



Faculdade de Ouro Preto do Oeste
Faculdade de Informática de Ouro Preto do Oeste
Mantida pelas Escolas Unidas de Ouro Preto do Oeste
Site: www.uneouro.edu.br | E-mail: uneouro@uneouro.edu.br

DIREITO

**ABUSO DE AUTORIDADE SOB VIÉS ADMINISTRATIVO: A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 38 DA LEI N^o 13.869/2019 EM
RELAÇÃO AO INCISO 57 DO ARTIGO 5^o DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Marluci Brilhante de Souza
Natália Maria de Oliveira

OURO PRETO DO OESTE-RO
2023

Resumo

O presente artigo objetiva discutir a (In) constitucionalidade do artigo 38 da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) em relação ao inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988. Para tanto, expõe considerações gerais relevantes ao entendimento da Lei de Abuso de Autoridade (LAA); analisa os possíveis impactos da antecipação de atribuição da culpa não comprovada; e expõe os argumentos que fundamentam a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.238/DF, que pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 38 da LAA. A metodologia da pesquisa foi do tipo teórica e documental, sendo utilizada a legislação nacional, artigos científicos, sites confiáveis da internet e doutrinas referentes à LAA e seus impactos sobre os órgãos de segurança pública e sobre os direitos fundamentais do acusado. Concluiu-se ao final do estudo que o artigo 38 da LAA padece de inconstitucionalidade tendo em vista o subjetivismo da aplicação deste tipo penal que permite que se instale o autoritarismo e o excesso de controle sobre a atividade investigativa de certos agentes públicos.

Palavras-chave: Lei de Abuso de Autoridade. Agentes públicos investigativos. (In) constitucionalidade.

Abstract

This article aims to discuss the (Un)constitutionality of article 38 of Law 13,869/2019 (Abuse of Authority Law) in relation to item LVII of article 5 of CRFB/1988. To this end, it sets out general considerations relevant to the understanding of the Abuse of Authority Law (LAA); analyzes the possible impacts of anticipating attribution of unproven guilt; and exposes the arguments that support the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) no. 6.238/DF, which fights for the recognition of the unconstitutionality of art. 38 of the LAA. The research methodology was theoretical and documentary, using national legislation, scientific articles, reliable internet sites and doctrines relating to the LAA and its impacts on public security bodies and the fundamental rights of the accused. At the end of the study, it was concluded that art. 38 of the LAA suffers from unconstitutionality given the subjectivism of the application of this criminal type, which allows authoritarianism and excessive control over the investigative activity of certain public agents to be established.

Keywords: Abuse of Authority Law. Investigative public agents.
(Un)constitutionality.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina aponta o Estado, como o ente politicamente organizado revestido de ordem jurídica soberana com o escopo de propiciar o bem comum da coletividade em determinado território. No entanto, não se pode falar de Estado, sem que este esteja revestido de Poder, que é uma de suas características fundamentais. Este poder estatal, pela sua própria natureza, é caracterizado pela imperatividade e coercibilidade decorrente da própria ordem jurídica que estrutura o Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Merece ser observado, por oportuno, que os direitos fundamentais se revestem de substancial significado, ao serem emoldurados, na Constituição como direitos de proteção ou de defesa contra eventual lesão por parte do Poder Público ou de particulares.

Deve ser focado, por primeiro, o legislador ordinário, uma vez que, embora a CRFB/1988 não se tenha referido, expressamente, à proteção do denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais, asseverou, explicitamente, a proteção dos direitos e garantias individuais, com a petrificação estabelecida pelo seu artigo 60, § 4º, inciso IV.

Há que se invocar, por conseguinte, a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que pressupõe a aferição da necessidade e a adequação da intervenção legislativa.

A liberdade de conformação do legislador não pode ferir, portanto, o aludido princípio sob pena de vício de inconstitucionalidade substancial.

Verifica-se, portanto, que qualquer norma que contrariar os direitos fundamentais consagrados pela CRFB/1988 deverá ser julgada inconstitucional, de forma que o legislador ordinário deverá, sempre, pautar-se pela estrutura axiológica de tais direitos.

Este estudo objetiva discutir a (In)constitucionalidade do artigo 38 da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) em relação ao inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988.

A efetividade dos direitos fundamentais se concretiza, mediante a execução de políticas públicas, como as políticas de segurança pública, por exemplo. Nesse contexto foi esculpido o texto normativo da Lei nº 13.964/2019 com o escopo não só de proteger a necessária higidez da Administração Pública, como sagrados direitos fundamentais do cidadão fustigado pelos órgãos persecutórios e Justiça Criminal, como a liberdade de locomoção, a liberdade individual, o direito de assistência de advogado, e, no caso do artigo 38 em análise, o direito à imagem e à presunção de inocência.

O estudo se mostra relevante, pois, várias ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's) foram ajuizadas questionando a nova LAA, sendo uma delas a ADI nº 6.238/DF, que questiona a constitucionalidade do artigo 38 da LAA. No entanto, no caso do dispositivo em análise, importa sopesar se tal dispositivo protege a imagem e o direito à presunção de inocência do acusado ou, se ao contrário, obsta a ação efetiva das promotorias de justiça, para constatação do ilícito em sede de abuso de autoridade.

A metodologia da pesquisa foi do tipo teórica e documental, sendo utilizada a legislação nacional, artigos científicos, sites confiáveis da internet e doutrinas referentes à LAA e seus impactos sobre os órgãos de segurança pública e sobre os direitos fundamentais do acusado.

Visando cumprir ao objetivo proposto, o artigo encontra-se estruturado em três seções: a primeira seção expõe considerações gerais relevantes ao entendimento da Lei de Abuso de Autoridade (LAA); a segunda seção analisa os possíveis impactos da antecipação de atribuição da culpa não comprovada; e a terceira e última seção expõe os argumentos que fundamentaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.238/DF, que pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 38 da Lei de Abuso de Autoridade.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

De acordo com Fernandes Neto (2017) qualquer conduta, para caracterizar o abuso de poder, seja político ou econômico, deve se ater ao fundamento da norma constitucional que atribuiu à legislação infraconstitucional a competência para caracterizar as infrações. Assim, a conduta delituosa excessiva de poder ou abuso no uso do poder está configurado quando o agente público delituoso excede o poder do qual foi investido, podendo-se dizer que o abuso no uso do poder é apontado como qualquer poder em abundância.

Certo é que nessa senda, acerca da fixação do que seriam atos de abusos de autoridade ou não, se encontram algumas das indeterminações da Lei n. 13.869/2019, quanto à definição de alguns conceitos nela esculpidos, podendo parecer muitas das vezes uma verdadeira criminalização da hermenêutica e/ou da função pública, o que por certo não pode contribuir para aferição e punição dos verdadeiros atos de abuso de autoridade.

Nunca é demais destacar que o exercício da função pública necessariamente precisa ser pautada em absoluta reverência aos princípios constitucionalmente protegidos e acima de tudo, com absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Se o agente se comporta em desacordo com os princípios regentes da Administração Pública rompendo com o Direito enveredando-se para a denominada traição funcional, há absoluto “interesse na sua punição, até porque, de certa forma, somos afetados por ela, ainda que indiretamente” (CUNHA; GRECO, 2020, p. 11-12).

Os bens jurídicos se revestem de valores essenciais para a coletividade. Na lição de Prado:

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido (PRADO, 2018, p. 43).

Para que o Estado possa cumprir exitosamente sua missão constitucional conta com um corpo de agentes, genericamente considerados, e que devem ser seletivamente escolhidos para que, em suas diversas funções, não atentem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

Evidentemente todo desvio de finalidade na prática do ato administrativo precisa ser repellido com veemência, uma vez que o agente improbo acaba por enodoar a própria moral administrativa que deve ser prestigiada perante a coletividade.

A exegese da Lei nº 13.869/2019 leva à notória conclusão de que o crime de abuso de autoridade é um delito pluriofensivo. Esposando a tese da pluriofensividade do referido bem jurídico tutelado pelo legislador penal, leciona Lima:

A tutela penal dos crimes previstos na Lei 13.869/2019 pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos (crime pluriofensivo): em primeiro lugar, visa proteger, a depender do crime em questão, a liberdade de locomoção [...], a liberdade individual [...], o direito à assistência de advogado [...], a intimidade ou a vida privada [...], em segundo, objetiva garantir o bom funcionamento do Estado, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade, preservando-se, assim, princípios básicos da Administração Pública [...] (LIMA, 2020, p. 27).

Verifica-se, desta forma, que o legislador penal objetivou, com as referidas características dos tipos penais esculpidos na referida legislação, não só proteger os cidadãos da ação abusiva dos agentes, como também a própria Administração Pública.

3. POSSÍVEIS IMPACTOS DA ANTECIPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DA CULPA NÃO COMPROVADA

Na sociedade em que vive atualmente, consagrando-se esse em um grande problema dos tempos hodiernos, é que a possibilidade de atribuição de culpa a alguém, pelo cometimento de abuso de autoridade, antes mesmo da constatação de

sua culpabilidade, justamente causada pela indefinição que a lei apresenta, permitindo a feitura de ilações sem fundamento legal, acaba em se constituir em verdadeiro assassinato de reputações.

O assassinato de reputações não se trata de inovação. Há exemplos históricos de campanhas orquestradas para destruir a reputação de pessoas, organizações e empresas. Porém, considerando a maneira como se desenvolve a comunicação moderna através de redes sociais e o fenômeno do cancel culture, o assassinato de reputações tornou-se potencialmente mais simples na mesma medida que a integridade reputacionalum tanto mais vulnerável.

É nessa esteira que se debruça esse trabalho, sobre como a proteção penal contra o abuso de autoridade, não pode consistir em antecipação de culpa ou pena, sendo esse, uma das linhas de desenvolvimento deste trabalho, ressaltando o papel quase nada assertivo da mídia nesse ponto, e pretendo demonstrar qual a resposta penal adequada, sem que desborde no temeroso sentenciamento sem processo devido.

O que se espera da resposta da legislação penal, ao cometimento de atos de abuso de autoridade, é que se dê em balizas claras, sem que desborde em antecipação de culpa de eventuais agentes.

A mídia, por sua vez, pode ser definida como um conjunto de meios e instrumentos que visam a transmissão de informações a determinados públicos alvo. Tais meios de transmissão são diversos, como televisão, rádio, internet, jornais, revistas dentre outros.

O conteúdo expressado pela mídia é uma das formas de manifestação da liberdade de expressão a qual é uma garantia constitucional que deve ser preservada, configurando o que se conhece como liberdade de imprensa a qual se refere ao direito a todos informar (CASTRO, 2014).

A professora Elizabeth Huber Moreira (2002, p. 78) investigou o papel da mídia na sociedade contemporânea e constatou que esta pode se apresentar como um poder de mobilização, persuadindo a sociedade a seguir as “regras” que ela

estabelece. Segundo a autora: “o poder de dizer o que o homem deve fazer e como deve fazer é dela [da mídia]”.

Desta forma, a mídia desenvolve o papel de informar, de noticiar aquilo que é necessário, se precavendo contra a possibilidade de eventuais riscos que possam surgir, criando assim, uma preocupação significativa no sentido de autoproteção (REIS, 2015).

A mídia, ao exercer sua influência no comportamento da sociedade, cria um poder invisível (conhecido como quarto poder) – o poder simbólico dos meios de comunicação -, fazendo com que a sociedade acredite na veracidade da “opinião pública” sem questionamentos, incorporando a forma de pensar criada pela própria mídia. Os receptores de informação por sua vez, são violentados e nem ao menos tomam conhecimento de que estão sendo atingidos por uma forma simbólica de violência.

Com o processo de globalização, após a evolução histórica da mídia, a imprensa passou a ampliar o seu espaço de difusão, alcançando um público cada vez maior e de modo cada vez mais rápido.

Na concepção de Bourdieu (2003, p. 41), vivencia-se a “Narcose de Narciso”, isto é, uma manipulação realizada por meio da mídia, ou seja, de todo o aparato de comunicação no qual estamos envolvidos. Vive-se dentro e a partir da informação trazida pela mídia e consumidas pela sociedade.

Nos últimos anos a imprensa brasileira, por meio dos seus noticiários veiculados pela televisão, mídia escrita e eletrônica, tem direcionado seus trabalhos para a divulgação de notícias que envolvam de alguma forma, a cobertura de crimes. Em busca de maior audiência, não somente o retrato dos crimes comuns interessa à mídia, mas também, e preferencialmente, os crimes “bárbaros” e “espetaculares”, que possam ser explorados de forma sensacionalista e que causem maior repulsa à sociedade. Nesta seara, aduz Rangel (2018) que a crescente visualização de episódios de violência, nas duas últimas décadas no Brasil, tem propiciado que o noticiário sobre o assunto migre dos seus tradicionais redutos editoriais e jornais especializados na divulgação de crimes, e passe a ter destaque, de maneira general, em todos os meios de comunicação.

A intensa difusão de notícias associadas ao medo e ao crime e seu tratamento prioritário por parte da mídia, acaba por banalizar o problema, fazendo com que a imprensa passe a explorar ainda mais os fatos chocantes, levando a uma proliferação da onda de terror e medo e a criação de uma “indústria”, especialmente televisiva, de combate ao crime.

Conforme preleciona Nucci (2022), a associação entre crime e violência inserida dentro desta ótica começa a não somente informar, mas a utilizar o sentimento emocional, estimulando o próprio medo e despertando um alto interesse quanto ao assunto na sociedade.

O italiano Alessandro Baratta (2002), especialista em criminologia, acrescenta que ocorreu uma mudança de paradigma do pensamento criminológico no momento em que se passou a reconhecer que a criminalidade é, também, construída pelos meios de comunicação.

Também, Nilo Batista (2003) discorre acerca do “credo criminológico da mídia” que tomou por completo o campo jornalístico no sentido de, inclusive, identificar as agências de comunicação social como agências do Sistema Penal, permitindo, por exemplo, que ocorra uma espécie de privatização do poder punitivo, possibilitando que uma manchete de jornal passe a funcionar como uma portaria instauradora de inquérito policial.

Todo esse credo criminológico da mídia está fundado na idéia de pena, a qual é vista como um “rito sagrado de solução de conflitos, não importando o fundamento que a venha legitimar, ainda que conflitantes os posicionamentos no campo acadêmico” (PASTANA, 2003, p. 26).

Dentro das editoras dos jornais, os “especialistas” em criminalidade fundamentam o que escrevem e acreditam com fundamento em uma pseudecientificidade.

Todos os espaços da sociedade passam a ser ocupado pela mídia, o que acarreta em uma clara interferência em todas as áreas, especialmente em decisões jurídicas, em virtude da audiência e da exploração da criminalidade como um produto

de venda fácil e exploração econômica colocada a disposição do grande público. De acordo com a professora Débora Regina Pastana:

A mídia desempenha um papel muito negativo na difusão do discurso e das teorias punitivas, propalando o pânico social em torno da segurança e do crime. “A mídia contribui para criar um discurso histérico, irrealista, um discurso que impede a reflexão e o debate cívico (PASTANA, 2003, p. 27)”.

No mesmo sentido, Bourdieu (2003) afirma que o medo se torna cada vez mais verdadeiro quando tem como sustentáculo afirmações de pseudo-especialistas e testemunhos dados apenas por pessoas simpáticas e que fazem o “tipo” explorado pela mídia.

Destaca Nucci (2022), que a informação assume maior ou menor importância de acordo com a forma pela qual é compreendida pela sociedade. Contudo, essa informação pode ser distorcida de acordo com os interesses dos meios de comunicação. Desse modo, as noções sobre criminalidade nem sempre correspondem à realidade, pois são, em sua maioria, influenciadas pela forma como a imprensa falada e escrita apresentam o tema.

Existe, na verdade, uma distorção na percepção da população sobre o criminoso e a criminalidade, causada, entre outros fatores, em razão do preconceito social; pela ênfase da imprensa em certos tipos de crimes de interesse jornalístico; ou, ainda, pela exploração política do tema da segurança.

O medo de ser vítima de algum ato violento, igual ao retratado na notícia divulgada pela mídia, faz com que o indivíduo transporte para a sua realidade toda a construção dos meios de comunicação quanto ao assunto. Uma notícia de um crime bárbaro passa a fazer parte do cotidiano das pessoas em razão da sua vasta difusão (PASSADORE *et al.*, 2017).

Tipos, personagens e estereótipos são criados para que o estado de anestesia seja efetivado e assim, mantenha-se um consenso em relação ao sujeito passivo e ativo do delito, em especial dos crimes contra a vida. A produção das notícias por parte da mídia é realizada por quem detém o poder e através dele a capacidade de gerar

pânico na opinião pública, em busca de interesses econômicos próprios (BONFIM, 2018).

É inegável o aspecto de influência da mídia sobre a sociedade em geral e, principalmente, sobre a opinião pública. Para muitos estudiosos, a mídia representa atualmente o quarto poder constituído - estabelecido em conjunto com o poder legislativo, executivo, e judiciário - com força suficiente para se manter por muitos anos.

A mídia não apenas exerce o quarto poder, como busca a todo custo substituir o judiciário, realizando julgamentos, condenando criminosos e muitas vezes, trabalhando com poderes de polícia (RANGEL, 2015).

Perfazendo uma viagem ao passado na história da mídia, pode-se observar que a comunicação representa uma das peculiaridades mais antigas da sociedade humana, e a mídia de massa uma das características mais atuais da sociedade moderna.

Atualmente, na era da “multimídia”, o poder da mídia é muito representativo. A mídia dominante escolhe os assuntos que passarão a ser discutidos pela sociedade, além de escolher quem deve ou não ser celebridade, influencia de forma determinante nas opiniões do povo, cria modas, suscita o consumismo, influencia na decisão de voto e interfere de forma decisiva no julgamento de crimes, principalmente os de grande repercussão social, a exemplo do julgado pelo Tribunal do Júri, órgão investido pela CRFB/1988 para conferir igualdade aos julgamentos dos crimes contra a vida (BONFIM, 2018).

Um julgamento com cobertura pela mídia pode conter vícios desde o seu início, tendo em vista o poder da mídia de penetrar em qualquer lugar, impactando fortemente a opinião das pessoas. Isto porque os homicídios são os crimes mais divulgados, o que permite uma cobertura excessivamente maior. A exploração do espetáculo por parte da mídia atrai de forma decisiva uma audiência maciça, fazendo do crime um espetáculo, e dos criminosos, verdadeiras celebridades.

Dentro dos canais de televisão – braço poderoso de divulgação da mídia – existe uma vasta gama de programas que buscam através do sensacionalismo,

promover a justiça, condenar criminosos e jogar a opinião pública contra acusados, promotores, delegados, advogados e juízes.

Reside desta condenação antecipada pelos meios de comunicação à preocupação do legislador ao proibir a antecipação de atribuição de culpa pelos meios de comunicação, crime atualmente tipificado pelo artigo 38 da Lei de Abuso de Autoridade.

4. ANTECIPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA, INCLUSIVE REDE SOCIAL, ANTES DE CONCLUÍDAS AS APURAÇÕES E FORMALIZADA A ACUSAÇÃO.

O artigo 38 da Lei de Abuso de Autoridade dispõe:

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 (BRASIL, 2019, s.p.).

Inicialmente, quando da aprovação do diploma legal, o Presidente da República vetou o artigo 38 do Projeto de Lei nº 7.596/2017, que antecedeu a LAA, com base nos seguintes fundamentos:

Apropositura legislativa 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 (HAMMERSCHMIDT, 2022, p. 345).

O veto, porém, foi rejeitado pelo Congresso Nacional e para que fique configurado o crime, Cunha e Greco (2020) ensinam que se exige da autoridade má-fé e afoiteza, atribuindo culpa antes de formalizada a acusação na petição inicial, seja numa ação penal, seja numa ação civil.

Relacionada ao tipo do artigo 38 da LAA, a persecução penal ocorre, em regra, em dois momentos. Com a prática do fato, a autoridade policial, em regra, independentemente da provocação de quem quer que seja, está obrigada, de ofício, a dar início à investigação na busca de prova de autoria e de existência do fato que caracteriza a infração para que seja formalizada a acusação. Esses atos, em regra, são praticados de forma sigilosa, para que a apuração não sofra nenhum prejuízo. É claro que atos já praticados e os fatos já apurados, salvo exceções, tornam-se públicos, mas continuam em sigilo os atos a serem praticados e os fatos ainda a serem apurados, sob pena de prejuízo para a persecução (SOUZA, 2020).

Esse sigilo não viola, de forma alguma, a garantia constitucional da publicidade, trazida no artigo 5º, inciso LX, da CRFB/1988: “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988, s.p.).

O legislador não se preocupou com esse sigilo. A sua preocupação é quanto à antecipação da atribuição de culpa antes que sejam concluídas as investigações e de fato, formalizada a acusação, o que, por este entendimento implicaria na violação do princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, s.p.).

Trata-se de texto bastante claro, sobre o qual não recai nenhuma dúvida nem possibilidade de interpretação hermenêutica diversa. O dispositivo refere-se a uma cláusula pétrea e, portanto, não é possível alterá-la por emenda pelo Congresso. No entanto, Ingo Sarlet citado por Sérgio Rodas (2019, s.p.) citou como alternativa a mudança da definição de “trânsito em julgado”, que não encontra definição na CRFB/1988, no entanto, ainda assim, entende que este seria um subterfúgio usada com a intenção de driblar a blindagem da mencionada cláusula pétrea.

Segundo Streck e Catoni (2019, s.p.) a CRFB/1988 obsta que qualquer proposta de Emenda Constitucional (EC) que objetive abolir “direitos e garantias individuais”, seja objeto de deliberação. Isto significa que, através de emendas, é possível que direitos e garantias fundamentais sejam ampliados e desdobrados, mas nunca abolidos, seja direta ou indiretamente, e, desta forma, também não podem ser

alvo de restrição, *tendo em vista que restrição é também, para fins do preceituado no artigo 60, § 4º, inciso IV da CRFB/1988, viola o princípio da proibição de retrocesso.*

A autoridade policial, o Ministério Público ou o magistrado, no âmbito de sua competência, quando responsáveis por investigações, não poderão, de forma alguma, antes de formalizada a acusação, atribuir culpa a quem quer que seja. A norma é elementar, pois todos no exercício de sua atividade investigativa devem respeito ao princípio da imparcialidade.

A leitura do tipo demonstra não ter sido criminalizada a conduta de conceder entrevistas, ou trazer a lume eventuais elementos colhidos em diligências realizadas, desde que sem atribuição de culpa a investigado. O que está criminalizado é a antecipação da atribuição de culpa.

Referente ao objeto jurídico tutelam-se as garantias constitucionais da intimidade, vida privada e honra e da presunção de inocência. Tutela-se, ainda, a Administração Pública, pois interessada na lisura da investigação (SOUZA; SILVA, 2020).

O sujeito ativo é qualquer autoridade encarregada pelas investigações, seja penal, administrativa ou civil. Já o sujeito passivo direto é a pessoa investigada e, indiretamente, o Estado.

A conduta típica reside no verbo nuclear do tipo “antecipar” a atribuição de culpa, ou seja, fazer suceder antes do tempo devido, adiantar, fazer chegar antes, agir de forma açodada. Isso ocorrendo antes do fim das investigações e formalizada a acusação.

Nesse ponto, frise-se que o fim das investigações exige o desfecho formal da apuração com o relatório pela autoridade, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Penal (CPP), com o indiciamento ou não. A formalização da acusação, por sua vez, equivale ao oferecimento da denúncia ou queixa dispensada a necessidade de recebimento.

Souza e Silva (2020) entendem que a conduta criminalizada não impede, por exemplo, que o Delegado de Polícia ou o próprio membro do Ministério Público, no caso de ser o responsável pela apuração, conceda entrevista a fim de esclarecer as

diligências efetuadas e a provável autoria estabelecida. No entendimento desses autores, isso, a toda evidência, não caracteriza atribuição antecipada de culpa e, portanto, não se subsume ao tipo. Culpa, na verdade, é algo a ser posteriormente apurado em devido processo legal, passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

O elemento subjetivo é caracterizado pelo dolo, que reside na vontade livre e consciente de antecipar a atribuição de culpa antes que sejam finalizadas as investigações e, se for o caso, formalizada a acusação. Como para todos os outros crimes desta lei, é necessária a presença do elemento subjetivo do tipo específico previsto no artigo 1º, §1º, da LAA, “finalidade de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro”, ou, ainda, “mero capricho ou satisfação pessoal” (BRASIL, 2019, s.p.).

Não caracteriza o crime o acesso de terceiras pessoas, inclusive da imprensa, a elementos dos autos ou peças nas quais a autoridade antecipa juízos negativos quanto à culpa do réu. A menos que, correndo a investigação sob sigilo, a autoridade promova o vazamento de peça com o intuito de levar ao conhecimento de terceiros argumentos que pesam em desfavor do investigado. Nesse caso, estará configurado o crime (BADARÓ; BREDA, 2020).

Vale observar que o funcionário ou editor de veículo de comunicação social que faz publicar as declarações antecipatórias de culpabilidade do investigado dadas pelo agente público não comete, evidentemente, crime algum. Isso porque a lei, como um todo, reprime a conduta abusiva da autoridade pública, e não de pessoas privadas, que apenas excepcionalmente podem figurar como partícipes do crime. No caso dos editores, jornalistas, ou agentes de comunicação em geral, a criminalização encontra óbice no livre exercício da liberdade de informação, tutelada constitucionalmente (MARQUES; SILVA, 2022). A mera conduta de emitir opinião desfavorável à situação do investigado, perante terceiros, não envolvidos de alguma forma com a investigação, já configura o crime, não exigindo o tipo que a comunicação alcance maior número de pessoas.

O tipo não distingue a forma de comunicação, mencionando a rede social apenas como exemplo. A conduta típica pode ser praticada por qualquer meio de

comunicação, verbal ou escrito, por carta, telefone, telégrafo, e-mail, enfim, por qualquer meio de comunicação (BADARÓ; BREDÁ, 2020).

4.1. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 38 DA LAA.

O presente artigo é objeto da ADI n. 6.238, entretanto segundo os doutrinadores Lenio Luiz Streck e Pietro Cardia Lorenzoni *in* Comentários à nova Lei do Abuso de Autoridade: artigo por artigo. São Paulo: Ed. Tirant lo Blanch, 2020, os questionamentos acerca da constitucionalidade da lei de abuso de autoridade giram em torno de três grandes temas: *“1) os conceitos indeterminados presentes nas disposições normativas são inconstitucionais por violarem a legalidade penal e possibilitarem abuso; 2) eles violam o princípio da proporcionalidade; 3) eles caracterizam a criminalização da hermenêutica”*

Quando se trata do art. 38 da Lei n. 13.869/2019, temos que impera a indeterminação dos dispositivos.

No entendimento de Pereira e Lima (2023), o teor do artigo 38 da LAA merece diversas críticas. Tal como se encontra posto, parece ser meio inadequado e ineficiente para proteger os direitos fundamentais dos investigados, além de ao mesmo tempo, implicar em ameaça ao direito à publicidade dos atos de iniciativa do poder público e ao direito da coletividade à informação veraz.

Não obstante outras autoridades também possam ser autoras do crime previsto no artigo 38 da LAA, podendo figurar como sujeito ativo inclusive o particular, quando em coautoria com o agente responsável pelas investigações, o foco desse artigo serão os procedimentos presididos pelo Ministério Público.

O artigo 38 da LAA veda a antecipação de atribuição de culpa antes da conclusão das investigações e de que fosse formalizada a acusação. O vício segundo pontuam Pereira e Lima (2023) é de constitucionalidade e legalidade, porém a essência é a de autoritarismo e de seletividade.

Foi acertada a decisão do legislador ao preocupar-se com esta relevante temática, porém muito mal quando optou pela descrição do tipo utilizada. Isto porque a redação do tipo penal deixou de levar em conta o direito constitucional à publicidade dos atos praticados pelo Ministério Público e à informação verídica, algo que não pode ser aceito em tempos de disseminação desordenada de *fake news*. Outrossim, ignora as diversas técnicas investigativas empregadas, além de condicionar a publicidade a certos requisitos cumulativos temporais, devendo, então, ser concluídas as investigações, além de formalizada a acusação, que na maioria das vezes, sequer existirá.

A redação dada ao artigo 38 da LAA nada mais fez do que instaurar procedimentos investigativos injustificadamente secretos. Não majorou a proteção constitucional conferida aos direitos fundamentais dos investigados e, ao impedir o diálogo entre o Ministério Público e a sociedade, torna mais difícil o exercício da função do Promotor de Justiça de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses individuais indisponíveis da sociedade.

O cerne do tipo penal é a antecipação da atribuição de culpa pelos agentes responsáveis pela investigação, antes que as apurações sejam finalizadas e então, se dê, caso pertinente, a formalização da acusação. O que se percebe da leitura deste tipo penal é que o legislador pressupõe a existência de um aspecto temporal, que é a atribuição de culpa divulgada pelos meios de comunicação, possa ocorrer após concluída a etapa de investigação e então, seja formalizada a acusação (PEREIRA; LIMA, 2023).

Ocorre que procedimentos administrativos investigativos, sejam eles civis ou penais, não são finalizados necessariamente com a formalização de uma acusação. Ademais, a finalização de um procedimento não constitui um marco inexorável de conclusão das apurações. O legislador mostrou desconhecimento a respeito da dinâmica dos procedimentos cotidianos desempenhados pelos Promotores de Justiça.

Em geral, inquéritos de natureza civis e procedimentos investigatórios penais e administrativos, estão em constante movimento. Para além da formalização de acusações, possibilitam, quando não objetivam, negociações, a exemplo dos acordos

de não persecução penal, não persecução cível, recomendações ministeriais, termos de ajustamento de conduta (TAC) ou os recorrentes acordos de colaboração premiada.

Importa destacar, ainda, que a formação de culpa não é algo que não guarde nenhuma relação com a conclusão das investigações ou mesmo com a fomalização da acusação, o que faz com que se mostre absolutamente inadequada a redação conferida ao artigo 38 da LAA.

Entender de forma contrária implicaria em defender a tese de que o Ministério Público, por receio de antecipar a culpa do agente, deverá manter-se silente durante a instrução, por exemplo, de um procedimento investigativo sobre uma catástrofe ambiental ou atos manifestamente antidemocráticos. Isso faria com que o constitucional inquérito civil público fosse rebaixado a mero procedimento investigativo secreto.

E pior, a atividade ínsita ao Promotor de Justiça restaria acobertada por um segredo vedado pela CRFB/1988, perdendo em publicidade, transparência e no dever de fiscalização. Ademais, se o próprio agente que preside a investigação não puder ter acesso, dialogar com a população e prestar-lhe a informação tecnicamente adequada, é possível que divulgação de *fake news* seja incentivada (PEREIRA; LIMA, 2023).

Para coibir os excessos às vezes cometidos na divulgação de notícias, não tem serventia o artigo 38 da LAA. Ao que parece, a ele subjaz o intuito de obstar o diálogo do Ministério Público com a sociedade. Não existe na legislação um momento em que seja autorizada ou proibida a divulgação de informação jurídica adequada tecnicamente.

Resguardados aqueles casos que correm em segredo de justiça, assiste ao cidadão o direito de ter acesso a informações, principalmente às informações fornecidas por quem preside as investigações, sobre determinado inquérito civil ou administrativo. Entendendo-se que a prestação destas informações, não pode ser considerada como crime ou mesmo como antecipação da atribuição de culpa, é que tem sido questionada a constitucionalidade do artigo 38 da LAA pela Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6238/DF.

A fundamentação da ADI nº 6238 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) é a de que a LAA poderá mitigar a atuação das autoridades responsáveis pelas investigações, cujas competências incluem o combate a corrupção e a defesa de valores fundamentais à coletividade, causando graves violações à independência do Judiciário, assegurada pelo artigo 95, incisos I, II e III; e artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988; ao regime democrático, resguardado pelo artigo 1º, inciso V, da CRFB/1988; e aos princípios da harmonia e da interdependência dos Poderes, garantido pelo artigo 2º, da CRFB/1988.

Extraí-se da leitura desta ADI, que a aparente abertura semântica do tipo penal previsto no artigo 38 da LAA, cujo desdobramento é a criminalização de funções inerentes às autoridades públicas é um dos mais importantes argumentos empregados pela CONAMP para pedir para que seja reconhecida a inconstitucionalidade da nova LAA pela ADI nº 6238/DF pugna pela autonomia e independência dos promotores e magistrados.

Para a CONAMP, como já destacado, o artigo 38 da LAA macula princípios do serviço público, como o princípio da eficiência, moralidade, legalidade e, principalmente o princípio da publicidade, além de macular os princípios da isonomia, da liberdade de expressão, razoabilidade, além do princípio da separação dos poderes.

Adicionalmente, o artigo 38 da LAA também implicaria em ofensa ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos, com previsão no artigo 5º, inciso XXXIX da CRFB/1988, que traz descritos tipos penais abertos, impossibilitando a integração pelo julgador, que feririam o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/1988 e o princípio penal da intervenção mínima, aplicado aos crimes de mínima potencialidade ofensiva.

O subjetivismo do artigo 38 da nova LAA resta evidente, pois mesmo que para ser aplicado exija a especial finalidade de agir na conduta de autoridades públicas, deixa clara a intenção do legislador de criar um instrumento para reprimir a atuação das autoridades públicas às quais cabe o dever de investigação.

Destaque-se que não se está aqui a defender que os abusos cometidos pelos agentes públicos não devem ser proibidos e punidos, no entanto entende-se que não

se pode admitir que seja criada uma ameaça de punição simbólica com o intuito de fazer com que a atuação desses agentes públicos seja comedida com relação aos indivíduos que estão investigando, mesmo porque, muitas vezes, tornar público uma determinada investigação, ajuda a esclarecê-la.

Do exposto depreende-se que o artigo 38 da nova LAA é um tipo penal aberto e genérico, o que implica em ameaça à atuação dos agentes públicos aos quais compete o dever de investigação, tornando frágeis os órgãos do Sistema de Justiça aos quais estes profissionais estão filiados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Registre-se que o escopo do Direito é a proteção dos interesses dos homens, os quais têm preexistência à própria intervenção das normas legais. De fato, o homem precisa ser a fonte irradiante que confere legitimidade e produção à ordem legal dos bens jurídicos. Daí o interessante apontamento advindo da doutrina de que os bens mais caros e relevantes da coletividade se transmudam e se concretizam em bens jurídicos que recebem a tutela penal irradiada da ordenação axiológica jurídico-constitucional.

A CRFB/1988, à similitude de outras Cartas instituidoras de Estados democráticos sociais e de direito, instituiu mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Embora a segurança da coletividade esteja inserida como garantia fundamental do homem individual e coletivamente considerado (artigo 5º da CRFB/1988) tendo o Estado este dever prestacional perante brasileiros e estrangeiros que aqui residem não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana constitui uma das pilstras da própria República Federativa do Brasil. Aliás, a inserção do aludido princípio como fundamento do Estado brasileiro, objetivou dentre outras coisas, atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais.

O artigo 38 da LAA coage ao silêncio o agente político a quem cabe presidir a investigação; relega assuntos públicos ao segredo. O marcos definidos pelo legislador

não são compatíveis com os trâmites dos procedimentos investigativos e redação adotada não se mostra capaz de proteger o direito do investigado à presunção de unicência. Em razão de seus termos equivocados e suas imprecisões técnicas, dificilmente, na prática, o tipo penal será empregado.

Por todo o exposto depreende-se que a Lei nº 13.869/2019 por si só trouxe avanços na tipificação dos delitos de abuso de autoridade, o que se percebe pelo fato deste diploma legal prever o controle sobre a atividade dos agentes públicos investigativos a fim de que estes não extrapolem as suas funções e de maneira a fazer com que a democracia assegure maior proteção aos cidadãos contra os arbítrios do Estado.

Com esta legislação não se observa real prejuízo às atividades da administração pública, por não enfraquecer a atuação das autoridades investigativas cujas competências envolvem o enfrentamento à corrupção e a defesa de valores fundamentais e caros à coletividade. No entanto, no que diz respeito especificamente ao artigo 38 da LAA, entende-se que este padece de inconstitucionalidade tendo em vista o subjetivismo da aplicação deste tipo penal que torna possível que se instale o autoritarismo e o excesso de controle sobre a atividade de determinados agentes públicos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo; BREDAS, Juliano. **Comentários à Lei de Abuso de Autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de Setembro de 2019**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan 2002.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 245-270, jan./mar., 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **No Tribunal do júri: crimes emblemáticos, grandes julgamentos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 outubro 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019**. 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). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em: 5 outubro 2023.

CASTRO, Daniel de Sá. **A influência da mídia nas decisões dos jurados do tribunal do júri**. 2014. 47 f. monografia (bacharelado em direito) – faculdade de Pará de Minas, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2016: comentada artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERNANDES NETO, Raimundo Augusto. A Gravidade da Conduta no Abuso de Poder: A busca da integridade hermenêutica como garantia contra a arbitrariedade. **Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 9, n. 15/16, 2017.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Comentários às Leis Penais e Processuais Penais**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MARQUES, Gabriela; SILVA, Ivan. **Abuso de Autoridade**: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/abuso-de-autoridade-lei-13869-2019-comentada-artigo-por-artigo/1540359130>. Acesso em: 5 outubro 2023.

MOREIRA, Elizabeth Huber. **A mídia e o exercício do poder na atualidade**. Santa Cruz do Sul, RG: EDUNISC. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 9. ed. Rio de Janeiro: Foense, 2022.

PASSADORE, Bruno de Almeida; CAMELO, Fabíola Parreira; RASKIN, Paula Grein Del Santoro; SILVA, Ricardo Menezes da. **Defensoria Pública**: estudos sobre atuação e função. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo, reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Victor Hugo Rena; LIMA, Felipe Carvalho de Oliveira. A criação do inquérito civil secreto: Art. 38 da Lei 13.869/2019. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.9, n.6, p. 20110-20125, jun., 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6a ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

REIS, Wanderlei José dos. **Tribunal do Júri**: Implicações da Lei 11.689/08. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

RODAS, Sérgio. Prisão após 2º grau só poderia ser permitida com nova Constituição, dizem professores. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-09/prisao-grau-permitida-constituicao>. Acesso em: 5 outubro 2023.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Curitiba: Juruá, 2020.

STRECK, Lênio Luís; CATTONI, Marcelo. PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>. Acesso em: 5 outubro 2023.