

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PL n° 7.596/2017 (Câmara dos Deputados)¹

TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES – 5º Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo-SP

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

O projeto de lei n° 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, autodenominado *abuso de autoridade*, é inconstitucional em razão da inobservância do fundamento republicano (na dimensão do aviltamento do interesse público), e dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente); e caracteriza abuso do poder de legislar.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, que foi exorbitado. Estas circunstâncias exigem um controle de constitucionalidade preventivo (judicial² ou legislativo) ou repressivo (judicial). Eventual aprovação implicará na criminalização da hermenêutica jurídica e na institucionalização do tratamento desigual aos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –; criará dificuldades para o exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicará o esclarecimento de infrações penais e a responsabilização dos respectivos autores, impedirá a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e conseqüente pacificação da convivência, cerceará exercício regular da autoridade do sistema de justiça, gerará um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causará abalos a elementos (órgãos e instituições) intrínsecos do regime democrático.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O projeto de lei n° 7.596/2017, da Câmara dos Deputados, padece de diversas inconstitucionalidades, especialmente a violação do devido processo legislativo, caracterizada pela inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente).

O abuso do poder de legislar, por excesso ou deficiência, é matéria que há muito congrega preocupações. O absolutismo concentrador de poderes que vigorou durante séculos e suas violações fez surgir inúmeras teorias que, gradativamente, limitaram seu exercício, como a da soberania popular, de Rousseau, e a da tripartição dos poderes, de Montesquieu.

Na Inglaterra, em 1215, a Magna Carta limitou o poder reinol de impor tributos e vedou o confisco nos seus primeiros dispositivos. Trata-se de clara preocupação com os excessos fiscais então praticados ou, noutras palavras, com o abuso do poder de legislar. O *Bill of Rights* inglês, de 1689, considerou ilegal que o rei suspenda a vigência de leis ou autorize o seu descumprimento, e estabeleceu que o monarca não pode lançar tributos sem autorização do Parlamento. É o primeiro documento oficial que garante a participação popular, por meio de representantes, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade e vedou, ainda, a instituição de impostos excessivos, de punições cruéis e incomuns.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), logo no preâmbulo destaca a corrupção e os atos dos Poderes Executivo e Legislativo contra os quais busca proteção - *Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos*

¹ PLS n° 280/16 ou PLS n° 85/2017, ambos do Senado Federal, já aprovados naquela Casa.

² Precedente: STF, Medida Cautelar no Mandado de Segurança n° 34.530-DF. Rel. Min. Luiz Fux, j. 14 de dezembro de 2016. DJE n° 35, de 21 de fevereiro de 2017.

do homem são as únicas **causas dos males públicos e da corrupção dos Governos**, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (g.n.)

Em 1789 a Carta de Direitos dos Estados Unidos da América (*Bill of Rights*) também conteve o abuso do poder de legislar. Dentre as dez emendas à Constituição estadunidense destaca-se a primeira, que expressa típica proibição do abuso legislativo - **O Congresso não deve fazer nenhuma lei em observância a um dogma religioso, ou proibindo seu livre exercício; ou abdicando da liberdade de expressão, ou de imprensa; ou do direito das pessoas de se reunirem de forma pacífica e de solicitarem ao governo uma reparação de queixas.**

Historicamente, portanto, o abuso do poder de legislar – das mais cometidas espécies de exercício arbitrário do poder – foi um dos motivos do surgimento das principais Cartas de Direitos, e até hoje é causa de justas preocupações pena, inclusive, de rompimento democrático.

A história brasileira também registra que os detentores do poder de legislar utilizaram-se dele para fins indevidos. Com base na lei o Partido Comunista foi privado de participar oficialmente do processo político. O ordenamento jurídico autorizou que os agentes da *lei e da ordem* dissolvessem, mediante violência física, manifestações legítimas; liquidassem associações; e impedissem reivindicações honestas. Em nome da lei pessoas foram capturadas, presas, torturadas e até mesmo mortas nos anos de chumbo.

O Ato Institucional Número Cinco (AI-5) resultou na perda de mandatos de parlamentares, nas intervenções ordenadas pelo Presidente, e na suspensão de garantias constitucionais que implicaram na violação de direitos humanos. O Presidente da República recebeu autoridade para fechar o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas dos Estados; assumir, durante os períodos de recesso forçado as funções do poder legislativo; intervir em Estados e Municípios sob o pretexto da *segurança nacional*; suspender as autoridades locais e nomear interventores federais; instituir a censura; suspender o *habeas corpus* nos crimes políticos; decretar a suspensão de direitos políticos dos cidadãos considerados subversivos; e lançar determinados decretos que não estavam sujeitos à controle judicial. A escravidão, exemplo máximo de desrespeito aos direitos humanos e de abuso através do controle econômico, já encontrou respaldo na lei.

Miguel Reale advertia que *não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do Estado Federal, quando há normas vigentes estabelecendo um “código superior de deveres”, o ato legislativo não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao “processo legislativo” para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem jurídica.*³ Araújo Junior ressalta que *os detentores do poder de fazer as leis, corrompidos pelo interesse, pelo prazer da exibição de poder, muitas vezes se apropriam do instrumento legislativo para fazer impor aos outros sua vontade e, com isso, obter vantagens.*⁴

Não se pode fechar os olhos para a realidade. Sabidamente grandes empresas exercem pressão econômica para obter leis que as beneficiem nas relações com consumidores e com seus empregados, no controle de negócios, e na facilitação de empréstimos, financiamentos e benefícios fiscais.

³ REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT 39/40, 1975. p. 76/77.

⁴ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995. p. 90.

Atualmente, nenhuma Constituição pode ser chamada de democrática se não conceber um sistema eficiente de divisão e controle recíproco dos poderes do Estado. É o chamado sistema de freios e contrapesos que contempla também o poder de legislar, impondo-lhe limites.

O Legislativo ocupa, na configuração tradicional da tripartição dos poderes, relevância indiscutível afetada à delicada tarefa de elaboração das leis. A abrangência, a abstração, a coerção e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam a grandeza desta função.

É da essência do regime democrático representativo que muitas das decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo. Consequentemente a competência legislativa implica em uma responsabilidade qualificada que impõe ao legislador a obrigação de empreender providências essenciais à população. A legislatura é, portanto, um dever do Poder Legislativo representante, e um direito do povo representado.

Mas não é um poder soberano, absoluto ou ilimitado, e sim regrado, em respeito ao Estado de Direito e ao regime democrático representativo ou indireto, e cuja ofensa, ostensiva ou sub-reptícia, converte a norma em condenável arbítrio. Os fundamentos de legitimidade democrática do ordenamento jurídico estão na sua constitucionalidade, que exige respeito aos princípios insculpidos na Constituição Federal; na regularidade procedimental; e na imparcialidade moral; assegurada, sempre, a possibilidade de manifestação direta da vontade daqueles que serão afetados pelas normas. Do contrário, o regime jurídico poderá servir a uma ordenação social injusta.

Também o reconhecimento da função ativa e independente a ser desempenhada pelos órgãos e instituições do sistema de justiça é elemento intrínseco à natureza do sistema democrático, e deve sempre orientar o legislador.

Pautado por critérios jurídicos e respeitado o regramento constitucional, o sistema de justiça pacifica a convivência sem arrefecer progressos, pela prevenção ou solução de conflitos.

Conforme magistério de Miguel Reale, *alegar-se-á que a lei pode tudo, até mesmo converter o vermelho em verde, para eliminar proibições e permitir a passagem de benesses, mas há erro grave neste raciocínio. As vedações constitucionais, quando ladeadas em virtude de processos oblíquos, caracterizam desvio de poder e, como tais, são nulas de pleno direito.*⁵ Araújo Junior anota que a *apropriação do poder de legislar e, consequentemente, de instrumentalizar o direito abusivamente, pode ocorrer de várias formas.*⁶ Assevera que o abuso do poder de legislar *poderá ser destinado a socorrer membros do grupo hegemônico em eventual dificuldade; que a lei penal poderá ser instrumentalizada para garantir a impunidade; e que o direito pode ser utilizado no sentido de eternizar o grupo dominante.* Exemplifica com *as leis que historicamente fixaram, ou deixaram de fixar, as áreas indígenas.* Menciona a *expropriação de bens, e o revanchismo político para sufocar classes funcionais que se mostraram hostis, através do estrangulamento de seus vencimentos.*

Desta maneira, o dever/poder de produzir normas jurídicas, contanto em parte política – porque encerra exercício de representação da vontade popular –, só é legítimo e constitucional se executado regularmente, voltado para os interesses públicos que motivaram a atribuição da competência legislativa, e sob o controle do Poder Judiciário. Do contrário, ver-se-á o legislador perdido em descaminhos, seduzido pela tentação de outorgar benefícios ou autorizar perseguições através de artifícios à margem dos princípios que devem informar o processo legislativo e toda a Administração Pública. Não raro a lei, sub-repticiamente, deforma ou subverte a Constituição Federal.

Daqui extrai-se a conceituação do abuso do poder de legislar. A atividade legislativa será abusiva, por ação ou omissão, sempre que ilegítima – para a satisfação de interesse diverso daquele que determinou o dever/poder constitucional de elaborar leis – ou irregular – porque os motivos determinantes do exercício daquele dever/poder não estão presentes, ou por inconstitucionalidade (formal ou material).

⁵ Ob. cit. p. 76/77.

⁶ Ob. cit. p. 90 e seguintes.

A legitimidade está relacionada com o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.⁷ A moderna doutrina constitucionalista informa que a utilização de fórmulas motivadas por razões espúrias ou ilegais (sentido amplo), contraria os princípios básicos do estado de direito, como a moralidade, a impessoalidade, e a eficiência. Em matéria de inconstitucionalidade não devemos nos ater apenas a aspectos estritamente formais, mas antes procurar verificar, no caso concreto, aquilo que a Constituição Federal ordena, com base no bem comum, e aquilo que a lei ordinária determina.

Esse dever/poder de legislar precisa acompanhar as necessidades da vida moderna, o que cobra uma resposta rápida e eficaz dos problemas identificados. É um dever de agir, adstrito à necessidade, qualificado pela presteza e eficiência, pois os espaços não ocupados pelo legislador podem ser tomados pelo arbítrio. Não por outra razão há mecanismos constitucionais de controle da omissão legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão.

Mas isto não se confunde com a formulação legislativa apressada que ocasiona graves deficiências como a incompletude, a incompatibilidade sistêmica, e a inconstitucionalidade. Por este motivo muitas leis são precedidas de estudos minudentes, prognósticos, levantamentos, audiências públicas, consultas, colaborações, etc. As consequências de eventual imprevisão e da imperícia podem causar danos irreparáveis.

Também não se pode tomar o dever de legislar como uma advertência absoluta da obrigatoriedade de edição de normas. Em um regime democrático a regra é a presunção de liberdade e o consequente regime legal mínimo – a inexistência de regulamentação não implica, necessariamente, no caos. É certo que a universalidade da atividade legislativa comporta poucas limitações materiais, mas o direito natural à liberdade que fundamenta o Estado democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa e se sobrepõe ao dever normativo, tornando o exercício da competência para legislar em uma atividade subsidiária. Isto implica dizer que a elaboração de normas está adstrita também ao princípio da necessidade, que obsta a promulgação de leis supérfluas ou iterativas – hipótese de abuso do poder de legislar.

A regularidade pertence ao universo do devido processo legislativo, e consiste na observância do conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento dos órgãos competentes na produção de leis ou atos normativos.⁸ O devido processo legislativo, corolário da legalidade, comporta três gêneros de limites a serem observados: formais ou procedimentais, circunstanciais, e materiais ou de mérito. Deve ser obedecido o procedimento legislativo, no momento oportuno, versando sobre matéria em conformidade com a Constituição.

As limitações formais ao poder de legislar abarcam todas as disposições específicas do processo legislativo (competência, iniciativa, trâmite, discussões, deliberações, votação, sanção ou veto e promulgação). Os limites circunstanciais evitam modificações no texto constitucional em certas ocasiões anormais e excepcionais no país, para evitar cerceamento da liberdade e independência de órgãos e instituições (estado de sítio, de defesa ou intervenção federal). Os limites materiais são diversos, e envolvem também temas sobre os quais o Parlamento sequer pode legislar – as chamadas cláusulas pétreas.

Estas cláusulas, que sempre devem ser observadas, não são passíveis de alteração ou desrespeito. Dentre elas estão princípios importantíssimos da vida moderna como a separação e independência dos Poderes e os direitos e garantias individuais (moralidade, razoabilidade, eficiência, proporcionalidade, etc.), entre outros. Dentre estas destacamos a isonomia no dever/poder de legislar pois, como adverte o preclaro Francisco Campos, *não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de igualdade, conferindo a uns van-*

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 506.

⁸ Idem.

*tagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros.*⁹

Em matéria penal também devem ser incluídos os princípios constitucionais da legalidade ou da reserva legal (*lex scripta*); da taxatividade (*lex certa* ou *lex stricta*); da fragmentariedade; da intervenção mínima ou subsidiariedade; da culpabilidade; da humanidade; da proporcionalidade da pena; e da igualdade; inclusive.

A inobservância dos limites da atividade parlamentar, definidos na legislação, de compulsório atendimento ou, noutras palavras, o abuso do poder de legislar, está sujeito ao controle preventivo e repressivo do Poder Judiciário. Isto porque contanto sabidamente desejável, nem sempre estes limites são observados com o necessário rigor. Não raro prevalecem, no processo legislativo, fatores políticos, econômico-financeiros ou de outra índole impostos através de artifícios indébitos que contornam o regramento da atividade parlamentar – tornando-o letra morta –, o que resulta na aprovação de leis inconstitucionais.

Como advertiu Miguel Reale *infelizmente, não é raro que, sob a mais aparatosa das “finalidades humanísticas” se realizem soluções que albergam vícios insanáveis de ilegalidade, para não falar das situações funcionais que redundam em reprováveis privilégios, rompendo a linha de proporcionalidade e de isonomia que deve reger as formas de retribuição material do serviço público.*¹⁰

O abuso do poder de legislar fere a Constituição Federal, causa insegurança jurídica, macula a separação dos poderes, gera instabilidades, infringe direitos e pode, até mesmo, implicar em uma quebra da democracia representativa. A imposição das modernas ditaduras não escapa do uso da força, onipresente em sistemas autoritários, mas utiliza-se, sobretudo, de leis abusivas como instrumentos para sedimentar-se no poder e nele perpetuar.

O projeto de lei nº 7.596/2017, já aprovado pelo Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, é típica expressão do abuso de poder porque viola o devido processo legislativo a partir da inobservância dos princípios da isonomia, da proporcionalidade (vedação da proteção deficiente), da taxatividade da lei penal, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, e da eficiência.

O projeto fere a isonomia na medida em que cuida apenas de parcela dos crimes de abuso de poder – aqueles cometidos por autoridades do sistema de justiça. Não estão previstos tipos penais específicos relacionados a condutas peculiares dos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco outros abusos de poder como os crimes dos artigos 313 a 326 do Código Penal, os delitos insculpidos na lei de licitações, as infrações penais de responsabilidade, etc.

Além disso, não há motivos para que apenas nas hipóteses de crimes de abuso de poder contempladas no projeto, que sabidamente não abarca todas as suas espécies, contem com regulamentação especial como a obrigação judicial de fixação do valor mínimo de indenização proporcional aos danos sofridos. Em verdade, esta deve ser regra para todas as condenações criminais.

Também foi dado tratamento diferenciado nos efeitos da condenação dos crimes de abuso de poder elencados no projeto, se equiparados com outros crimes do mesmo gênero, como aqueles previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral). É o caso da corrupção, que não se limita às ações de funcionários públicos – mais ampla e presente nas relações de poder, muitas vezes com o objetivo de manter uma relação de dominação ou situação de anomia.

Todas as autoridades públicas que abusam do poder de que se acham investidas ou violam deveres da função exercida são indignas da confiança que lhes foi depositada, incapazes de bem e firmemente servirem aos interes-

⁹ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 189

¹⁰ REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*. ob. cit. p. 74.

ses públicos. Vale lembrar que reconhecidamente *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

Não há razão jurídica que fundamente a criação de regras especiais sobre parte dos crimes de abuso de poder, sem o alcance de todos, distinguindo as autoridades públicas que cometem crimes previstos em lei específica daquelas que são condenadas por outras espécies de delitos de abuso de poder não contempladas na lei especial. A situação, se mantida, à evidência, fere a isonomia assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*).

A problemática já era identificada pela doutrina na análise da Lei nº 4.898/65 – *considerando a desigualdade de tratamento dado pela lei ao autor de um delito funcional de certa gravidade, como por exemplo o de concussão (CP, art. 316) e ao que cometeu um crime de abuso de autoridade, sustentávamos que o Magistrado deveria procura uma solução com base na equidade, não segundo o rigor da lei, mas, no dizer de Borges da Rosa, “com uma moderação e doçura razoáveis”*.¹¹

E há mais. O projeto apenas criminaliza atividades típicas do sistema de justiça, como a hermenêutica, sem atingir outras formas de abuso de poder. O art. 1º, §2º do projeto padece do emprego irregular da expressão *por si só*. Por motivos notórios, sabidos e públicos, o crime de hermenêutica é típico dos regimes autoritários.

Nos dizeres de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna Juízes e Promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos. De acordo com o jurista – *para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã*.¹²

A função jurisdicional do estado é inerente a interpretação que possibilita a justa aplicação das leis. Interpretar é extrair o conteúdo e o significado da norma. A interpretação dos textos, do sentido das palavras, é a hermenêutica, essência da função jurisdicional. A construção de tipos penais atrelados a interpretação de fatos, provas ou normas é crime de hermenêutica que, como essência do sistema de justiça, implica em infração ao princípio da separação dos poderes.

Para além disso, nem todo atentado às liberdades individuais, cometidos por agentes públicos, constitui crime de abuso de autoridade. Exige-se, para a incidência da norma penal, que o sujeito ativo atue com o propósito específico de extrapolar o poder que lhe é conferido por lei, violando, por conseguinte, os direitos fundamentais daquele contra quem dirige sua conduta, o que não é observado pelo projeto. E deve-se exigir mais. Para que a conduta seja típica, é imprescindível a vontade livre e consciente de exorbitar de seu poder, na mesma linha daquilo demandado nos crimes previstos nos artigos 313 a 326 do Código Penal.

Isto porquê sabidamente as normas jurídicas muitas vezes comportam diferentes interpretações. Não raro identificamos, em um mesmo Tribunal, posicionamentos diversos sobre um único dispositivo.

Nestas condições, a punição de autoridades públicas em razão da simples divergência na interpretação de leis ou na avaliação de fatos e provas encerraria retrocesso capaz até mesmo de dificultar progressos reconhecidamente feitos pela jurisprudência.

Essas máculas na igualdade e na separação dos poderes implicam também em violação da proporcionalidade, na sua vertente de vedação da proteção deficiente.

¹¹ FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 1999. p. 103.

¹² BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XXIII, t. III, Rio de Janeiro: MEC, 1956. p. 228.

O uso da autoridade, legítimo e saudável quando voltado para o interesse público e respeitados os limites legais, é inerente ao poder da Administração Pública, sem o qual seria impossível atingir o bem comum a que esta se destina. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, fruto da importante revolução francesa, já determinava, no art. 12, que *a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública*. Na mesma linha, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, na Seção 13, previa *que uma milícia bem regulamentada, com o corpo composto pelo povo, treinada para as armas, é a defesa adequada, natural e segura de um estado livre*.

Entretanto, o exercício do poder da Administração não é – e nem pode ser – desmedido. Encontra limites no ordenamento jurídico e apenas se legitima quando voltado para atender o bem comum. Eventuais excessos devem ser prevenidos e, caso identificados, reprimidos. Estabelece-se, portanto, uma relação de imprescindibilidade do emprego do poder da Administração com a igualmente necessária coibição dos abusos. Evidentemente que esta relação deve ser equilibrada, de modo que não se impeça o regular exercício da autoridade e tampouco se deixe de prevenir e punir os abusos eventualmente existentes.

Aqui incide, com grande valor, o princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot*) e a consequente proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*) – para o correto exercício do poder e para a punição dos desvios. Contanto não se encontre expresso na Constituição Federal, seu reconhecimento é unânime, na esteira da disposição do art. 5º, §2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*. É essencial observar a proporcionalidade elementar à salvaguarda dos direitos sociais e individuais e o exercício regular da autoridade, fundamental ao funcionamento da Administração Pública e conseqüentemente, à realização dos interesses públicos e atendimento do bem comum.

A vertente da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade atua como critério para a verificação de violação dos deveres estatais de proteção de direitos fundamentais. Está diretamente relacionada com a efetividade da ordem constitucional que não mais se satisfaz apenas com a vertente negativa, de abstenção, mas busca a intervenção pela realização plena dos direitos fundamentais.

E também as normas penais devem guardar sintonia com o princípio da proporcionalidade, exteriorizado pelos critérios da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, o legislador deve atuar dentro dos limites das vertentes negativa e positiva do princípio da proporcionalidade, impedindo-se excessos ou omissões, totais ou parciais. Em síntese, cumpre ao legislador estatuir um sistema de proteção constitucional-penal adequado.

O ato será inadequado quando não proteger os direitos fundamentais de maneira ótima, não será necessário quando existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará a proporcionalidade estrita se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau de plena realização do direito fundamental.¹³

No caso de exercício ou abuso de poder, em apreço, a proporcionalidade deve orientar as formas adequadas para a coibição deste, restrita aos meios que não impeçam o regular exercício daquele, imprescindível para a consecução do interesse público. A finalidade da criminalização do abuso de poder – coibir os excessos, regular o exercício correto das funções públicas e salvaguardar os direitos fundamentais – não pode implicar na depreciação da própria finalidade do poder conferido pela Constituição à Administração – atender ao interesse público e promover o bem comum.

¹³ Neste sentido: STF, Pleno, ADI 3.112-1/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007, DJE nº 131 de 26.10.2007.

O projeto, claramente viola a proporcionalidade, sobretudo a proteção insuficiente, ao tratar de maneira distintas situações que igualmente caracterizam abuso de poder, e quando impede o escorreito exercício da autoridade pública essencial ao atendimento eficiente dos fins a que a Administração se destina. Qualquer cerceamento ao regular exercício da autoridade pública implicará, ao fim e ao cabo, em empecilhos para a execução do interesse público e realização do bem comum – objetivo maior da vida em sociedade.

O apontado projeto também adota redação generalista nalguns de seus tipos penais, circunstância que viola o princípio da reserva legal – na forma da taxatividade que pressupõe a definição de todos os elementos que integram a conduta típica –, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Senão vejamos. O art. 9º, parágrafo único tipifica –*Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de (...)*. O art. 10 esculpe – *Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo (...)*. O artigo 12, parágrafo único, incisos I e II contém a elementar *imediatamente*. O inciso IV do parágrafo único do mesmo dispositivo contém a expressão *sem motivo justo e excepcionalíssimo*. O parágrafo único do art. 20 mantém a elementar *prazo razoável*. O art. 21, parágrafo único, possui, dentre suas elementares, o *ambiente inadequado*. O art. 30 incrimina o início da persecução penal *sem justa causa fundamentada*. O art. 31 menciona *estender injustificadamente*. Também fere a taxatividade o art. 43 do projeto, que trata do crime daquele que viola direito ou prerrogativa do advogado.

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 ger dúvidas na sua aplicação. 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.

Consoante magistério de Francisco de Assis Toledo – *a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios*.¹⁴

O tema foi bem exemplificado por Eugênio Raúl Zaffaroni – *Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: “São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns”, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade*.¹⁵

As expressões *dentro de prazo razoável*, *manifestamente descabida*, *imediatamente*, *sem motivo justo e excepcionalíssimo*, *prazo razoável*, *ambiente inadequado*, *sem justa causa fundamentada*, e *estender injustificadamente*, utilizadas como elementares de diversos delitos no projeto de lei, encerram conteúdo inequivocamente indeterminado e, portanto, inconstitucional.

Finalmente o projeto fere o procedimento legislativo. Isto porque diversos dispositivos foram integralmente incluídos pelo próprio nobre Relator, Senador Roberto Requião, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, §2º do Regimento Interno do Senado Federal – *Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer*. É o caso dos arts. 10, 11 e 43, dentre outros – que ostentam este vício procedimental.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1. São Paulo: RT, 2009. p. 386.

Em síntese, conforme magistério de Miguel Reale, *trata-se, não há dúvida, de enunciados óbvios, mas como advertia Wendell Holmes, vivemos numa época em que o óbvio parece andar esquecido*.¹⁶

E alerta Heleno Cláudio Fragoso que *não devemos ter muitas ilusões quanto à reversão do processo corrupto de abuso do poder de legislar, pois quaisquer estratégias de prevenção e controle somente serão eficazes quando ocorrer uma completa reforma da estrutura econômica e política de nossa sociedade, com o estabelecimento de uma ordem social mais justa e democrática*.¹⁷

3. CONCLUSÃO

O projeto de lei nº 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, impropriamente autodenominado *abuso de autoridade*, padece de diversas inconstitucionalidades, especialmente a inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente), o que caracteriza abuso do poder de legislar.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, o que exige o reconhecimento preventivo (judicial ou legislativo) da inconstitucionalidade do referido projeto ou, se prosperada a iniciativa contrária a Constituição Federal, o controle judicial repressivo.

A aprovação do projeto implicará na criminalização da hermenêutica jurídica e na desigualdade de tratamento dos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –, dificultará o exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicará o esclarecimento de infrações penais e responsabilização dos respectivos autores, impedirá a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e consequente pacificação da convivência, cerceará exercício regular da autoridade do sistema de justiça, criará um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causará abalos a intrínsecos elementos do regime democrático.

4. PROPOSTA DE ENUNCIADO

O projeto de lei nº 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, autodenominado *abuso de autoridade*, é inconstitucional em razão da inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente); e caracteriza abuso do poder de legislar.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, que foi exorbitado. Estas circunstâncias exigem controle de constitucionalidade preventivo (judicial ou legislativo) ou repressivo (judicial), pena de eventual aprovação implicar na criminalização da hermenêutica jurídica e na institucionalização do tratamento desigual aos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –, criar dificuldades ao exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicar o esclarecimento de infrações penais e responsabilização dos respectivos autores, impedir a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e consequente pacificação da convivência, cercear exercício regular da autoridade do sistema de justiça, gerar um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causar abalos a elementos intrínsecos do regime democrático.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito Penal e Direitos Humanos – coletânea de escritos esparsos*; e *Advocacia e Liberdade – crônica dos tempos da ditadura*; Apud ARAUJO JUNIOR. ob. cit. p. 92/93.

5. BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Ediouro, 1997.
- BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XXIII, t. III, Rio de Janeiro: MEC, 1956
Comentários à Constituição Federal Brasileira. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1932.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. t. 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
Direito Penal. t. 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: du Seuil, 1970.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "Writs" na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1959.
Lições de Direito Penal. v. 4º. São Paulo: José Bushatsky, 1959.
- FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 1999
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. v. I. São Paulo: Max Limonad, 1980.
Instituições de Direito Penal. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
Comentários ao Código Penal. v. I, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
Comentários ao Código Penal. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Parte I. São Paulo: Martin Cleret, 2005.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.
Tratado de Direito Penal. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. I. I. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1967.
- REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT 39/40, 1975.
Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Martins, 1960.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. I. I. São Paulo: Hemus, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1. São Paulo: RT, 2009.