



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP), entidade de classe de âmbito nacional, com sede no Setor Hoteleiro Sul, Quadra 6, Conjunto A, Complexo Brasil XXI, Bloco A, Salas 305/306, em Brasília, Distrito Federal (**docs. 01 e 02**), **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT)**, entidade de classe de âmbito nacional, devidamente inscrita no CNPJ 03.495.090/0001-27, com sede no Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco S, Salas 1103 a 1108, em Brasília, Distrito Federal (**docs. 03 e 04**) e **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR)**, entidade de classe de âmbito nacional, devidamente inscrita no CNPJ 00.392.696/0001-49, sediada no SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C, Bloco B, Salas 113/114, em Brasília, Distrito Federal (**docs. 05 e 06**), por seus procuradores (**doc. 07, 08 e 09**), com fundamento no Art. 103, IX, da Constituição Federal, vêm, perante esse colendo Supremo Tribunal Federal, propor

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

dos artigos 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Essa Lei 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)” (**doc. 10**), pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

AM



1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DAS PROPONENTES: PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) é uma entidade de classe de âmbito nacional, “*integrada pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, as prerrogativas, os direitos e os interesses, diretos e indiretos, da Instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado Democrático de Direito*”, na clara dicção do Art. 1º do Estatuto, devidamente registrado.

A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) também é uma entidade de classe de âmbito nacional, que “*congrega os membros do Ministério Público do Trabalho*”, como posto no Art. 1º do seu Estatuto, devidamente registrado.

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), de igual forma, é uma entidade de classe de âmbito nacional, que “*congrega os membros do Ministério Público Federal*”, na dicção do Art. 1º do seu Estatuto, devidamente registrado.

Essa colenda Suprema Corte já reconheceu, por diversas vezes, a legitimidade ativa da CONAMP e das demais associações autoras para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, como entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103, IX, da Constituição da República¹.

¹“Essa colenda Suprema Corte já reconheceu, por diversas vezes, a legitimidade ativa da CONAMP, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, como entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103, IX, da Constituição da República. Rejeito as preliminares suscitadas pela Assembleia Legislativa da Bahia e reconheço a legitimidade ad causam da Autora, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e a pertinência temática entre o objeto desta ação e os objetivos institucionais da Associação, como assentado, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, de minha relatoria: “Art. 2º - São finalidades da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP: I – defender os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público da União, dos Estados, ativos e inativos. II – defender o fortalecimento do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; III – defender os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para seu exercício”. (fl.9). Ao assentar a legitimidade das associações para a o ajuizamento de ação de controle concentrado, este Supremo Tribunal Federal tem cotejado as normas do estatuto constitutivo com o impacto e as consequências jurídicas que as normas impugnadas causam nos direitos dos respectivos associados (ADI 4.441-AgR/SE, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJ 7.10.2014; ADI 4.400/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 3.10.2013; ADI 3.413/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 1o.8.2011; ADI 3.288/MG, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.2.2011, entre outras).



Dentre as finalidades da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), está a de “*defender os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos*” e o de “*defender os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para o seu exercício*”, postas no art. 2º, incisos I e III, do Estatuto.

Da mesma forma, são finalidades da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho “*defender os direitos, garantias, prerrogativas, interesses e reivindicações dos associados, defender os princípios e garantias do Ministério Público, sua independência e autonomias, funcional e administrativa, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para o exercício destas; e concorrer para o fortalecimento do Ministério Público*”, segundo o artigo 2º, incisos II, III e IV, do seu estatuto social.

Por sua vez, a Associação Nacional dos Procuradores da República possui dentre suas finalidades, prevista no artigo 3º do seu Estatuto, especificamente nos incisos I, II e III, “*velar pelo prestígio, direitos e prerrogativas da classe, propugnar pelo interesse de seus sócios, mediante adoção de medidas que incentivem o bom desempenho das funções e cargos do Ministério Público Federal e colaborar com o Estado no estudo e na solução das questões relativas ao exercício das funções atribuídas aos Procuradores da República, bem como definição, estruturação e disciplinar da respectiva carreira*”.

Os artigos impugnados violam o **artigo 37, caput, o artigo 127, § 1º e § 2º e artigo 129, todos da Constituição Federal**, pois as normas questionadas, amplas e subjetivas, subvertem a finalidade dos instrumentos de investigação prévia necessários ao Estado Democrático de Direito em consonância com os instrumentos internacionais e convencionais de combate ao Crime Organizado e Contra à Corrupção. Além disso, os dispositivos legais em questão contrariam as normas Convencionais de Mérida e de Palermo, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, consideradas supralegais no sistema jurídico interno nacional.

Os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade criminalizam membros do



Ministério Público por sua atuação funcional, ferindo a independência e autonomia de Promotores e Procuradores de Justiça e do Ministério Público da União, além de atingir princípios do serviço público, como os da eficiência, publicidade, moralidade e legalidade. Há, também, ofensa ao **artigo 5º, XXXIX, CF** (Taxatividade – A lei penal deve ser taxativa, isto é, precisa e completa, delimitando expressamente a conduta incriminadora) e **artigo 220** (liberdade de expressão). Por fim, há clara afronta aos **princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia**.

É evidente, portanto, a pertinência temática entre os objetivos das Associações proponentes desta ação direta de inconstitucionalidade e os efeitos das normas legais, ora questionadas.

Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa das Associações proponentes.

2. DO TEOR DAS NORMAS IMPUGNADAS

Eis os artigos da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, cujo teor a Associação proponente desta ação quer ver declarada a inconstitucionalidade:

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

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

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

Art. 27 - Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

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

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.



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

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

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

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

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

Art. 32 - Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 33 - Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresso amparo legal:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido

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

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

Art. 43 - A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do



seguinte art. 7º-B:

‘Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.’

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS DISPOSITIVOS LEGAIS²

Recentemente, o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 13.869/2019, a qual “define os crimes de abuso de autoridade cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído”; apesar dos diversos vetos colocados em face do projeto de lei inicialmente aprovado, o Parlamento brasileiro acabou por não manter grande parte das objeções opostas pelo Presidente da República e aprovou a lei em questão, a partir do que permaneceram *criminalizados* diversos comportamentos relacionados ao exercício da atividade-fim de órgãos públicos, alguns, inclusive, com funções constitucionais de soberania, contexto no qual o Ministério Público brasileiro foi gravemente atingido; não bastasse isso, os tipos penais criados pela Lei n.º 13.869/2019 são extremamente vagos, imprecisos, indeterminados e abertos, possibilitando as mais diversas interpretações do que, ao final, constituiria crime de abuso de autoridade.

Talvez, não se tenha visto tentativa mais ousada de ataque às instituições democráticas e retaliação ao trabalho de combate à corrupção realizado pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário. Em síntese, a Lei n.º 13.869/2019 busca *criminalizar* a atuação de agentes públicos, os quais, dentre outras funções atingidas pela lei, são responsáveis pela realização da atividade de persecução penal; pela lei, notadamente, em razão da *abertura e subjetividade* dos tipos penais instituídos, é possível que Policiais respondam criminalmente por inquirir e *prender em flagrante*, que Promotores sejam julgados por investigar, processar e requerer

² Neste ponto, importantes reflexões podem ser extraídas dos textos de André de Azevedo Coelho em seus artigos: Perfil constitucional do Ministério Público e reflexos no tratamento jurídico dispensado à instituição pelo novo Código de Processo Civil. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp. 185-207; e as autonomias financeira e orçamentária do Ministério Público como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988. In: *O Ministério Público e os 30 anos da Constituição Federal*. Ministério Público (org.). Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2018, pp. 13-32.



providências judiciais e que Juízes sejam processados pelo exercício regular de sua prestação jurisdicional, como no caso de proferimento de decisões que decretem prisões que sejam posteriormente reformadas.

Para se ter a exata compreensão do que está a ocorrer, poder-se-ia, em analogia, dizer que o mesmo aconteceria, se, por exemplo, fosse criminalizada a atividade parlamentar de legislar; imagine-se a seguinte tipificação penal: “aprovar lei em manifesta violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal”; nesse caso, teria o congressista cometido crime de abuso de autoridade ou, ainda, poder-se-ia, também, pensar na hipótese de que o ilícito penal restaria caracterizado quando fosse executada pelo Chefe do Poder Executivo uma política pública *em manifesta desconformidade com as hipóteses legais*.

Não há exagero em se afirmar que a lei, como um todo, padece de vício por **desvio de finalidade**³; foi buscada, com a sua aprovação, uma clara **retaliação a agentes públicos e engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção** e não, como deveria ser por imperativo constitucional, o alcance do bem comum e do interesse público.

Feitas essas breves considerações preliminares, passamos, agora, a indicar os motivos pelos quais a lei padece do vício da inconstitucionalidade material. Contudo, limitar-nos-emos a tecer considerações gerais aplicáveis a grande parte dos artigos da Lei n.º 13.869/2019, uma vez que, em síntese, a grande maioria dos tipos penais estabelecidos pela lei em questão encontram pontos comuns no que se refere à violação das normativas constitucionais; aos argumentos de cunho jurídico-substancial, portanto.

3.1. Da ofensa à separação dos poderes (artigo 60, § 4º, III, CF)

Inicialmente, é de ser destacado que boa parte dos crimes definidos pela Lei n.º

³ De se destacar que a doutrina reconhece a possibilidade de caracterização de inconstitucionalidade, em razão da ocorrência de desvio de finalidade da atividade legiferante. Pedro Lenza, por exemplo, define o “vício de decoro parlamentar” como uma espécie de inconstitucionalidade, a qual decorre do “abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional”, âmbito no qual, evidentemente, o desvio de finalidade de uma lei se enquadra. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, págs. 290-291.



13.869/2019 estão caracterizados a partir da prática de atividades-fim de órgãos encarregados de persecução penal estatal, notadamente, do Ministério Público e do Poder Judiciário, o que implica a inconstitucionalidade dos dispositivos, em razão de criarem freios inibitórios e sérios constrangimentos a quem, por exigência constitucional, está incumbido de realizar determinadas atividades estatais, notadamente, julgar, garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, investigar, processar criminalmente, dentre outras várias.

Entrementes, em síntese, caracterizada está a inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição da República impõe determinadas obrigações a esses órgãos estatais e, conseqüentemente, aos membros dessas instituições são outorgadas competências e atribuições. Contudo, de outro lado, a lei, na contramão dos mandamentos constitucionais, coloca graves obstáculos para que esses deveres e funções sejam adequadamente exercidos.

Além disso, há inconstitucionalidade, também, por violação de cláusula pétrea da Constituição Federal, qual seja o princípio fundamental da separação dos poderes de Estado (**artigo 60, § 4º, III, CF**), pois, o legislador, usando-se de sua atividade, buscou comprometer as funções de soberania de outros órgãos de Estado, impedindo seu correto e eficaz exercício, o que implica invasão indevida de um “poder” nas esferas de competência constitucionalmente outorgadas a outros “poderes” ou órgãos.

Importante reforçar, na sequência, que o Ministério Público, por caracterizar-se constitucionalmente como órgão estatal autônomo, está protegido pelo princípio da separação dos poderes, notadamente, no que se refere à tutela que esse princípio fundamental e cláusula pétrea da Constituição Federal estabelece aos “poderes” contra possíveis interferências e hipertrofias de outros.

O constituinte brasileiro de 1988 adotou o modelo de Estado de Direito, dividindo as funções típicas de Estado entre órgãos de soberania, no intuito de otimizar as atividades e limitar o poder político. Demarcada, assim, uma função de soberania, remete-se, automaticamente, a prerrogativa de seu exercício para o Estado; em um segundo momento, deve-se identificar à qual órgão estatal com parcela de soberania essa função foi entregue. O fato é que, tendo o constituinte originário alcançado uma função típica de Estado a determinado



ente estatal essa moldura permanece definitivamente estabilizada e integra o princípio da separação dos poderes.

O Ministério Público, por possuir autonomias constitucionais, independência, funções de soberania ⁴ e aos seus membros serem atribuídas prerrogativas constitucionais, integra o princípio da separação dos poderes e, com efeito, sua estrutura e funções típicas constitucionalmente definidas não podem ser atingidas por lei ou, inclusive, por emenda constitucional.

Em outras palavras, viola a cláusula pétrea da separação dos poderes lei ou emenda constitucional que retire do Poder Legislativo o poder de legislar, do Executivo o poder de administrar, do Judiciário o poder de julgar e do Ministério Público o poder de exercer a persecução penal e outras atribuições de soberania que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal ⁵. Funções de soberania foram entregues pelo Poder Constituinte originário a órgão com parcela de poder estatal, no caso, o Ministério Público; essa entrega é definitiva, está coberta pelo manto protetor do princípio da separação dos poderes, o qual se constitui em uma cláusula pétrea.

Repisa-se que dentre as funções típicas de Estado está a persecução penal; em Juízo, é o Estado – Ministério Público – quem detém a legitimidade para dar início às ações penais.

3.2. Da ofensa à reserva legal taxativa e proporcional (art. 5º, XXXIX, CF)

Ao lado disso, a inconstitucionalidade material dos dispositivos da Lei nº 13.869/2019 ora questionados patenteia-se em razão da vagueza, indeterminação,

⁴ Sobre o tema: COELHO, André de Azevedo. Perfil constitucional do Ministério Público e reflexos no tratamento jurídico dispensado à instituição pelo novo Código de Processo Civil. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*, págs. 185-207. Organização de Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁵ Veja-se que, a instauração e processamento de Inquérito Civil, mecanismo entregue privativamente ao Ministério Público pela Constituição Federal, bem como o ajuizamento de ações civis públicas (para a aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa, promoção de direitos, dentre outros) estão seriamente atingidos e comprometidos pela lei em questão.



plurissignificados e subjetividade de vários tipos penais instituídos.

A natureza restritiva das leis penais a âmbitos evidentemente protegidos pela Constituição, notadamente, por disposições de direitos fundamentais, é inegável.; ou seja, a lei penal acaba por atingir comportamentos *prima facie* tutelados pelas normativas jusfundamentais ou afeta desvantajosamente outros interesses constitucionalmente tutelados, a partir do que ficam caracterizadas como leis restritivas aos direitos fundamentais ou a outros bens e interesses constitucionais. Dessa constatação, surgem duas conclusões imediatas: a lei penal é objeto de controle de constitucionalidade; a lei penal, para passar no crivo de constitucionalidade, deve observar os limites aos limites dos direitos fundamentais.

Essas figuras jurídicas – limites aos limites – possuem gênese germânica e são amplamente aceitas pela doutrina e jurisprudência brasileiras como barreiras às possibilidades de o Estado, especialmente, o legislador, restringir os direitos fundamentais ou afetar desvantajosamente outros interesse ou bens constitucionalmente tutelados; Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, define que “os limites aos limites dos direitos fundamentais, portanto, funcionam como verdadeiras barreiras à restringibilidade destes direitos”.⁶

Dentre os limites aos limites, encontram-se, então, algumas exigências jurídico-constitucionais que o legislador deve observar ao produzir uma lei restritiva, dentre os quais, de se destacar: o princípio da reserva de lei e o princípio da proporcionalidade em sua face de proibição do excesso, os quais são pacificamente reconhecidos como limites aos limites dos direitos fundamentais⁷: “Assim, basicamente, a ideia-chave é a de que no domínio dos direitos fundamentais e, por maioria de razão, no que se refere às restrições que os afetem, o princípio da reserva de lei cobra plena e integral aplicação”⁸.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pág. 398.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, págs. 727-820. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, a partir do título original: *Grundrechte: Staatsrecht II*, 23, 2007. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, págs. 81-92. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso*, págs. 398 - 409.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 824.



Pelo princípio da reserva de lei, uma lei restritiva a direitos fundamentais ou a outros bens e interesses constitucionalmente tutelados, apenas, podem ser materializados por lei ou com base na lei; além disso, esse princípio resta complementado pela exigência de clareza e determinação da lei restritiva; com efeito, “a restrição legislativa a direitos fundamentais, por imperativo lógico, somente é tida como válida, é dizer, constitucionalmente adequada, se e quando produzida norma clara, determinada, geral e abstrata”⁹.

Jorge Reis Novais, em notável obra acerca das restrições aos direitos fundamentais, indica a possibilidade de “que o legislador, com uma lei habilitante insuficientemente densa, subverte os ditames da separação e interdependência dos poderes – já que só com leis suficientemente claras e determinadas se garante que é o próprio legislador que toma as decisões essenciais”; além disso, só com a devida clareza e determinação normativa, são respeitadas “as exigências de segurança jurídica própria de Estado de Direito, bem como o direito à tutela judicial efectiva do direito fundamental afectado, uma vez que da densidade normativa da regulação legal depende também, em alguma medida, a adequação funcional da intensidade variável do controlo judicial da actividade administrativa”¹⁰.

Entrementes, há inconstitucionalidade quando uma lei restritiva não observa o princípio da reserva de lei certa, precisa e determinada, uma vez que, nessas situações, a lei sem a devida densidade normativa acaba por possibilitar *qualquer* intervenção restritiva nos direitos fundamentais ou interesses constitucionais afetados desvantajosamente, ou seja, permite que *tudo se faça* com base na lei; os tipos penais instituídos pela Lei nº 13.869/2019 são extremamente vagos e imprecisos, a partir do que permitem o enquadramento de *indeterminadas condutas* dos agentes públicos no seu âmbito de incidência, o que, como dito, põe em causa o princípio da reserva de lei.

Referido limite ao limite é tão sério e consistente que, quando se tratar de lei restritiva de natureza penal, o legislador constituinte foi ainda mais claro e teve a preocupação de expressamente definir o princípio da reserva de lei como uma exigência a ser observada por

⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*, pág. 189.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 842-843.



normas de natureza penal (**art. 5º, XXXIX, CF**).

Neste sentido, entende-se que a adoção de redação generalista da lei ora confrontada é circunstância que, flagrantemente, viola inúmeros princípios constitucionais, em especial o princípio da reserva legal (na forma da taxatividade), insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e que pressupõe a definição precisa de todos os elementos integrativos da conduta incriminada.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei que o defina. Consequentemente, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas minuciosamente de maneira a evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma.

A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, pena de ambiguidade, que gerará dúvidas na sua aplicação e, também, se pode afirmar, benefício àquele que a infringe –entre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado invocará aquela que mais lhe beneficia acrescida da presunção de inocência, o que dificultaria a aplicação da norma. De outro ângulo, a violação da taxatividade, a exemplo daquilo duramente vivenciado na vigência da revogada Lei de Segurança Nacional, abre largo espaço para injustiças e perseguições.

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é crime ou não é; e, consequentemente, permitem persecuções indevidas.

No que concerne ainda ao princípio da taxatividade, é de se observar que tramita nesse Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.º 1093335, que tem por objeto a discussão da constitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 233 do Código Penal (atos obscenos), tendo sido reconhecida a repercussão geral da matéria nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDICA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO



*GERAL DA MATÉRIA. Manifestação: Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão prolatado pela Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: **APELAÇÃO CRIMINAL. TIPO PENAL QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. (ART. 5º, XXXIX, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, por traduzir violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF). Ausência de determinação do elemento ato obsceno, em tipo penal que, por excessivamente aberto, importa em ofensa à taxatividade. 2. Hipótese em que era perfeitamente possível ao legislador alcançar um grau maior de determinação das condutas que podem ser tidas por obscenas, tarefa que, sem que isso importe em flagrante violação à taxatividade, não pode ser transferida ao Judiciário, que estaria a avançar, indubitavelmente, na seara legislativa. 3. Coordenadas do caso concreto onde não se faz presente o dolo, ou seja, a intenção de ferir o recato ou a moralidade das pessoas. RECURSO PROVIDO (...)**". (STF, RE 1.093.553 RG / RS – RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 29/03/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno – meio eletrônico).*

O *princípio da taxatividade*, segundo Márcio Widál¹¹, “está *implícito* no princípio da reserva legal e, por consequência, no princípio da legalidade. A taxatividade exige que a lei penal seja, entre outras características, taxativa (certa). Isso significa que a lei penal deve trazer descrição *pormenorizada* de seus elementos essenciais e circunstanciais para que se permita a proibição *inquestionável* de determinada conduta. O princípio da taxatividade *impede* que a lei penal seja *ambígua* ou apresente descrição *imprecisa* ou *vaga*, situações que podem favorecer *interpretações arbitrárias* da lei penal. A taxatividade da lei penal garante a segurança jurídica, pois espanca qualquer dúvida em relação às condutas que podem ou não ser praticadas. São estas as premissas necessárias para iniciar o estudo completo dos princípios da legalidade, reserva legal, anterioridade e da taxatividade”.

Já Claus Roxin¹² assim se manifesta sobre o supracitado princípio:

“Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius*

¹¹ Artigo publicado na internet <https://marciowidal.wordpress.com/2013/03/02/descomplicando-principios-da-legalidade-reserva-legal-anterioridade-e-taxatividade/>

¹² ROXIN, Claus, Derecho Penal, p.169.



punidiendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”

Em suma, a lei penal deve ser taxativa, isto é, precisa e completa, estabelecendo de forma expressa e clara a conduta típica. Se assim não for, viola o princípio da taxatividade, que decorre do princípio da reserva legal, estabelecido expressamente na Constituição Federal, sendo, devendo, em razão disso, ser declarada inconstitucional.

De outro lado, o princípio da reserva de lei foi evoluindo e, contemporaneamente, fala-se na **reserva de lei proporcional** como limite aos limites dos direitos fundamentais¹³; assim, em acréscimo, a lei restritiva deve ser proporcional, o que deve ser aquilatado com base em testes sucessivos que integram a proibição do excesso em sentido amplo, quais sejam as exigência de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, em sua face da proibição do excesso, é, talvez, o limite aos limites de maior destaque, importância e consistência enquanto norma de controle¹⁴ das leis restritivas; sua aplicação é amplamente reconhecida no âmbito da doutrina constitucional brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

No que se refere à idoneidade, não há objetivo constitucionalmente legítimo perseguido pelo legislador com a edição da Lei nº 13.869/2019, pois, de fato, não está em causa a tutela do interesse constitucional a uma *boa administração* ou a preservação do interesse público; se é verdade que a punição penal de agentes públicos que utilizem suas funções para fins outros é questão de ordem pública e enorme interesse social, a lei em questão, inegavelmente, não busca essa finalidade, mas, sim, visa impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira *vingança privada* àqueles que, de

¹³ PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, 79-80.

¹⁴ Sobre o tema: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.



alguma forma, se sentirem *incomodados* pela atuação dos órgãos de persecução penal.

Por sua vez, a Lei nº 13.869/2019, também, não passa no teste de necessidade ou indispensabilidade dos meios, uma vez que existem outras medidas menos restritivas e mais eficazes do que a lei penal, as quais atingiriam com igual ou maior idoneidade a finalidade supostamente buscada pelo legislador e, de outro lado, restringiriam em menor escala os direitos fundamentais e interesses constitucionais afetados desvantajosamente pela Lei nº 13.869/2019, como, por exemplo, o fortalecimento das Corregedorias.

De resto, não há, também, observância ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; em uma ponderação racionalmente orientada; é claramente a demonstração de que a intensidade de restrição oposta pela Lei nº 13.869/2019 aos direitos fundamentais e interesses constitucionais atingidos não justifica a importância de satisfação das finalidades supostamente buscadas pelo legislador. Leciona o professor Douglas Fischer, que é, também, membro do Ministério Público Federal, discorrendo a respeito do princípio da proporcionalidade¹⁵:

“O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral”.

¹⁵ FISCHER, Douglas. “O que é Garantismo Penal Integral?”. Disponível em <https://www.metajus.com.br>. Ver também, do mesmo autor, em parceria com Bruno Calabrich e Eduardo Pelella: “Garantismo Penal Integral”, 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podium, 2013.



O Supremo Tribunal Federal tem chamado atenção para a necessária coexistência de duas faces do princípio da proporcionalidade, a proibição do excesso e a proibição da proteção penal deficiente:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)”¹⁶.

Nessa perspectiva, é imperioso concluir que os dispositivos da Lei nº 13.869/2019 aqui questionados desrespeitam o princípio da proporcionalidade, a um só tempo, em sua face de proibição do excesso, como também, de proibição da proteção deficiente, pois, se de um lado é excessivo ao levar à criminalização da atividade-fim do Ministério Público, de outro, deixa desprotegida a sociedade brasileira, que necessita de uma atuação independente e eficiente dessa Instituição encarregada da defesa dos bens jurídico-penais.

3.3. Da ofensa aos dispositivos constitucionais relativos ao Ministério Público brasileiro

Não é demasiado afirmar que o cuidado dispensado ao Ministério Público pelo constituinte brasileiro de 1988 e a relevância das funções que foram entregues à Instituição não encontram precedentes no direito pátrio ou estrangeiro. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes ressalta o “tratamento singular no contexto da história do constitucionalismo brasileiro” dado pela Constituição brasileira ao Ministério Público, “reconhecendo-lhe uma importância de magnitude inédita na nossa história e mesmo no direito comparado”. Prossegue e vai ainda mais longe ao afirmar que “o Ministério Público no Brasil, máxime após a Constituição de 1988, adquiriu feições singulares, que o extremam de outras instituições que eventualmente colham

¹⁶ STF - HC 104410/RS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma.



designação semelhante no direito comparado”¹⁷.

Mas o que há de tão singular no Ministério Público brasileiro? Um indicativo já é encontrado no primeiro dispositivo constitucional a tratar da Instituição; assim, dispõe o artigo 127, da Constituição Federal, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

De pronto, já se verifica que a Constituição alargou o âmbito de atuação da instituição, colocando-a para além da função jurisdicional do Estado e, como consequência, deu-lhe vida própria e autônoma do Judiciário, ou seja, lhe atribuiu diversas funções, a serem executadas “independentemente da prestação jurisdicional”¹⁸. Assim, apesar de continuar a ser essencial para parte das atividades-fim do Judiciário, o Ministério Público, em acréscimo, é responsável pela guarda dos pilares essenciais do Estado de Direito social e democrático brasileiro, devendo defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Há uma intencional ligação pelo constituinte entre a manutenção do Estado de Direito – social e democrático – e as funções institucionais do Ministério Público. Os princípios estruturantes da socialidade e democracia são grandezas incindíveis ao sentido material de um Estado de Direito e premissas indispensáveis para a concretização de seu objetivo principal, qual seja, o respeito, a proteção e a promoção da pessoa humana.

Tendo em vista essas bases estruturais, o constituinte debruçou sobre o Ministério Público grande parte da responsabilidade pela manutenção desses pilares; incumbe, assim, à Instituição, além de atuar junto à jurisdição, efetivar, a partir do princípio do Estado de Direito, a proteção da ordem jurídica, defender o regime democrático, bem como, promover, em razão dos imperativos de socialidade e, de forma mais ampla, da dignidade da pessoa humana, junto ou à revelia da prestação jurisdicional, os

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 1039.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 69.



direitos sociais e individuais indisponíveis. Vincula-se diretamente, assim, a ideia central da ordem jurídica brasileira – Estado de Direito Social e Democrático – com as funções constitucionais do Ministério Público.

Essas largas atribuições, descritas com enorme amplitude pelo constituinte, são de magnitude ímpar no cenário constitucional. Contudo, para serem mais bem compreendidas, necessitam da devida densificação e especificação, a fim de que se tenha visibilidade de como esses genéricos mandamentos constitucionais se concretizam.

Nesse passo, em um primeiro momento, as funções constitucionais do Ministério Público – essencialidade à jurisdição, dever de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – podem ser arranjadas em três grandes grupos, quais sejam: (1) função de persecução penal; (2) função de fiscalização; (3) função de promoção de direitos fundamentais. À análise de cada uma delas, portanto.

É irrefutável que o Ministério Público exerce parcela de soberania estatal; suas funções não podem ser reconduzidas às clássicas atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. Ao Ministério Público não foram constitucionalmente atribuídas funções típicas de governo, mas, inegavelmente, funções de Estado, das quais resultam manifestações de soberania estatal, de seu – *uno* – poder político.

A ausência de denominação constitucional do Ministério Público enquanto um *Poder* de Estado é de somenos importância. Em Estado de Direito contemporâneo, é antes nas características materiais das competências exercidas e no perfil constitucional que se identificam os órgãos de soberania e, conseqüentemente, a divisão horizontal das funções de Estado realizada pela Constituição.

As funções do Ministério Público na Constituição Federal expressam parcela da soberania estatal e são indispensáveis para a consecução do Estado de Direito, uma vez que, conjuntamente, além de serem essenciais para o regime democrático, contribuem de forma decisiva para a observância do caráter garantidor da liberdade individual, no que se inclui a indispensável dinâmica de controle recíproco inerente ao sistema de freios e contrapesos, bem



como agregam significativamente para o alcance dos objetivos afetos à socialidade.

Resta, assim, para se consolidar a ideia de ser o Ministério Público brasileiro órgão de soberania, verificar se à Instituição foram constitucionalmente outorgadas autonomias e, aos seus membros, garantias.

Fazendo um paralelo com outro órgão de soberania, vê-se que, para o cumprimento de suas funções, ao Ministério Público foram concedidas pela Constituição as mesmas autonomias do Judiciário e, aos promotores de justiça, as mesmas garantias dos juízes. Disso se denota que teve o constituinte a preocupação em assegurar a consecução das funções de Ministério Público no mesmo grau com que dispensou cuidado à garantia de êxito à função jurisdicional.

Nessa linha, o Ministério Público possui independência, sendo-lhe garantidas autonomias administrativa e funcional, iniciativa de lei, elaboração de sua proposta orçamentária e regramento específico para escolha da chefia da Instituição. o (art. 127, §§2º, 3º e art. 128, §3º, CF).

Em complemento, “afora as garantias à Instituição (p.ex., destinação constitucional, princípios, iniciativa de lei, concurso de ingresso, funções privativas, autonomias), outras há para os agentes, beneficiando a Instituição de modo reflexo”¹⁹. Assim, aos promotores de justiça são garantidas: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 128, §5º, I, “a”, “b”, “c”, CF); além disso, a Constituição estabelece um regime jurídico específico – diverso do estatutário – aos membros do Ministério Público, bem como outorga aos promotores de justiça prerrogativas e lhes impõem determinadas vedações.

A Lei nº 13.869/2019 atinge, de forma significativa, o livre exercício de todas as funções descritas, as quais foram constitucionalmente outorgadas ao Ministério Público brasileiro; além disso, pelo fato de o Ministério Público brasileiro se enquadrar como órgão de soberania, há violação ao princípio da separação dos poderes.

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, pág. 92.



Isso tudo demonstra que a nova Lei era desnecessária e que foi elaborada em clara retaliação à eficiente atuação do Ministério Público, bem como da Magistratura, especialmente quando tal atuação atinge parlamentares. Mas, de maior gravidade é a introjeção do crime de hermenêutica criado para obstacularizar a contínua eficiência e efetividade das investigações criminais contra crimes do colarinho branco, contra a corrupção endêmica e a recuperação de ativos ao erário público.

Se por um lado a independência dos Poderes assegura o exercício pleno das atividades legiferantes, por outro não pode o legislador promover desenhos normativos contrários aos princípios constitucionais da probidade administrativa, e, das normas Convencionais acolhidas enquanto normas supra legais referente às normas ordinárias. No dizer de Otto Bachof, estes dispositivos ora impugnados e, dos quais se requer a expurgação da sistemática jurídica pátria, são evidentes normas abjetas inconstitucionais. — Ora, trata-se de lei que tramitou às pressas, sem o mínimo debate na Câmara dos Deputados, sem qualquer amadurecimento, aplicando-se ao projeto regime de urgência! E, sem observar o trâmite próprio das leis complementares, uma vez que materialmente a novel lei proveu alteração substancial no alcance normativo das Convenções de Mérida e de Palermo.

Nenhum caso concreto de abuso de autoridade ficaria impune com as possibilidades de sanção até hoje existentes, mas com a nova lei, crimes e casos graves ficarão impunes pelo impedimento do livre exercício das funções do Ministério Público e de demais agentes públicos que detém a constitucional atribuição, competência e responsabilidade por investigar e promover o respeito pela ordem jurídica, aos Direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis, assim e sobretudo, em preservar o interesse público e o regular funcionamento da administração pública. A perdurar essa malsinada lei no sistema jurídico interno, a colonização do Estado Democrático de Direito pelos detratores da ética republicana perpetuará o combatido estado de corrupção, impunidade e descrédito à Justiça.

A intimidação e retaliação, fundamentos da lei questionada, já estão trazendo enormes prejuízos para a população, que corre risco com criminosos de alta periculosidade soltos pelas ruas, em virtude do receio, por exemplo, de membros do Ministério Público e de



Juízes que não querem ser enquadrados indevidamente nas sanções da nova Lei. Na dúvida entre tomar a decisão que entendem correta ou cometer um crime de abuso, preferem a via mais cômoda para evitar que sejam enquadrados nas sanções dos amplos e subjetivos crimes de abuso de autoridade.

Esse é só um dos muitos exemplos que já podemos contabilizar pelas notícias divulgadas pela imprensa das decisões assombrosas tomadas tendo como referencial a lei inconstitucional aqui questionada.

3.4. - Das ofensas à Constituição da República em cada dispositivo legal questionado

A seguir, passa-se à análise dos artigos da Lei nº 13.869/2019 que são considerados pelas Associações proponentes claramente inconstitucionais e inconventionais.

3.4.1 - Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

Este artigo é o primeiro e típico exemplo de “*lex incerta*”, que resulta em violação ao princípio da reserva legal, na medida em que o tipo não define o que seria o conceito de “meio manifestamente ilícito”. De fato, o meio manifestamente ilícito na obtenção de determinada prova – ou mesmo a natureza ilícita da própria prova – sequer são definidos pelo legislador brasileiro, conforme se infere da leitura do art.5º, LVI, da CF e art.157, do CPP, sendo que será à luz das circunstâncias de cada caso concreto que poderá ocorrer tal qualificação.

Como já defendido, o legislador não pode criar tipos penais vagos e imprecisos, em que a sua amplitude termine criando zonas de incerteza tão significativas que desafiem o regular uso do direito.



Como a legislação não define o que seria o “meio manifestamente ilícito”, criou-se um tipo que terá uma grande potencialidade de vulnerabilidade no exercício da atividade ministerial, especialmente em tempos de alargado ativismo judicial, em que o que hoje se define como lícito termina se tornando em ilícito do dia para a noite.

Vários são os temas em que a jurisprudência, especialmente desse egrégio Supremo Tribunal Federal, tem alterado sua posição sobre assuntos relacionados à licitude da obtenção da prova, como, por exemplo, no acesso ao conteúdo de celulares apreendidos de pessoas flagradas no cometimento de crimes, dentre outros.

Um sistema penal que busque punir, no atual paradigma constitucional, aqueles que, realmente, possam abusar de sua autoridade, não pode conviver com tamanha dilatação da pretensão punitiva estatal, devendo, por isto mesmo, ser declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo com base no art. 5º, XXXIX, da CF.

3.4.2 - Art.27 - Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena –detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único -Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

No tipo penal incriminador criado pela Lei nº 13.869/2019, há **evidente afronta aos incisos I e VIII do artigo 129 da Constituição da República**. Observa-se que a expressão “à falta de qualquer indício” é subjetiva, vaga. Não se pode impedir o Ministério Público de exercer uma de suas principais atribuições, que é investigar. O que seria exatamente “*indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa*”? Tipo penal extremamente aberto e que certamente gerará imensa insegurança jurídica na atuação dos membros do Ministério Público pois passível de inúmeras interpretações.

O tipo penal acima transcrito busca criminalizar o exercício do poder de requisição e uma das mais importantes funções do Ministério Público, que é exercício da investigação penal ou administrativa, seja através de Procedimento Investigatório Criminal –



PIC ou do Inquérito Civil.

Uma das funções institucionais do Ministério Público é exatamente investigar os atos que transgridam a ordem jurídica e conseqüentemente pleitear perante o Poder Judiciário a responsabilização civil e penal. Acaso em vigor essa norma, o membro do Ministério Público poderá ter sérias restrições para instaurar os procedimentos administrativos investigatórios previstos em lei e em atos regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público a fim de identificar autoria e reunir os elementos necessários para exercer a titularidade da ação penal pública.

Aqui se trata de um claro ataque ao exercício da função de *dominus litis* da ação penal, conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal; vide art.129, inciso I. Sem dúvida, permanecendo o tipo penal analisado, o prejuízo à sociedade brasileira será enorme, na medida em que, muitas vezes, são endereçadas notícias de crimes ao Ministério Público sem elementos que permitam, de logo, o ajuizamento da ação correspondente.

Outras vezes, em decorrência do poder econômico e/ou político do suposto autor do fato ou de sua periculosidade ou até mesmo pelo temor de retaliações, as pessoas se escondem no anonimato e, ao relatarem ou noticiarem um crime, não fornecem as informações completas, exigindo do Ministério Público, seja investigado o fato ou requisitada a investigação à autoridade de polícia judiciária.

O artigo analisado -segundo a coerência de todo o corpo do projeto -contém expressão imprecisa, aberta e subjetiva -“à falta de qualquer indício da prática de crime”, a propiciar a responsabilidade do agente do Estado.

Não é de hoje, que alguns setores de poder, a exemplo do que aconteceu com a PEC 37 ou através de vários questionamentos perante o STF e noutras instâncias ordinárias buscam mitigar ou solapar o poder investigatório do Ministério Público, sendo claro que o objeto jurídico, aqui buscado, é obstaculizar o exercício do poder de requisição e de investigação desse órgão essencial à Justiça.



O poder de requisição de instauração de investigação criminal, no ordenamento jurídico brasileiro, sempre esteve atrelado ao órgão que tem a função constitucional de acusar, isto é, ao Ministério Público. Trata-se de uma atribuição exclusiva dos membros do Ministério Público da área criminal, uma vez que é um desdobramento natural da função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, e do controle e da fiscalização da Polícia Judiciária, no que toca à obrigatoriedade de apuração de um delito cuja ação penal seja pública incondicionada.

Veja-se que, em análise ao artigo 5º, inciso II, do CPP, que prevê a possibilidade de a autoridade judiciária requisitar a instauração de Inquérito Policial, grande parte da doutrina salienta que, apesar de o CPP fazer menção à possibilidade de a autoridade judiciária requisitar a instauração de inquérito policial, tal possibilidade não se coaduna com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal. “Num sistema acusatório, onde há a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (CF art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requirite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP”.

Assim, evidente a mácula, no dispositivo proposto, de inconstitucionalidade, tendo em vista a violação ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal.

Igualmente inconstitucional é o dispositivo por trazer violações ao direito fundamental à segurança pública²⁰, devidamente tratado no texto constitucional em seu art. 5º e art. 6º, na medida em que, com os obstáculos criados para o regular desenvolvimento das atividades investigatórias do Ministério Público, o legislador termina atingindo o direito fundamental à segurança pública, direta e indiretamente.

²⁰ Sobre o direito fundamental à segurança pública, importante as ponderações feitas por Pedro Ivo de Sousa em seu artigo “30 anos da constituição de 1988: uma análise crítica da atuação do Ministério Público brasileiro na concretização do direito fundamental à segurança pública. In: SILVA, Rodrigo Monteiro da. (Org.). *O Ministério Público e a Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, v. 1, pp. 100-130.



Para além disto, o legislador também viola decisões da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, por exemplo a proferida no caso Ortiz Hernandez e outros vs Venezuela, em que ressaltou ser obrigação do Estado efetuar investigações imediatas, sérias, independentes, eficientes e céleres, assegurando ser direito da vítima e de seus familiares o direito à busca pela justiça, devendo o Estado empenhar recursos efetivos para lhes garantir acesso à justiça, à investigação e à eventual punição.

O Brasil, inclusive, já foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo descumprimento da sua obrigação de investigar violações de direitos humanos, incluída nas medidas positivas que devem adotar os Estados para garantir os direitos reconhecidos na CIDH – caso Garibaldi vs. Brasil (2009). No caso, a Corte sustentou que,

“para cumprir a obrigação de garantia, os Estados devem não só prevenir, mas também investigar as violações dos direitos humanos (...).

É pertinente destacar que o dever de investigar é uma obrigação de meios, e não de resultado. No entanto, deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser ineficaz, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios”.

No mesmo caso, a CIDH indicou, ainda, que

“a obrigação de investigar e o direito dos familiares não somente se depreendem das normas convencionais de Direito Internacional imperativas para os Estados Parte, mas também se derivam da legislação interna que faz referência ao dever de investigar de ofício certas condutas ilícitas e das normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem querelas, provas ou petições ou qualquer outra diligência, com a finalidade de participar processualmente na investigação penal com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos”.



Ou seja, no afã de obstaculizar a atividade investigativa do Estado, o legislador incorreu em flagrante violação do dever do Brasil, enquanto signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de manter legislação interna capaz de fazer com que as autoridades estatais, ao terem conhecimento de fato potencialmente violador de Direitos Humanos, iniciem *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva.²¹

Outro aspecto que merece registro, diz respeito ao *quantum* da pena prevista para o crime em análise. Aqui, será punido com pena de até 02 anos, o membro do Ministério Público que, ao receber notícia de fato criminoso, realizar atos cumprindo o seu *munus*, o que se mostra desarrazoado e desproporcional.

Portanto, o preceito pode dar margem a deturpações, já que, embora a investigação diga respeito a fatos, é evidente a possibilidade de se argumentar que a só existência de um liame entre uma pessoa e os fatos investigados já seria suficiente para se afirmar que a investigação foi instaurada em seu desfavor. Note-se que o parágrafo único do art. 27 não será aplicado na esfera policial, face à ausência de regulamentação, o que pode comprometer o exercício, pelo Ministério Público, das atribuições previstas nos incisos VI e VII do art. 129 da Constituição de 1988.

3.4.3 - Art. 30 - Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena –detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A esse artigo se aplica o que já foi dito ao artigo anterior, art. 27. Clara subjetividade para impedir a efetiva atuação do Ministério Público. Qual o significado de “*justa causa fundamentada*”? Do mesmo modo, expressão extremamente aberta, genérica, passível de inúmeras interpretações, não compatíveis com a descrição de tipos penais, que devem ser fechados. Vale lembrar, que o art. 30 chegou a ser vetado pelo Presidente da República, tendo sido apresentado o seguinte fundamento para o veto:

Razões do veto

21 Cf. Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru (2004).



“A propositura legislativa viola o interesse público, além de gera insegurança jurídica, tendo em vista que põe em risco o instituto da delação anônima (a exemplo do disque-denúncia), em contraposição ao entendimento consolidado no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 1.957-7/PR, Dj. 11/11/2005), de que é possível a apuração de denúncia anônima, por intermédio de apuração preliminar, inquérito policial e demais medidas sumárias de verificação do ilícito, e se esta revelar indícios da ocorrência do noticiado na denúncia, promover a formal instauração da ação penal.”

Assim como o artigo 27, a redação do art. 30, também busca criminalizar uma prerrogativa inerente ao exercício funcional do Ministério Público. Sabemos que a Constituição determina de maneira expressa, como princípio institucional do Ministério Público, a sua independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88) e o seu dever de propor, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, da CF/88).

As prerrogativas do Ministério Público são invioláveis, não cabendo a qualquer lei infraconstitucional restringi-las ou, muito menos, aboli-las. A independência e autonomia funcional existem justamente para que os nossos membros trabalhem de forma imparcial e produtiva, indenes de medos ou outros tipos de pressões, sendo essa uma das garantias do Estado Democrático de Direito.

Cabe salientar que esse tipo penal, em sua maior parte, é abstrato e genérico, configurando um verdadeiro tipo penal aberto, sujeitando-se a interpretações convenientes a determinados momentos e pessoas, o que vem a macular o princípio da legalidade e, também, a exigência de taxatividade da norma incriminadora. O dispositivo compromete o exercício das atribuições previstas nos **incisos I e III do art. 129 da Constituição de 1988**.

Ademais, a denúncia é peça obrigatória quando presentes indícios de autoria e prova da materialidade, não existindo qualquer obrigação de resultado, na medida em que ainda se está na fase investigativa. Compactuar com esse artigo é querer que, no curso de um



procedimento investigativo, o agente já tenha certeza do resultado.

Não se pode aceitar que seja definida como crime a oferta de denúncia ou ação civil se não for recebida pelo Judiciário, sob pena de se estar amordaçando o trabalho do MP. Se a ação penal fosse de per si uma condenação, o processo seria desnecessário, e a condenação ocorreria diretamente com a investigação. O processo traz a oportunidade de realização de provas e do contraditório, e dele, naturalmente, haverá uma sentença, seja absolutória, seja condenatória. Não se pode imputar ao Promotor de Justiça a prática de crime se, depois de produzidas as provas, houver absolvição. O não recebimento da denúncia e a absolvição significam que uma tese prevaleceu. Não significam que houve dolo ao iniciar uma ação que se saberia improcedente ou que a atuação do agente público tinha finalidade de causar prejuízo a outrem ou a terceiro.

As garantias constitucionais do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição pressupõem a análise dos fatos trazidos na petição inicial por um julgador e possibilitam a reforma da decisão por Órgão Judicial Colegiado, situações em que teses jurídicas são analisadas. O mero fato de o julgador discordar da tese apresentada ou de o Tribunal reformar a decisão anterior jamais pode ter como consectário a imputação de abuso de autoridade ao agente do Estado que entendeu diversamente.

Ainda neste ponto, Rogério Sanches e Rogério Greco²², em recente obra lançada, advertem para duas inconstitucionalidades: **Primeira**, a do tratamento desigual que

²² Assim explicam os autores: Alguns autores sustentam mesmo a inconveniência de se buscar uma definição precisa para tal expressão. Assim, Ary Azevedo Franco, no sentido de que justa causa “não pode ser definida em maneira absoluta, ficando à apreciação do Juiz os motivos que determinaram a prisão, ou a sua iminência”. Outros se arriscam na tarefa. Com efeito, para Bento de Faria, faltará justa causa “se o ato de que se queixa o cidadão ou não tem a sanção da lei ou não satisfaz os seus requisitos”. Para Oliveira Machado, não há justa causa todas as vezes que a prisão não repousar em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente, conforme citação feita por Espínola Filho, que completa: “assim, na verdade, o que basta é verificar-se, para a coação, a existência de um fato, ao qual, por lei, se possa atribuir a virtude de justificá-la”. Essa indisfarçável imprecisão do elemento típico é incompatível com normas incriminadoras, razão pela qual o dispositivo em comento é de duvidosa constitucionalidade. De qualquer forma, para honrar nossa missão de comentar todos os tipos da lei, mesmo os mais esdrúxulos (como esse), vamos considerar justa causa aquele mínimo de suporte fático, aquele início de prova (mesmo que indiciária), capaz de justificar a oferta da persecução penal, civil ou administrativa. No processo penal, por exemplo, a denúncia não pode surgir da imaginação fértil de seu autor, devendo ser precedida de algum procedimento, alguma documentação, alguma investigação devidamente formalizada que dê apoio à acusação. Esse lastro, via de regra, é conferido pelo inquérito policial que, porém, não se traduz em uma peça essencial para a oferta da denúncia. No



está se criando entre o sujeito particular e o sujeito público, na medida em que o art. 30 da lei aqui confrontada possui redação que se amolda ao tipo do art. 339 do CP, mas que agora somente restará para ser aplicada ao sujeito privado, com distinção punitiva significativa (Art. 30 – Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa; Art. 339 – Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa); **Segunda**, que se refere à grave incerteza e discussão doutrinária para o conceito de “justa causa”, que possui pelo menos 05 (cinco) conceitos teoricamente desenvolvidos.

3.4.4 - Art. 31 - Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: Pena –detenção, de 6(seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

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

Mais um artigo que gerará insegurança aos membros do Órgão Ministerial e interferirá nas suas atribuições e independência funcional, contrariando a Carta Magna. Sabe-se que as investigações podem demandar bastante tempo para se chegar a um resultado efetivo, principalmente nos casos de crimes praticados por organizações criminosas e investigações mais complexas relativas a outras condutas ilegais, bem como o grande volume de trabalho de cada membro pode estender um pouco mais do tempo de investigação de cada caso.

Note-se que o dispositivo legal em comento não estabelece um prazo para conclusão das investigações presididas pelo Ministério Público – e não se reporta a qualquer

dizer de Afrânio Silva Jardim, “torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Esse suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”. Maria Thereza Rocha de Assis Moura não vislumbra, na justa causa, uma quarta condição da ação, “mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica falta de justa causa: se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo penal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente, se inexistir interesse de agir, faltará justa causa para a ação penal”. De qualquer forma, na conclusão de seu precioso trabalho, contempla a justa causa sob dois ângulos distintos: “vista sob o ângulo positivo, é a presença de fundamento de fato e de Direito para acusar, divisando mínima probabilidade de acusação, na qual se baseia o juízo de acusação [...] compreendida sob o ângulo negativo, é a falta desses elementos, que torna impossível submeter alguém ao processo criminal, porque nem sequer haveria probabilidade de condenação” (ob. cit., p. 291). GRECO, Rogério; CUNHA, Rogério Sanches. Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 262 e 264.



normativo específico sobre o tema – mas, ainda assim, criminaliza a conduta daquele que estender o procedimento investigatório “*de forma imotivada*”, mesmo nos casos em que não existir prazo para conclusão do procedimento (parágrafo único). O tipo penal, assim, revela-se extremamente aberto e vago, não sendo possível deixar ao subjetivismo do julgador o que viria a ser considerado demora na conclusão das investigações e, ainda, a “*forma imotivada*”.

3.4.5 - 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.

O artigo 32 da Lei 13.869 pode fragilizar completamente o trabalho investigativo do Ministério Público, sobretudo em procedimentos investigatórios não criminais, não abrangidos pela Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo, seguramente, retirará a efetividade de investigações a cargo do Ministério Público, sobretudo no âmbito civil e administrativo, pois permitirá o acesso a todo tipo de prova produzida antes da interposição de ação pelo Ministério Público.

Dessa forma, há uma afronta direta aos artigos 127, caput e § 1º, e 129, III, vez que esvazia a independência funcional e a função do inquérito civil e da ação civil pública na promoção e defesa de interesses difusos e coletivos.

Como é sabido, os procedimentos conduzidos pelo Ministério Público não possuem natureza contraditória, não havendo direito da parte investigada em ter acesso a todas as provas, especialmente àquelas cuja divulgação possa prejudicar a efetividade das investigações.

É o caso, por exemplo, da coleta de prova testemunhal. Se for facultado o acesso



do advogado ou do investigado à audiência de testemunhas ou ao termo de depoimento em todas as situações, isso poderá fazer com que pessoas tenham o legítimo receio de testemunhar ou de dizer a verdade, sob pena de poderem ser perseguidas, ameaçadas ou retaliadas de alguma forma. Investigações de assédio sexual ou assédio moral no trabalho, por exemplo, geralmente são comprovadas por meio de depoimento de trabalhadores. Se for facultado o acesso do investigado ou do seus advogados aos testemunhos dos trabalhadores, certamente haverá um justo receio do depoente em firmar declarações por medo de ser demitido ou sofrer algum outro tipo de prejuízo. Por estes motivos, esse dispositivo precisa ser declarado inconstitucional.

Impende ressaltar que o artigo 32 foi vetado pelo Presidente da República. Abaixo, as razões do veto Presidencial ao art. 32:

Razões do veto

“A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o direito de acesso aos autos possui várias nuances e pode ser mitigado, notadamente, em face de atos que, por sua natureza, impõem o sigilo para garantir a eficácia da instrução criminal. Ademais, a matéria já se encontrar parametrizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14.”

Ora, como posto nas razões de veto, o direito ao acesso aos autos não é absoluto, não sendo aplicada a Súmula Vinculante nº 14 do STF em casos como àqueles cuja investigação ainda não foi concluída e há diligências em andamento. Aliás, esse é o entendimento da egrégia Corte Suprema, como se observa abaixo:

“(…) o paradigma tido como violado confere ao defensor do investigado amplo acesso aos elementos já documentados nos autos, mas é enfático ao ressaltar as diligências ainda em andamento. Com efeito, a presente Reclamação é improcedente, pois não se ajusta ao contexto do parâmetro de controle acima transcrito. Verifico, à luz do ato impugnado, que o pleito foi indeferido porque havia diligências em andamento e o eventual acesso a essas informações poderia



causar prejuízo às investigações. (...) Dessa forma, a pendência na conclusão de diligências investigatórias já deferidas pela autoridade reclamada é argumento legítimo para o indeferimento do acesso irrestrito pleiteado pelo reclamante. (...) Portanto, as diligências ainda em andamento não estão contempladas pelo teor da Súmula Vinculante 14 (Rcl 28.661/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 19/10/2017). [**Rcl 29.958**, rel. min. **Alexandre de Moraes**, dec. monocrática, j. 9-8-2018, *DJE* 164 de 14-8-2018.]”

O art. 32 é mais uma inconstitucionalidade que atinge a autonomia e função do Ministério Público, além de tornar ineficaz as investigações em andamento, seja no âmbito civil, administrativo ou criminal. A divulgação de determinadas diligências poderá prejudicar a investigação, que, por muitas vezes, deve ocorrer em sigilo para sua plena eficácia.

3.4.6 - Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expreso amparo legal: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

O tipo acima descrito praticamente inviabilizará a atuação extrajudicial e, também, judicial do Ministério Público, especialmente a correção de ilegalidades por meio da formalização de termos de ajuste de conduta, instrumento previsto na Lei nº 7.347/1985.

Nas formalizações dos termos de ajuste de conduta, por exemplo, os membros do Ministério Público utilizam, muitas vezes, na redação das cláusulas de obrigação de fazer e de não fazer, normas infralegais, a exemplo de portarias ministeriais, como no caso das normas regulamentadoras de saúde e segurança no trabalho. Sancionado o respectivo dispositivo, todas as atuações extrajudiciais do Ministério Público ou até da auditoria-fiscal da Receita Federal e do Trabalho estarão ameaçadas, pois muitas vezes baseadas em atos infralegais que regulamentam normas legais.



Com essa previsão, as redações de cláusulas de termos de ajuste de conduta e os pedidos de ações civis públicas do Ministério Público passarão a ser mera repetição de texto legal, enfraquecendo sobremaneira o trabalho interpretativo de promotores e procuradores de adequação de casos concretos ao ordenamento jurídico.

Muitos membros do Ministério Público poderão se sentir constrangidos e receosos em interpor ações civis públicas baseadas em normas infralegais, fato que poderá impedir o cumprimento de importantes normas.

Certo é que ficará enfraquecida a efetividade do inquérito civil e da ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos e de direitos individuais indisponíveis, **em afronta ao artigo 127, caput e § 1º, e 129, III, da Constituição Federal.**

Portanto, o art. 33, caput, pode comprometer as atividades do Ministério Público e o exercício da função jurisdicional. Na medida em que a ordem constitucional reconheceu o caráter normativo dos princípios, o que levou o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a atribuir, em diversas ocasiões, eficácia plena ao direito à saúde (CRFB/1988, art. 196), integrando a sua força normativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, isso equivaleria a “expresso amparo legal”? Ou comprometeria a força normativa dos princípios constitucionais e infraconstitucionais?

3.4.7 - 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.

O art. 38 também foi vetado pelo Presidente da República, que apresentou a seguinte razão:

Razões do veto

“A propositura 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.”

Mais uma demonstração de total afronta à Constituição da República. Como bem mencionado nas razões de veto, um dos princípios que deve ser observado pelo agente público é o da publicidade, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da CF.

Corolários deste princípio, por sua vez, são os deveres de transparência e de informação que o agente público deve guardar para com a sociedade, esclarecendo-a sobre os assuntos que lhe sejam pertinentes. Por isto mesmo, se afirma que o membro do Ministério Público tem o dever de prestar contas à sociedade sobre a sua atividade.

E no exato momento em que, por via direta ou indireta, o legislador criminaliza conduta de membro do Ministério Público que simplesmente informa à sociedade, ainda que antes do oferecimento da ação penal, sobre a responsabilidade daquele que praticou algum crime é, certamente, uma violação ao princípio da publicidade e de todos os deveres que lhe são corolários.

Ainda por outro viés, não se pode olvidar que a Constituição prevê a liberdade de expressão consagrada em seu art. 220. E, também nesse ponto, o art. 38, ora questionado, é, sem dúvida, inconstitucional.

Conforme estabelecido em sua Lei Maior, a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado democrático, e apresenta, dentre seus fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (artigo 1º, *caput* e incisos II, III e V). A mesma Constituição da República aponta, ainda, como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro "construir uma sociedade livre, justa e solidária"(artigo 3º, I).



A Constituição prevê ainda, ao tratar da ordem social, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, e ainda, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”(artigo 220, caput e § 1º).

A liberdade de consciência, crença e manifestação de pensamento, a difusão de opiniões e o debate de ideias são, portanto, da essência de um Estado democrático e da nossa ordem constitucional. Não havendo distinção de qualquer natureza entre os cidadãos brasileiros, a todos é assegurada a inviolabilidade do direito à liberdade de consciência e manifestação de pensamento, sendo que a violação a qualquer desses direitos constitui afronta à dignidade da pessoa humana, à sociedade plural que constituímos e à democracia.

O exercício de funções públicas impõe aos agentes estatais, dentre outros, os deveres de imparcialidade, moralidade, decoro e zelo pela coisa pública, mas não lhes retira, em qualquer hipótese, a liberdade de cidadãos brasileiros. Mais que isso. É precisamente por exercerem funções públicas que os agentes estatais têm, por vezes, no dever de dar publicidade a seus atos, a obrigação de informar, rendendo ensejo ao debate democrático salutar à promoção da cidadania e da sociedade "livre, justa e solidária" que almejamos construir.

O texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos indica que o abuso de controles oficiais a manifestações de pensamento ou difusão de ideias de qualquer pessoa humana –sendo despidendo referir que aí estão incluídos todos agentes estatais e, dentre estes, os membros do Ministério Público brasileiro –implica violação aos direitos humanos.

Nesse contexto, não há como se negar que o artigo supracitado criminaliza o cumprimento por parte dos membros do Ministério Público do dever de dar publicidade de seus atos e de prestar informações à sociedade sobre suas atividades.

Ao membro do Ministério Público deve ser assegurada ampla liberdade de expressão, que se faz necessária ao cumprimento do dever de prestar informações acerca dos serviços públicos por ele prestados, em respeito aos postulados da publicidade, transparência e



ao direito à informação, tão caros a uma sociedade democrática.

No magistério de Emerson Garcia, “o ofício ministerial deve ser livremente exercido, somente rendendo obediência ao ordenamento jurídico e à consciência do membro do Ministério Público”. Pondera ainda o autor:

“O princípio da independência funcional está diretamente relacionado ao exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais, evitando que fatores exógenos, estranhos ou não à Instituição, influam no desempenho de seu *munus*. Evita-se, assim, que qualquer dos denominados 'Poderes do Estado', ou mesmo os órgãos da Administração Superior do próprio Ministério Público, realizem qualquer tipo de censura ideológica em relação aos atos praticados”.

Portanto, além de impor indevido limite e visar criminalizar o exercício da liberdade de expressão do membro do Ministério Público, o dispositivo em comento entra em rota de colisão com o preceito garantidor de que as ações do Estado e de seus agentes devem conter a mais ampla publicidade e transparência a fim de se cumprir o direito de toda a sociedade à informação.

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

Inicialmente, importante transcrever o que consta do art. 7º da lei 8.906/1994, mencionado no novo artigo:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

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, e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

Referido artigo, também, foi objeto de veto apresentado pelo Presidente da República, com as seguintes razões:

Razões do veto

“A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico. Ressalta-se que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008.”

O que se pretende com o artigo 43 é criminalizar aquele que violar os direitos/prerrogativas dos advogados acima transcritos.

Ao examinar o ordenamento jurídico pátrio, se verifica que nenhuma profissão, por mais relevante que seja, goza de imunidades semelhantes ou inviolabilidade absoluta do tipo que a regra projetada pretende conferir aos advogados.



As ações humanas que eventualmente invistam contra liberdades profissionais não constituem, de per si, condutas criminosas. Embora merecedoras de reprovação e punição, especialmente na esfera funcional, o mero desatendimento da lei não é suficiente à caracterização de crime de tamanha gravidade. Deve-se exigir mais, sob pena de criar uma odiosa espécie de responsabilidade penal objetiva.

Como em todo o texto da Lei, aqui, a adoção de redação generalista é circunstância que, flagrantemente, viola inúmeros princípios constitucionais, em especial o princípio da reserva legal (na forma da taxatividade), insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e que pressupõe a definição precisa de todos os elementos integrativos da conduta incriminada.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei que o defina. Consequentemente, as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas minuciosamente de maneira a evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, pena de ambiguidade, que gerará dúvidas na sua aplicação e, também se pode afirmar, benefício àquele que a infringe –entre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado invocará aquela que mais lhe beneficia acrescida da presunção de inocência, o que dificultaria a aplicação da norma. De outro ângulo, a violação da taxatividade abre largo espaço para injustiças e perseguições.

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é crime ou não é; e, conseqüentemente, permitem perseguições indevidas.”

Não somente as Associações, ora Autoras, estão perplexas com a nova Lei e com suas possíveis conseqüências e desdobramentos, mas todos que diretamente serão afetados. Tanto é que a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público – FRENTAS, composta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público –



CONAMP, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, Associação Nacional do Ministério Público Militar – ANMPM, Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – AMPDFT e Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios – AMAGIS/DF já se manifestou publicamente e demonstrou sua irresignação:

“O texto chancelado pelos parlamentares será responsável por inibir a atuação da magistratura, do Ministério Público e das forças de segurança, prejudicando o desenvolvimento de investigações e processos em todo o país, contribuindo, assim, para o avanço da impunidade e para o cometimento de ilegalidades. A legislação aprovada impõe o medo e o receio na atuação de juízes, promotores e procuradores.”

Portanto, o artigo 43, da Lei n.º 13.869/2019, o qual dispõe que “constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado”, se presta a colocar o Judiciário, Ministério Público e Policiais na condição de verdadeiros reféns dos interesses e avaliações pessoais dos advogados.

Pergunta-se: o que seria violar direito ou prerrogativa do advogado, impedindo ou limitando o exercício da advocacia? Desnecessários maiores refinamentos jurídicos para se perceber que o tipo penal, por ser absurdamente aberto, tudo aceita, acabando por permitir que as mais variadas condutas cotidianas de juízes, promotores, policiais e outros agentes públicos sejam enquadrados de forma desmedida em sua previsão normativa. Há, destarte, inconstitucionalidade por violação a diversos direitos e garantias fundamentais, notadamente, a exigência básica de que, em Estado de Direito vinculado à dignidade da pessoa humana, a lei penal seja precisa, certa e determinada.

Por exemplo, e, apenas, para ilustrar, poder-se-ia afirmar que o magistrado cometeria o crime caso indeferisse alguma pergunta do advogado à testemunha ou negasse a produção de determinada prova, ainda que, à toda evidência, fossem diligências meramente protelatórias; um promotor de justiça que negasse acesso ao advogado a investigações sigilosas,



igualmente, praticaria um delito; um delegado de polícia que requeresse uma busca e apreensão contra advogado, também, incidiria nas sanções penais estabelecidas pela Lei, ora impugnada. Ficariam, assim, inviabilizadas as atividades afetas ao Poder Judiciário, Ministério Público e Polícias, pois aquele agente público que ousasse contrariar o interesse de algum advogado responderia criminalmente por isso.

Além disso, o dispositivo viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que, sem nenhum parâmetro razoável, pretere outras inúmeras categorias que, também, possuem prerrogativas legalmente reconhecidas. Por que não se criminaliza a conduta de violar prerrogativa de médico, dentista, parlamentar, agentes consulares ou qualquer outro profissional liberal? Não há justificativa plausível para esse privilégio à advocacia em detrimento de outros que se colocam em similar situação.

Assim, não há exagero em se afirmar que o dispositivo padece de vício por desvio de finalidade; é buscada, com sua aprovação, a satisfação de interesses corporativos de uma classe específica, bem como uma clara retaliação a agentes públicos e engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate ao crime e não, como deveria ser por imperativo constitucional, o alcance do bem comum e do interesse público.

Por todo acima exposto, percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos acima transcritos é medida que se impõe, mormente porque os tipos penais tão abertos, como os ora impugnados, ofendem o princípio constitucional da estrita legalidade insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, além do artigo 129, I, III, VI e VIII, além do artigo 60, § 4º, III, todos da Constituição da República.

4. DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUESTIONADOS

É da própria Constituição da República que decorre a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *p*, CF). A Lei 9868/1999 a prevê (artigo 10 e seguintes), possibilitando, ainda, que seja concedida “sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado” (artigo 10, §



3º), em caso de excepcional urgência.

In casu, a fumaça do bom direito decorre da manifesta ofensa a várias normas constitucionais (caput do art. 37, art. 127, § 1º e § 2º e artigo 129, todos da Constituição Federal). Há, também, ofensa ao art. 5º, inciso XXXIX (Taxatividade – A lei penal deve ser taxativa, isto é, precisa e completa, delimitando expressamente a conduta incriminadora) e art. 220 (liberdade de expressão), ambos da Carta Magna. Por fim, há clara afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

A relevância jurídica da questão manifesta-se pelos fundamentos expostos nas razões acima mencionadas, visto que esta ação direta de inconstitucionalidade tem o objetivo de preservar as disposições constitucionais acima mencionadas e, conseqüentemente, preservar a independência e autonomia de Promotores e Procuradores de Justiça e do Ministério Público da União, além de garantir os princípios constitucionais da eficiência, publicidade, moralidade, legalidade e da razoabilidade, assegurando ao Poder Judiciário e às instituições da República o regular desenvolvimento das atividades que constitucionalmente lhe foram confiadas.

O *periculum in mora* se verifica pelo fato de que a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 já foi publicada e entrará em vigor daqui a alguns meses. Vê-se, portanto, que manifesto o *periculum in mora*. Para que não ocorram, ainda, maiores prejuízos aos membros do Ministério Público, as Associações Proponentes pedem a concessão liminar de suspensão de eficácia das normas impugnadas.

A Lei 9.868/1999 prevê que “em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado” (artigo 10, § 3º). No caso dos autos, a iminência da entrada em vigor da lei incriminadora revela a urgência na concessão da medida cautelar; e uma vez demonstrada amplamente, também, a presença do *fumus boni iuris*, revela-se imperiosa a concessão da medida, *inaudita altera parte*, como meio de **distribuir, em respeito ao postulado de justiça, o ônus do tempo do processo.**

O Supremo Tribunal Federal já fixou que a decisão concessiva de cautelar em



ADI possui efeito vinculante: “somente as decisões concessivas das liminares em ADIs e ADCs é que se dotam de efeito vinculante”²³. Nesse sentido:

“EMENTA: Reclamação. 2. Garantia da autoridade de decisão cautelar na ADI 1.898, que suspendeu ato normativo do Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal. 3. Ato normativo que, sem autorização legislativa, determinou pagamento aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aos Juízes dos Tribunais Regionais Federais e aos Juizes Federais de 1ª Instância, da diferença mensal resultante de Tabela de Vencimentos considerado o teto de R\$ 10.800,00. Vício de iniciativa e usurpação de competência constitucional do Congresso Nacional. 4. **Os efeitos da decisão concessiva de cautelar, no processo de controle abstrato de normas, operam-se nos planos de eficácia e vigência da norma.** A concessão de liminar acarreta necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam aplicação da lei cuja vigência restou suspensa. 5. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. **Eficácia erga omnes e efeito vinculante das decisões proferidas em processo de controle abstrato.** 6. Aplicação de norma suspensa por órgão ordinário de jurisdição implica afronta à decisão desta Corte. 7. Reclamação julgada procedente”²⁴.

Trata-se do chamado conteúdo de tríplice eficácia das decisões proferidas nos processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, sejam elas declaratórias de inconstitucionalidade ou concessivas de medida cautelar: (a) eficácia vinculante, (b) eficácia geral (“erga omnes”) e (c) eficácia repristinatória (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Ministro Celso de Mello e ADI 4843 MC-ED-Ref/PB, Rel. Ministro Celso de Mello).

Na esteira das razões alinhadas, com fundamento no artigo 102, I, p, da Constituição da República c/c artigo 10, § 3º da Lei 9.868/1999, as Associações autoras **requerem que seja concedida a medida cautelar, em regime de urgência, dotando-se a decisão concessiva de efeito vinculante, eficácia geral e repristinatória, conforme jurisprudência da Corte Constitucional.**

²³ Rcl 3424 AgR / SP. Relator(a): Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 11/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008.

²⁴ Rcl 935/ DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 28/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Publicação: DJ 17-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02128-01 PP-0020.



5. DO PEDIDO FINAL

Por todo o exposto, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR requerem que, após a concessão da medida cautelar, seja dada oportunidade ao Presidente do Congresso Nacional que preste informações, concedendo-se vista, sucessivamente, ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União e ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, na forma dos artigos 6º e 8º da Lei 9.868/1999.

Ao final, em virtude das inconstitucionalidades acima apontadas, rogam, as Autoras, que seja julgada procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Pede deferimento.

Brasília, 9 de outubro de 2019.


ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

OAB/DF 12.500


JULIANA MOURA ALVARENGA DILÁCIO

OAB/DF 20.522