relacionadas no Capítulo VI do Projeto, observamos que nenhuma delas, em princípio, se relaciona, ao menos diretamente, com as atividades desenvolvidas pelos ministros do TCU ou pelos membros do Ministério Público de Contas.

16. A nosso ver, apenas as condutas tipificadas nos artigos 25 e 31 poderiam, em tese, ter como sujeitos ativos, dentre outros, auditores do TCU (AUFCs) quando do exercício de auditorias, inspeções e outros tipos de fiscalização, ou mesmo membros deste Tribunal quando da presidência da instrução do processo (art. 11 da Lei 8.443/92) ou quando do julgamento dos relatórios resultantes desses trabalhos. Confiram-se o teor dos referidos dispositivos constantes do Projeto Substitutivo:

Art. 25. Proceder à obtenção de provas por meios ilícitos ou fazer uso de provas de cuja origem ilícita se tenha conhecimento, no curso de procedimento investigativo ou de fiscalização.

Art. 31. Exceder o prazo fixado em lei ou em norma infralegal para a conclusão de procedimento de investigação ou de fiscalização, exceto nas investigações criminais ou inquéritos policiais nos quais haja prévia e motivada autorização judicial.

17. A conduta tipificada no art. 25 do Projeto representa grave violação ao direito do investigado ou fiscalizado e há muito é vedada pelo ordenamento jurídico. Note-se, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), cabendo à legislação processual penal a sua definição, conforme estatuído pelo art. 157, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

18. Assim, além da sanção processual de desentranhamento da prova ilícita ou eventuais sanções administrativas que o agente público pudesse sofrer por valer-se delas, a tipificação em tela vem estatuir expressamente como ilícito penal o ato doloso de obter provas por meios ilícitos ou utilizar-se delas, sabendo de sua origem ilícita.

19. No entanto, quanto ao TCU, entende-se que tal novo ilícito penal não afetaria as competências constitucionais desta Corte de Contas, nem implicaria qualquer violação às prerrogativas dos Ministros, Ministros-substitutos, membros do Ministério Público de Contas e auditores encarregados dos trabalhos de fiscalização, tendo em vista que esta Corte, como não poderia deixar de ser, dado o mandamento constitucional, repele a prova obtida por meios ilícitos.

20. No entanto, preocupa-nos o caráter genérico da conduta criminalizada pelo art. 31 do Projeto Substitutivo. De fato, o simples excesso de prazo para a conclusão de procedimento de investigação ou de fiscalização, fixado em lei ou até mesmo em norma infralegal ensejará ao infrator a pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. Note-se que o comando se aplica a qualquer processo de fiscalização, podendo com isso atingir as auditorias e inspeções realizadas pela Corte de Contas.

21. O problema desse dispositivo, a nosso ver, é que ele somente excepciona as investigações criminais ou inquéritos policiais nos quais haja prévia e motivada autorização judicial. No entanto, dado o caráter genérico das investigações

e fiscalizações abrangidas pelo dispositivo, que podem ser distintas das investigações criminais ou inquéritos policiais, entende-se que seria de bom alvitre um melhor detalhamento da conduta, excepcionando da conduta tipificada o atraso que seja devidamente motivado também em sede administrativa.

22. Além disso, entende-se que faltou ao dispositivo estabelecer o elemento subjetivo do tipo, ou seja, nesse caso, o fim especial do agente em exceder o prazo fixado em lei ou em norma infralegal. De fato, o excesso de prazo, nesse caso, somente é penalmente relevante se prejudicar ou tiver por fim prejudicar o investigado ou fiscalizado.

23. Assim, sugere-se que ao mencionado art. 31 seja dada a seguinte redação:

Art. 31. Exceder, sem motivo justificado, o prazo fixado em lei ou em norma infralegal para a conclusão de procedimento de investigação ou de fiscalização, prejudicando ou tendo por fim prejudicar o investigado ou fiscalizado.

24. Em conclusão, examinadas as condutas típicas descritas no Projeto de Lei nº 280/2016 do Senado Federal, bem como as respectivas alterações procedidas no texto pelo Substitutivo do Senador Romero Jucá, exceto pelo disposto no art. 31 do Projeto Substitutivo, não constatamos nenhum dispositivo que implique violação ou ameaça às funções próprias dos Ministros, Ministros-substitutos, membros do Ministério Público de Contas e auditores encarregados dos trabalhos de fiscalização neste Tribunal.

IV) CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Ante todo o exposto, encaminhamos este Parecer à Presidência do TCU.

26. Esclarece-se que, nos termos da Ata nº 23/2016 (peça 3), há deliberação do Plenário no sentido de oitiva também do MP/TCU.

27. Do exposto, propõe-se que a Presidência desta Corte envie os presentes autos ao MP/TCU, antes de ser providenciada resposta ao Exmo. Senhor Senado Romero Jucá.

TCU/Consultoria Jurídica, 30 de agosto de 2016.

(Assinado Eletronicamente)

PERÔNIMO PEREIRA DA SILVA

AUFC – Mat. 717-0



TC 020.967/2016-0

Apenso:

**Tipo de processo: AÇÕES
JUDICIAIS_SOLICITAÇÃO DE SUBSÍDIOS**

Unidade Jurisdicionada:

PRONUNCIAMENTO DA SUBUNIDADE

Manifesto-me de acordo com a proposta formulada por PERONIMO PEREIRA DA SILVA, AUFC (doc 56.182.317-9).

CONJUR/D3, em 31 de agosto de 2016.

(Assinado Eletronicamente)

THIAGO MACIEL DE AGUIAR - Matrícula
6555-2

Diretor



TC 020.967/2016-0

Apenso:

Tipo de processo: AÇÕES
JUDICIAIS _SOLICITAÇÃO DE SUBSÍDIOS

PRONUNCIAMENTO DA UNIDADE

Manifesto-me de acordo com a proposta formulada pelo AUFC PERONIMO PEREIRA DA SILVA, a qual contou com a anuência do titular da CONJUR/D3 (doc 56.228.851-9).

Conjur, em 31 de agosto de 2016.

(Assinado eletronicamente)

SANDRO GRANGEIRO LEITE - Matrícula
4197-1

Consultor Jurídico



PROCESSO: TC 020.967/2016-0

NATUREZA: Administrativo

INTERESSADO: Senador Romero Jucá, Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição, do Senado Federal (CECR/SF)

ASSUNTO: Análise do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 280/2016 e seu substitutivo, que tratam dos crimes de abuso de autoridade.

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente,

Cuida-se do exame das comunicações expedidas pelo Exmº. Sr. Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição (CECR/SF), Senador Romero Jucá, ao Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal (peça 1) e à Procuradoria-Geral do Ministério Público junto a esta Corte. De igual teor, ambos os ofícios solicitam contribuições para aperfeiçoamento do Projeto de Lei do Senado Federal nº 280, de 2016 (PLS nº 280/2016), e seu substitutivo. O referido projeto busca abrogar a Lei nº 4.898/65, que versa sobre crimes de abuso de autoridade.

2. Na Sessão Extraordinária Reservada do Plenário, realizada no dia 20/07/2016, acordou-se em proceder à análise conjunta das comunicações acima mencionadas, conforme reportado à peça 3. Dessa sorte, o processo seguiu para colheita de manifestações da secretaria da Casa, a serem consolidadas pela Consultoria Jurídica (Conjur).

3. Consultadas, as unidades técnicas não vislumbraram “*dispositivos que possam afetar diretamente o exercício regular do Controle Externo, sem prejuízo do exame de aspectos jurídicos eventualmente levantados pela Conjur*” (peça 6). A diligente Consultoria, a seu turno, elabora pronunciamento técnico à peça 7, após o que encaminha este processo administrativo a meu Gabinete.

4. Em sua instrução, a Consultoria Jurídica relata que o PLS nº 280/2016 “*define como sujeitos ativos dos crimes nele previstos, os membros dos Poderes Judiciário, do Legislativo, e do Ministério Público e os agentes da Administração Pública, servidores públicos ou a eles equiparados*” (peça 7, p. 2).

5. Entende, ainda, que as condutas tipificadas nos arts. 9º a 38 “*somente podem ser praticadas por autoridades policiais e juízes, principalmente os que atuam na esfera penal*” e que “*nenhuma delas, em princípio, se relaciona, ao menos diretamente, com as atividades desenvolvidas pelos ministros do TCU ou pelos membros do Ministério Público de Contas*” (ambas citações à peça 7, p. 2).

6. Em seguida, relativiza sua afirmação anterior para reconhecer a potencial incidência dos delitos capitulados nos arts. 25 e 31 aos “*auditores do TCU (AUFCs) quando do exercício de auditorias, inspeções e outros tipos de fiscalização, ou mesmo membros deste Tribunal quando da presidência da instrução do processo (...) ou quando do julgamento dos relatórios resultantes desses trabalhos*” (peça 7, p. 2).

7. Quanto ao ilícito penal definido no art. 25 (*Proceder à obtenção de provas por meios ilícitos ou fazer uso de provas de cuja origem ilícita se tenha conhecimento, no curso de procedimento investigativo ou de fiscalização*), sustenta a Conjur que tal proscrição:

“*(...) não afetaria as competências constitucionais desta Corte de Contas, nem implicaria qualquer violação às prerrogativas dos Ministros, Ministros-substitutos, membros do Ministério Público de Contas e auditores encarregados dos trabalhos de fiscalização, tendo em vista que esta Corte, como não poderia deixar de ser, dado o mandamento constitucional, repele a prova obtida por meios ilícitos*”.

8. Já quanto ao preceito primário do art. 31 (*Exceder o prazo fixado em lei ou em norma infralegal para a conclusão de procedimento de investigação ou de fiscalização, exceto nas investigações criminais*)

Continuação do TC-020.967/2016-0

ou inquéritos policiais nos quais haja prévia e motivada autorização judicial), a Conjur repara a possibilidade de que venha a “atingir as auditorias e inspeções realizadas pela Corte de Contas” (peça 7, p. 3).

9. Propõe, em consequência, que a parte final do dispositivo passe a contemplar, como exceção, o atraso devidamente motivado em sede administrativa. Adicionalmente, recomenda a inclusão de elementar subjetivo tendente a criminalizar apenas a conduta direcionada a prejudicar o investigado ou fiscalizado (peça 7, p. 4):

“Art. 31. Exceder, sem motivo justificado, o prazo fixado em lei ou em norma infralegal para a conclusão de procedimento de investigação ou de fiscalização, prejudicando ou tendo por fim prejudicar o investigado ou fiscalizado.”

10. Assiste razão à Conjur ao observar que as condutas tipificadas pelo PLS nº 280/2016, “em sua grande maioria, somente podem ser praticadas por autoridades policiais e juízes”, porém dissinto da Segecex e da própria Consultoria quando concluem haver potencial nulo ou diminuto de interveniência da nova legislação penal em relação às atividades e agentes atuantes neste Tribunal. Observo, com efeito, que diversos dispositivos do projeto de lei poderiam, em princípio, ser evocados em desfavor da atividade de controle externo aqui exercida (v.g. art. 22, parágrafo único, incisos I e II; art. 27).

11. Recordo que o inquérito policial e o procedimento de investigação criminal, instrumentos de investigação da polícia judiciária e do Ministério Público da União e dos Estados, ostentam natureza administrativa, tal e qual os processos de controle externo de competência desta Corte de Contas. Dessa forma, não restaria teratológico ao hermeneuta estender, eventualmente, o termo “*investigações*”, ocorrente em diversos tipos, aos processos em curso em órgãos administrativos, inclusive neste Tribunal.

12. Entendo, sobretudo, que o projeto em referência apresenta significativa repercussão na vida social, com possíveis desdobramentos para agentes públicos e demais cidadãos. A título de singela contribuição, apresento análise na forma dos comentários constantes deste parecer, precedida por considerações gerais acerca do PLS nº 280/2016 na seção seguinte.

II

13. O sistema penal, como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, tutela os bens jurídicos de maior expressão constitucional e, correspondentemente, implica o grau mais agudo de intervenção estatal na esfera individual. Tal sistema, contudo, atravessa longa e profunda crise de legitimidade, já que não tem sido percebido como efetivo em coibir o comportamento delitivo em sociedade.

14. Segundo pesquisadores do tema, essa crise – alcunhada de “*erosão*” do Direito Penal¹ – apresenta inúmeros componentes, entre os quais se destacam a descodificação, a “*inflação legislativa*” (profusão da multiplicação de normas). Brevíssimo comentário sobre cada um desses componentes basta para situar a proposta do PLS nº 280/2016 em perspectiva sistêmica.

15. Há décadas que os ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, entre os quais se inclui o brasileiro, adentraram verdadeira “*era da descodificação*”², deixando a regulação das relações sociais “*caotizada num emaranhado de microssistemas*”³. Observável nas searas cível e comercial, os efeitos da dispersão e profusão normativa é particularmente deletéria ao Direito Penal – entre outros motivos, porque:

“Com os microssistemas, nota-se uma tendência do legislador de criar novas figuras penais, num excesso de incriminação, que, por si só, gera inúmeros inconvenientes. O incremento do

¹ Sobre as características gerais da “*erosão*” do Direito Penal, vide VILELA, Alexandra. O Direito de Mera Ordenação Social: entre a Ideia de “*Recorrência*” e a de “*Erosão*” do Direito Penal Clássico. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2013.

² Cf. a magna opus de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, de 1979.

³ BODIN de MORAES, Maria Celina. Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 72.

Continuação do TC-020.967/2016-0

número de crimes em legislação esparsa representa uma clara opção do legislador de utilizar o Direito Penal, e sua carga simbólica, como meio de prevenção geral positiva no combate a violação de determinados bens jurídicos, embora, do ponto de vista instrumental, essas normas tenham pouca ou nenhuma eficácia. Adverte Silva Sanchez (1999) que a expansão do Direito Penal se apresenta como um produto perverso do aparato estatal, que busca na legislação penal um permanente recurso para a aparente solução fácil dos problemas sociais, deixando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido ao nível instrumental.

Assim, a incriminação via microssistema muitas vezes representa uma satisfação ou resposta do Estado ao grupo de interesses que tiram proveito da elaboração do microssistema, para demonstrar supostamente o ‘grau de preocupação’ do Estado com aquele segmento da realidade.”⁴

16. Tais afirmações da doutrina coadunam-se tanto com as preocupações da Conjur – no sentido de que o projeto “*alegadamente, objetivaria enfraquecer as investigações criminais em curso, notadamente a assim denominada Operação Lava Jato*” (peça 7, p. 1) – quanto com as opiniões técnicas dos penalistas Silva Sánchez⁵ e Zaffaroni⁶ e do jurista Fábio Medina Osório, unâmines ao apontar que contextos delitivos são enfrentados mais eficientemente via aprimoramentos institucionais. Com efeito, a lição desse último autor é no sentido de que:

“Os sintomas ou causas dessa crise de qualidade e eficiência do sistema punitivo, incluindo todos seus discursos de gestão, marcadamente na seara penal, são complexos, múltiplos e enigmáticos (...). Por isso, sempre que eclodem escândalos de impunidade, emergem soluções puramente normativas, com reformas pontuais na legislação penal ou noutras searas, como na área da improbidade. A culpa sempre tem nome: o legislador. Mude-se a legislação, porque os operadores jurídicos apenas cumprem o que está descrito nas leis. (...). Essa é a falsa crise descrita em muitos discursos, políticos ou corporativos, associada à notória crise crônica e estrutural das polícias e do sistema penitenciário. (...)

A impunidade guarda raízes diretas e primárias na (falta de) gestão institucional, e apenas indiretamente se reporta à dogmática jurídica.”⁷

17. No caso concreto, a formulação acima equivale à noção de que o aperfeiçoamento das instâncias de controle do aparato repressivo (e.g. autonomia das corregedorias de polícia, transparência, previsão de juízes de garantia) possivelmente surtiria mais efeitos concretos do que o agravamento de condutas já incriminadas e a criação de tipos penais específicos – cuja implementação prática e consequente dissuasão, como se afirmou, são no mínimo incertas.

18. Seguindo a crítica à descodificação e à “*inflação legislativa*”, os comentários formulados por este Ministério Público, a pedido do Exmo. Sr. Senador Romero Jucá, pautam-se pela recomendação de que se preserve a unidade de interpretação e a sistematicidade advinda da codificação do Direito Penal. Entende-se que, assim procedendo, preserva-se mais adequadamente a coerência e a proporcionalidade entre as reprimendas atribuíveis às variadas condutas incriminadas.

⁴ MELLO. Sebastian Borges de Albuquerque. A Defesa da Codificação do Direito Penal e a Crítica ao Big Bang Legislativo. IV Encontro Internacional do Conpedi. Florianópolis: Conpedi. 2016. p. 203.

⁵ Conforme citação de MELLO (2016: 203) transcrita logo acima, traduzindo a opinião de Silva Sanchez no sentido de que problemas sociais podem ser equacionados mais eficazmente “*ao nível instrumental*” do que no nível simbólico-preventivo do Direito Penal.

⁶ O autor defende que, para a criminalidade surgida no “*espaço de poder arbitrário, [e] a única forma eficaz de preveni-la é fechando esses espaços, mediante uma engenharia institucional melhor e constantemente renovada*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. O Inimigo do Direito Penal. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007. p. 65).

⁷ OSÓRIO, Fábio Media. Direito Administrativo Sancionador. p. 56/57.

Continuação do TC-020.967/2016-0

19. Nesse contexto, e a partir dos comentários deste parecer, conclui-se que o PLS nº 280/2016 requer diversos ajustes para o seu aperfeiçoamento. Entre essas últimas, sobressai-se a construção de tipos potencialmente incidentes sobre legítimas atividades investigativa e judicante.

20. Tomando como *paradigmático* exemplo o art. 9º do projeto (*Ordenar ou executar captura, detenção ou prisão fora das hipóteses legais ou sem o cumprimento ou a observância de suas formalidades*), percebe-se que o dispositivo parece tratar o elementar normativo “*hipóteses legais*” em sua mera dimensão sintática, descurando que o teor de sua dimensão semântica é interpretado justamente pelos órgãos judiciais, em sucessivas instâncias.

21. Em outros termos, por mais hábeis que sejam os operadores do Direito (e.g. agentes de polícia, delegados, membros do Ministério Público) em bem aplicar as normas jurídicas, as decisões tomadas invariavelmente sujeitam-se à revisão e à delimitação definitiva conferida pelas instâncias do Poder Judiciário, cuja opinião técnica sobre a regularidade da conduta considerada pode inclusive alternar-se.

22. Nesse sentido, determinados dispositivos do projeto potencialmente criminalizam a própria aplicação do Direito, inviabilizando ou comprometendo significativamente a atuação pública quanto às atividades investigativa e judicante.

23. Ressalto que as “*hipóteses legais*” autorizadoras da captura, detenção ou prisão encerram figuras jurídicas complexas, exigindo interpretação da lei penal e processual penal, de forma que seu enquadramento frequentemente só ocorre após escrutínio judicial por instâncias superiores.

24. Mesmo que exercida de forma legítima e de boa fé, a atividade dos operadores do Direito sujeita-se a diversos mecanismos de revisão: por melhor que tenham interpretado a situação fática e jurídica, a captura realizada por agentes de polícia pode ser revista pela autoridade policial (delegado), cuja decisão pelo indicamento pode ser revertida em *habeas corpus* deferido pelo magistrado, etc. Não houvesse essa necessidade de se extrair significado jurídico do texto da regra, seria de balde toda a atividade hermenêutica desenvolvida.

25. A fim de garantir a independência do magistrado e, por extensão, do Poder Judiciário, o art. 41 da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura) dispõe 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”.

26. Da análise do referido tipo penal em apreço, arrisco afirmar que será criminalizada grande parte da atividade policial e judicial, inclusive e principalmente a majoritária parcela dessa atividade, exercida de forma diligente e de boa-fé. Dessa forma, cumpre reconsiderar a inserção do referido tipo penal em nosso ordenamento jurídico.

27. Pelas mesmas razões apontadas nos comentários referentes ao art. 9º, opina-se por que seja reconsiderada/desconsiderada a criação, em especial, dos tipos penais previstos nos seguintes dispositivos do projeto de lei: art. 30 e art. 31.

28. No que tange ao art. 30, cumpre evocar, preliminarmente, os argumentos lançados no comentário ao art. 9º, quanto à impossibilidade de se aferir, *prima facie* e sem hesitação, a justa causa de procedimento que visa, justamente, a apurar fatos obscuros. Vale sempre ressaltar que, por vezes, a justa causa em ações penais é revista em segunda instância ou mesmo perante as Cortes Superiores, sendo tema dependente dos detalhes fáticos do caso.

29. Ademais, a transposição da lógica da “*justa causa*” para a lide civil desmontaria a própria autonomia da teoria da ação. É preferível que, naquela seara, a litigância de má-fé seja alcançada por institutos endoprocessuais, como o “*dano processual*”, multas, etc.

30. Já quanto ao art. 31, vale destacar que é entendimento corrente, por parte dos Tribunais judiciários, que os prazos fixados em lei para conclusão do inquérito policial nas hipóteses em que o acusado estiver solto não são peremptórios (e.g. STJ RHC 39410). Nesta linha, considerando o Direito Penal como última ratio, **tampouco se afigura razoável estabelecer consequências – ainda mais de**

Continuação do TC-020.967/2016-0

ordem penal – para a extração de prazos administrativos, fato cujo desvalor social é diminuto em comparação com as condutas que integram o repertório penal.

31. Outros dispositivos constantes do PLS em análise merecem também alguns breves comentários, à guisa de colaboração, a seguir.

32. Em relação ao art. 13 do projeto de lei, assevero que a prisão é precedida da análise de hipóteses legais que, como fenômeno jurídico de alta complexidade, requer ponderada interpretação. Consistindo em poder-dever ínsito à atividade judicante, resulta temerário, portanto, apodá-la de “*mal injusto*”, como se pretende fazer no presente projeto de lei.

33. No art. 24 do projeto, há o termo “*execração pública*” para o qual não há parâmetro para conceituação legal-penal. Além disso, para manter a organização e lógica da lei penal, seria preferível aditar/modificar o Código Penal nos arts. 347, parágrafo único, e 399.

34. No art. 29, o texto não apresenta qual o elemento subjetivo que deve ser considerado para enquadrar o ato à reprimenda, o que nos permite concluir que tal ausência pode significar a instituição de responsabilização penal objetiva, o que não é aceitável.

35. No art. 34, reputo que criminalizar o ajuizamento de ação executória, além de revelar-se inédito e inconstitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88), afigura-se absolutamente dispensável ante os instrumentos jurídicos já disponíveis para o exercício da defesa (e.g. exceção de pré-executividade, sucumbência, art. 940 do Código Civil, etc.).

36. No art. 35, o texto permite de forma indevida a persecução penal de condutas sem qualquer tipicidade material, como erros tipográficos sem repercussão. A previsão desse tipo penal se mostra draconiana, ou seja, contrária ao espírito de uma norma penal típica, bem como, ao não prever qualquer elementar subjetivo, pode encetar a persecução penal em razão de procedimento lícito.

37. Por fim, *nunca é demais enfatizar que o exercício regular de função, cargo ou mandato público não pode resultar no cometimento de crime.*

III

38. Diante do exposto, este representante do *parquet* junto ao Tribunal de Contas da União, em resposta aos Ofícios expedidos pelo Exmo. Sr. Presidente da Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação da Constituição (CECR/SF), encaminha contribuição consistente neste parecer.

Ministério Público, em novembro de 2016.

(Assinado eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral