



A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: BREVES COMENTÁRIOS À RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Ismar Barbosa Nascimento Junior

Advogado. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Salvador. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Professor universitário.

RESUMO

O presente artigo busca indagar se a decretação de prisões preventivas em desacordo com a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça poderia configurar o crime de abuso de autoridade, previsto no art. 9º da Lei 13.869/2019. De igual modo, será questionado se tal tipificação, à luz do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, mostra-se razoável. Ademais, a metodologia utilizada consistirá no uso de dados secundários, constantes em fontes bibliográficas. Finalmente, concluiu-se que a tipificação da conduta dos magistrados, nos moldes previstos no artigo supra, não se mostra adequada ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal. De igual modo, sob o prisma da tipicidade, a Recomendação em apreço não configura lei em sentido formal, não se amoldando à figura típica do delito em comento.

Palavras-chave: Lei de Abuso de Autoridade. Pandemia. Recomendação nº 62 do CNJ.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 trouxe inovações importantes no âmbito da legislação penal e processual penal. À guisa de exemplo, tem-se a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, o denominado “Pacote Anticrime”. Outra importante mudança legislativa se deu com a revogação da Lei nº 4.898/1965, a antiga Lei de Abuso de Autoridade. Destarte, passou a vigor, no Brasil, a Lei nº 13.869/2019, que tipificou uma série de condutas que poderiam ser realizadas por membros de diversos poderes de Estado, entre estes, o Judiciário.

Por outro lado, 2020 ficará registrado, na História, como o ano em que a pandemia de COVID-19 impactou o mundo de forma bastante significativa. No campo do Direito, mais

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

especificamente no Direito Penal, não foi diferente: o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n° 62/2020 como uma medida em face da nova situação trazida pela pandemia.

Assim, no que toca à decretação de prisões preventivas, o CNJ recomendou aos Tribunais e magistrados a necessidade de se observar a “máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva”, levando-se em conta as condições de insalubridade dos presídios brasileiros.

Nessa perspectiva, o problema de pesquisa apresentado consiste em indagar se os magistrados que, ao arrepio da Recomendação n° 62/2020, decretam ou mantêm prisões preventivas cometem o crime de abuso de autoridade. Porém, antes de estimular qualquer recrudescimento penal, consistente na criação de novas tipificações, deve-se indagar se a criminalização da conduta em apreço está de acordo com o princípio da subsidiariedade.

Assim, o objetivo geral desta exposição é abordar o art. 9° da Lei de Abuso de Autoridade. Surge, como objetivo específico, problematizar o dispositivo *retro* à luz do princípio da subsidiariedade, sem descurar da incidência, ou não, da Recomendação n° 62 do CNJ ao tema. Deve-se levar em conta que a dita Recomendação não é lei em sentido formal.

A metodologia utilizada consistirá no uso de dados secundários, consistentes em fontes bibliográficas, justificando-se a escolha do tema pela sua atualidade, mormente em tempos de pandemia, onde o confinamento de pessoas pôde gerar consequências desastrosas.

2 A RECOMENDAÇÃO N° 62 DO CNJ E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ASPECTOS GERAIS

As funções do Estado, no sentido de ordenar a vida em sociedade, podem ser identificadas através dos serviços públicos prestados, entre estes, a administração da justiça, mediante o monopólio da função jurisdicional. De igual modo, existe o poder-dever constitucional de prestar a segurança pública. Tais serviços são executados por funcionários públicos, que agem em nome do Estado.

No Brasil, casos de abuso de autoridade praticados por policiais militares, no exercício da polícia ostensiva, levaram a Organização das Nações Unidas a cobrar explicações do Governo Federal (CHADE, 2020a). Sobre o tema, pesquisa realizada, em Salvador, Bahia, pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (2018), aponta para a subnotificação, no âmbito

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

das audiências de custódia, dos casos de torturas praticadas por policiais, quando da realização de prisões em flagrante. Contudo, não se aborda, com a mesma regularidade, eventuais abusos cometidos por outros servidores públicos, a exemplo de magistrados(as).

A partir desse dado, sugere-se que os abusos de autoridade praticados pelos denominados agentes políticos, a exemplo dos membros do Judiciário e Ministério Público, bem como delegados de polícia, integram as chamadas cifras amarelas, isto é: condutas que sequer chegam ao conhecimento dos órgãos de persecução penal, de acordo com Aquino e Rodrigues (2018). Nesse sentido, a “imagem de austeridade” do Poder Judiciário e a menor exposição em relação aos outros Poderes constitucionais acabam por blindar aquele de eventuais críticas, segundo Flauzina e Pires (2020).

Contrariando essa tendência, a nova Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869/2019, tipificou uma série de condutas que poderiam ser realizadas por membros de diversos poderes de Estado, dentre estes, o Judiciário, configurando a decretação de prisão preventiva, em desconformidade com as hipóteses legais, crime punível com pena de 1 a 4 anos de detenção, e multa, sendo este dispositivo o objeto de estudo apresentado.

Por outro lado, a despeito do entusiasmo que o recrudescimento do Direito Penal poderia causar em determinados setores, sabe-se que este ramo do saber possui alguns princípios reitores, entre esses, a subsidiariedade. Nessa conformidade, a repressão penal só seria cabível quando outros ramos do Direito não fossem suficientes à proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Assim, é sabido que existem mecanismos correicionais e, eventualmente, ações autônomas de impugnação, onde o custodiado poderá, através de defensor público ou constituído, agitar o seu inconformismo em face de um decreto prisional ilegal.

Outro aspecto digno de nota é: se a prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui a exceção, o advento da pandemia gerada pela COVID-19 trouxe à tona o risco inerente às unidades prisionais, dadas as suas condições insalubres e propícias a uma contaminação em massa.

Em face dessa realidade, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, recomendando aos Tribunais e magistrados a necessidade de observar a “máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva”.

Ocorre que, a despeito de tal previsão, as Defensorias Públicas do Brasil vêm impetrando *habeas corpus* coletivos, requerendo a concessão da ordem, a fim de permitir aos

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

custodiados a possibilidade de cumprirem medidas cautelares diversas da prisão, nos termos preconizados pela Recomendação supra. Toma-se como exemplo a concessão de liminar deferida pelo Superior Tribunal de Justiça à Defensoria Pública do Estado do Ceará, em março de 2020, permitindo que presos por dívida alimentícia pudessem cumprir prisão domiciliar (BRASIL, 2020c).

De igual modo, a Defensoria Pública da União impetrou *writ* coletivo, com fundamento na Recomendação nº 62/2020 do CNJ¹ (SANTOS, 2020).

Um dispositivo jurídico curioso, e já revogado, era a Lei nº 4.898/1965, a antiga Lei de Abuso de Autoridade. Publicada durante o período militar, não é de se espantar que o aludido diploma cominasse, a título de penas, somente: multa; detenção por dez dias a seis meses; perda do cargo ou inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos, nos termos do art. 6º do mencionado diploma.

Se está longe de depositar a fé no caráter dissuasório do Direito Penal, a dita prevenção geral negativa. De acordo com Ramalho Júnior (2017), não há comprovação empírica de tal efeito da pena, o que indicaria a falência do sistema penal, já noticiada por Foucault (2008). Porém, é notória a brandura com a qual o legislador tratava as condutas incriminadas na antiga Lei de Abuso de Autoridade.

Assim, ao prever dispositivos mais severos, apontando, expressamente, como sujeitos ativos, integrantes de algumas carreiras jurídicas de prestígio, a entrada em vigor da Lei nº 13.869/2019 trouxe diversas resistências dos chamados órgãos integrantes da persecução penal.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com a ADI nº 6.236, alegando que o diploma em apreço fere a independência do Poder Judiciário (COELHO, 2019).

Embora não integre os órgãos de persecução, o Partido Podemos ajuizou a ADI nº 6.302 contra os dispositivos da lei, alegando que esta contraria a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, bem com a Constituição Federal, no que pertine à independência do Poder Judiciário.

Nesta conformidade, Nóbrega (2019), em artigo publicado no *site* da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), afirma que o art. 9º da mencionada lei “[...] interfere diretamente na livre convicção dos magistrados no momento de decidir sobre a liberdade ou a prisão de alguém”.

¹Nos termos da inicial: “[...] A resistência dos diversos Juízos do país em aplicar a Recomendação 62/2020 do CNJ, mesmo com a insistência de Defensores e advogados, bem como a profusão de decisões e de pessoas que se enquadram nos requisitos da mencionada norma, justificam a análise coletiva do pleito pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente reforçada pela urgência da situação” (SANTOS, 2020).

Por sua vez, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.266, alegando que a nova lei contribui para um cenário de insegurança jurídica, uma vez que são cominadas penas dirigidas a servidores que atuam no exercício de suas profissões.

Nesse sentido, os delitos previstos na Lei de Abuso de Autoridade são crimes próprios, uma vez que é exigida uma característica específica do agente, nos termos do artigo 2º da Lei nº 13.869/2019.

Esse é um breve apanhado das reações enfrentadas pela lei em apreço. Um dado digno de nota é o caráter ativo das associações de classe, indo além do papel de aplicadores do Direito, participando como grupos de pressão, desde a votação do Projeto de Lei, no Congresso, que deu origem à norma em comento, até o questionamento de dispositivos do diploma perante o STF.

Sem embargo, em relação ao art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade, existe um aparente choque com o princípio do livre convencimento motivado. Por outro lado, leciona Ferrajoli (2002) que, aos juízes, deve-se conferir a mínima possibilidade de se afastar das leis, configurando o paradigma da estrita jurisdicionariedade. Nesse passo, a “lei” deve ser interpretada em sentido lato, compreendendo a Constituição, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

É no diploma processual que estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, em seu art. 312. Contudo, a reforma de 2011, responsável pela inserção das medidas cautelares diversas da prisão, conferiu, ainda mais, às medidas privativas de liberdade um caráter de *ultima ratio*. Afinal, a prisão seria cabível somente quando as outras medidas cautelares, diversas, mostrassem-se insuficientes.

Este é o discurso oficial: a decretação de prisões preventivas como *ultima ratio*. Contudo, um relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2015, apontou o uso excessivo de prisões preventivas na América Latina, com a tendência de Juízes decretarem a segregação cautelar, ainda que existentes outras medidas.

Nesse sentido, a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta as audiências de custódia, menciona, em seus Considerandos, a necessidade de observar o caráter extremo das prisões, bem como o relatório “[...] sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos” (BRASIL, 2015).

Depreende-se, portanto, o caráter “endêmico” do uso das prisões provisórias no Brasil. Afinal, um dos fundamentos das audiências de custódia é o desencarceramento, no que toca às prisões preventivas².

Destarte, neste cenário de uso abusivo das prisões preventivas, surge uma nova situação: o reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde, em 30 de janeiro de 2020, de que há uma emergência de saúde pública internacional envolvendo a COVID-19, provocada pelo novo coronavírus. Em 11 de março de 2020, o surto de COVID-19 foi considerado uma pandemia pela OMS (OPAS, 2020).

Assim, “[...] foram confirmados no mundo 18.614.177 casos de COVID-19 (259.344 novos em relação ao dia anterior) e 702.642 mortes (6.488 novas em relação ao dia anterior) até 6 de agosto de 2020” (OPAS, 2020).

Neste cenário, chama atenção a alta possibilidade de contaminação do vírus, mormente no ambiente prisional, onde as condições insalubres são propícias à propagação de doenças. Existe, inclusive, um pedido de ação, formulado pela OEA, em face do Brasil, no sentido de conter o avanço da doença nos presídios (CHADE, 2020b).

Ciente do risco de contaminação em massa nas unidades prisionais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020. O ato normativo, que não é vinculante, representa mais uma iniciativa do mencionado órgão, no intuito de informar aos Tribunais e juízes que a prisão é a *ultima ratio*. E, em tempos de pandemia, dadas as condições dos presídios no Brasil, a utilização de prisões cautelares deve ser, mais ainda, reservada a casos extremos.

2.1 A Recomendação nº 62 do CNJ e o contexto da pandemia

Ao CNJ, compete fiscalizar e normatizar o Poder Judiciário, nos termos da Constituição (art. 103-b §4º, I, II e III da CF). Nesta conformidade, os Considerandos da Recomendação levam em conta a declaração de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela OMS. Dentre os Considerandos, destacam-se as seguintes informações:

CONSIDERANDO que o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas,

² Nos termos dos Considerandos da Resolução nº 213/2015: “**CONSIDERANDO** o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente” (BRASIL, 2015).

imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções; CONSIDERANDO que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos (BRASIL, 2020).

Depreende-se, portanto, que a saúde das pessoas privadas de liberdade tem um impacto na saúde de toda a sociedade, uma vez que aquelas estão em contato com: agentes penitenciários, policiais, parentes dos internos, enfim, indivíduos que circulam para além dos limites dos estabelecimentos prisionais.

Diante desse quadro, o CNJ recomendou: “aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo”, nos termos do art. 1º da Recomendação (BRASIL, 2020).

Nesta conformidade, o art. 4º recomenda “a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 [...]”, bem como “a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias” (art. 4º, II) (BRASIL, 2020).

Percebe-se que a Recomendação indica, em seu bojo, as doenças relacionadas aos indivíduos pertencentes ao grupo de risco. Discutiu-se alhures o caráter de *ultima ratio* da decretação das prisões cautelares, uma vez que, no ordenamento pátrio, a liberdade é a regra. Nesse passo, se a segregação cautelar já configurava medida extrema, em tempos de pandemia, tal medida deveria ser utilizada com muitas ressalvas, principalmente em relação aos chamados integrantes do grupo de risco.

Assim, atendendo-se ao problema de pesquisa formulado na Introdução, indaga-se: a decretação de prisões preventivas, em desacordo com a Recomendação nº 62 do CNJ, implicaria na prática do crime de abuso de autoridade, previsto no art. 9º da Lei nº 13.869/2019?

2.2 A decretação de medidas privativas de liberdade e a nova Lei de Abuso de Autoridade

Se a Lei nº 4.898/1965 cominava penas brandas àqueles que ofendessem os bens jurídicos tutelados pela dita norma, o mesmo não pode se afirmar em relação à nova Lei de Abuso de Autoridade. Deste modo, dispõe o art. 9º:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.

Para fins de responder à pergunta de pesquisa formulada, será indagado, primeiro, se a Recomendação nº 62 do CNJ, por não se tratar de lei, poderia ser enquadrada dentro das “hipóteses legais”. Afinal, trata-se de uma “recomendação”.

De início, importa frisar que o Direito Penal possui interpretação restritiva. Assim, as “hipóteses legais” a que se refere o art. 9º são as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal. De acordo com Ferraz Júnior (2013, p. 119), “[...] a lei é fonte do Direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”. Ademais, de acordo com o autor, existe uma série de procedimentos institucionais que, quando cumpridos, imprimem à norma um *status* jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2013).

Soares (2013, p. 66-67), resgatando o significado etimológico da palavra “lei”, informa que o vocábulo latino *lex* “[...] deriva do verbo *lego*, que expressa as ações de ‘ligar’ ou ‘falar’”. Por outro lado, o processo legislativo é condição sem a qual as leis não ingressam no mundo jurídico.

Assim, em sendo a Recomendação nº 62 um ato normativo desprovido de caráter vinculante, não tendo passado pelo devido processo legal legislativo, o descumprimento da mesma, por magistrados e tribunais, não ensejaria a incidência do art. 9º da Lei nº 13.869/2019. Afinal, a competência para legislar sobre Direito Penal, e Processo Penal, é privativa da União, através do Congresso Nacional, a teor da Constituição Federal.

Contudo, em pesquisa, deve-se evitar aquilo que Bourdieu (2000, p. 23) denominou “a ilusão do saber imediato”. Afinal, se a resposta ao problema de pesquisa estivesse “pré dada”, estaríamos diante de um falso problema.

A Resolução nº 213/2015 do CNJ, que regulamenta as audiências de custódia, não foi emanada do Poder Legislativo federal. Porém, tais audiências, consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrem há alguns anos no Brasil.

Nesse passo, o STF entendeu que a Resolução acima, em realidade, conferia validade a disposições constantes no Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de caráter supralegal, ou seja: acima do Código de Processo Penal e abaixo da Constituição Federal.

Por outro lado, no que pertine ao *caput* do art. 9º da Lei nº 13.869/2019, pode-se inferir que, a despeito da Recomendação nº 62 do CNJ não configurar “lei” no sentido formal, o conceito de “norma”, para Ávila (2012), diria respeito à interpretação que o jurista realiza a partir do texto positivado. Assim, a lei, do ponto de vista dogmático, seria um *a priori*, de sorte que a norma representa o resultado da interpretação incidente sobre a lei.

Destarte, partindo-se de uma interpretação teleológica do art. 9º supra, este teria como objetivo evitar o uso arbitrário das prisões, protegendo, em último caso, o bem jurídico da liberdade, uma garantia fundamental.

Registre-se que, em tempos de pandemia, não estar em um presídio, para algumas pessoas integrantes do grupo de risco, é uma forma de resguardar o próprio direito à saúde e, porque não dizer, à vida, dada a alta letalidade do vírus em pessoas que apresentam as chamadas “comorbidades”.

Porém, ainda resta um questionamento: criminalizar a conduta do magistrado que decreta uma prisão preventiva, em tempos de pandemia, ao arrepio da Recomendação nº 62 do CNJ, seria uma medida proporcional e suficiente à proteção dos bens jurídicos saúde e vida, quando se trata, por exemplo, de pessoas com comorbidades?

2.3 Da Subsidiariedade do Direito Penal

Viu-se, no tópico acima, que a lei, em sentido formal, é a fonte imediata do Direito Penal. Assim, a Lei de Abuso de Autoridade, ao obedecer às regras legislativas referentes à edição ou promulgação legal, atende àquele requisito. Resta problematizar o art. 9º do dito diploma à luz do princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*.

De acordo com Muñoz Conde (1975 *apud* BITENCOURT, 2017, p. 56), a intervenção do Direito Penal só deve incidir quando fracassados os outros meios de controle social. Dito isto, se o bem jurídico tutelado pela norma objeto de estudo é a liberdade de locomoção dos custodiados, certo é que existem outros meios de proteger tal bem, sem que se recorra ao direito punitivo.

E mais: criminalizar um decreto prisional carente de fundamentação idônea, ou que deixa de aplicar medida cautelar diversa da prisão, implica em reconhecer que a atividade judicante possui um risco. E que este é penalmente relevante, a ponto de reclamar a proteção do Direito Penal.

Beck (2011), na obra “A Sociedade de Risco”, chama atenção para o fato de que, em sociedades complexas, a produção de riquezas traria em si riscos, citando, como exemplo, as atividades ligadas à energia nuclear. Alguns desses riscos seriam criminalizados, no intuito de se conferir uma maior proteção a bens jurídicos.

Em tempos de pandemia, o “risco” penalmente relevante seria a segregação cautelar de pessoas em ambientes insalubres e propícios à propagação da COVID-19, caso a Recomendação nº 62 do CNJ fosse considerada “lei”, na hipótese prevista no art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade. Ao revés, um argumento contrário a tal “expansão do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002) seria o princípio da intervenção mínima.

Por outro lado, não se pode desconsiderar aquilo que Hulsman e Celis (1993, p. 63) denominam como “dimensão simbólica da pena”, na perspectiva da prevenção geral negativa: dissuadir o destinatário da norma penal de cometer a conduta típica, conquanto tal caráter dissuasório seja de difícil comprovação empírica (RAMALHO JÚNIOR, 2017).

Nesse passo, existem outros mecanismos capazes de estimular os(as) magistrados(as) a melhor observar os requisitos autorizadores da prisão preventiva, mormente em tempos de pandemia.

Não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal em vigor, instrumento que disciplina a temática das prisões, foi outorgado em um Estado de Exceção, durante a Ditadura Vargas. Assim, de acordo com Gloeckner (2018), existe uma cultura autoritária que permeia o processo penal brasileiro, pois o CPP foi erigido com base na doutrina da defesa social³, e não como um diploma garantidor de direitos.

Destarte, é no mínimo curioso o fato de o Brasil, país refratário em relação a outras nações latino-americanas no que diz respeito a sistemas processuais penais, buscar combater o uso arbitrário de prisões preventivas com mais Direito Penal.

³ A defesa social, calcada em um modelo que compreende a persecução penal como parte integrante da segurança pública, apregoa a necessária contenção da criminalidade via processo, de acordo com Baratta (2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As más condições das prisões brasileiras não são novidade, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado, inclusive, que há um “Estado de Coisas Inconstitucional”, na ADPF nº 347/DF, no que diz respeito a tais estabelecimentos.

Nesse passo, as péssimas condições de salubridade e a superlotação, circunstâncias que não atendem às cominações da Lei de Execução Penal, fazem das cadeias públicas e penitenciárias um ambiente propício à proliferação de doenças. Este cenário se torna ainda mais caótico com o surgimento da pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus.

Deste modo, as condições carcerárias poderiam significar, em alguns casos, risco de vida aos custodiados, uma vez que a forma mais eficaz de combater o avanço do vírus seria, de acordo com as autoridades sanitárias, o isolamento social, embora tal distanciamento se mostra de difícil consecução no ambiente prisional.

Ciente desta situação, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62, que recomenda aos tribunais e magistrados que a prisão preventiva, dentre outras medidas constritivas de liberdade, seja utilizada, somente, em último caso.

Não se pode perder de vista que, independentemente da situação pandêmica, a segregação cautelar, no ordenamento brasileiro, é a *ultima ratio*. Assim, esse dado, em tempos de pandemia e de acordo com a Recomendação citada, torna-se ainda mais premente.

Por outro lado, o objeto de estudo do presente é o art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade. Assim, buscou-se indagar se a decretação de uma prisão preventiva em desacordo com a Recomendação em análise configuraria crime de abuso de autoridade.

Realizando-se uma interpretação gramatical, sem descurar do caráter restritivo dessa em matéria penal, conclui-se que a Recomendação nº 62 não é lei no sentido formal, ou seja: promulgada, após devido processo legal legislativo, pela União, nos termos do art. 22, I da Constituição Federal de 1988. Deste modo, a Recomendação em apreço não se insere nas hipóteses reclamadas pelo art. 9º, *caput* da Lei de Abuso de Autoridade, pois, em se tratando de Direito Penal, somente a lei é fonte imediata.

Por outro lado, as audiências de custódia no Brasil estão regulamentadas por uma Resolução do CNJ, de nº 213/2015. Afinal, ainda que o Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, tenha inserido o instituto no Código de Processo Penal, certo é que o seu dispositivo está

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

suspensão por força de Ação Direita de Inconstitucionalidade. Em outras palavras, uma Resolução do CNJ disciplina matéria processual penal, de competência privativa da União.

Porém, o Processo Penal, além de permitir analogia, tem como fonte os tratados internacionais que o Brasil é signatário, conforme o art. 1º do CPP, e o mesmo não se aplica ao Direito Penal, sendo a lei a sua fonte.

Noutro giro, para além de problematizar o art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade em face da Recomendação nº 62 do CNJ, entende-se que o dispositivo analisado não atende ao princípio da subsidiariedade. Afinal, existem outras formas de proteger o bem jurídico da liberdade, e a própria saúde dos custodiados, sem precisar recorrer à norma penal incriminadora.

Chama-se atenção, portanto, para a estrutura autoritária do processo penal brasileiro, concluindo-se que a criação do tipo penal objeto de estudo não é o meio proporcional para dirimir o problema do uso abusivo das prisões preventivas no Brasil, inclusive, no contexto da pandemia.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Valéria Stephanie Araújo de; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. As cores do direito penal nas estatísticas dos crimes. **Jus**, Teresina, jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67305/as-cores-do-direito-penal-nas-estatisticas-dos-crimes>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: RT, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 23. ed. São Paulo, Saraiva: 2017.

BOURDIEU, Pierre. A ruptura. *In*: BOURDIEU, Pierre. CHAMBOREDON, Jean-Claude. PASSERON, Jean-Claude. **A profissão de sociólogo**: preliminares epistemológicas. Tradução de Guilherme Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 23-42.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

BRASIL. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.** Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898impressao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Relator: Min. Luiz Fux, 20 ago. 2015b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental 347 Distrito Federal Relator: Min. Marco Aurélio 09 set. 2015c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: CNJ, [2018]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.266 Distrito Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Relator: Min Alexandre de Moraes, 22 nov. 2019b. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>. Acesso em: 09.nov.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.236 Distrito Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Relator: Min Alexandre de Moraes, 28 set. 2019c. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em:

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.302 Distrito Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Relator: Min Alexandre de Moraes, 8 jan. 2020a. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>. Acesso em: 10.nov.2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**.

Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Devedores de pensão alimentícia no Ceará deverão cumprir prisão em regime domiciliar. **STJ**, 26 mar. 2020c. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Devedores-de-pensao-alimenticia-no-Ceara-deverao-cumprir-prisao-em-regime-domiciliar.aspx>. Acesso em: 27 mar. 2020.

CHADE, Jamil. ONU cobra respostas do Brasil sobre violência policial, milícia e Ditadura.

Notícias Uol, 2 jun. 2020a. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/02/onu-cobra-respostas-do-brasil-sobre-violencia-policial-milicia-e-ditadura.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. OEA pede ação do Brasil diante de avanço da covid-19 nos presídios. **Notícias UOL**,

10 ago. 2020b. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/08/10/oea-pede-acao-do-brasil-diante-de-avanco-da-covid-19-nos-presidios.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 19 ago. 2020.

COELHO, Gabriela. Celso de Mello é relator das ações que questionam Lei de Abuso de Autoridade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 set. 2019 Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-set-30/celso-mello-relator-aco-es-lei-abuso-autoridade>. Acesso em: 15 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2020, p. 1211-1237.

Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v11n2/2179-8966-rdp-11-02-1211.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda, 1993.

IBADPP – Instituto Baiano de Direito Processual Penal. O IBADPP divulga o resultado da pesquisa sobre as audiências de custódia realizadas no estado. **IBADPP**, Salvador, 28 mar. 2018. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado/>. Acesso em: 26 maio 2020.

NÓBREGA, Fábio George Cruz da. Por uma lei que puna, de fato, o abuso de autoridade. **Associação Nacional dos Procuradores da República**, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/23611-por-uma-lei-que-puna-de-fato-o-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 17 ago. 2020.

OEА - Organização dos Estados Americanos. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas**: introdução e recomendações. Washington, D.C.: CIDH, 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

OPAS - Organização Pan-Americana de Saúde. Folha informativa COVID-19 – Brasil. **OPAS/OMS**, Washington, DC, [2020]. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 06 ago. 2020.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS, Rafa. Por coronavírus, Defensoria pede liberdade ou domiciliar para presos de risco. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-18/coronavirus-defensoria-liberdade-ou-domiciliar-presos>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

THE NEW LAW OF ABUSE OF AUTHORITY: BRIEF COMMENTS ON THE RECOMMENDATION N. 62 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE

ABSTRACT

This article seeks to inquire whether the application of pre-trial detentions, in disagreement with Recommendation n. 62 of the National Council of Justice, could constitute the crime of abuse of authority, provided for in article 9 of the mentioned diploma. Likewise, it will be questioned whether such classification, in light of the principle of subsidiarity of Criminal Law, appears to be reasonable. In addition, the methodology used will consist of the use of secondary data, contained in bibliographic sources. Finally, it was concluded that the typification of the conduct of the magistrates, along the lines provided for in article 9 of the Law of Abuse of Authority, is not adequate to the principle of subsidiarity of Criminal Law. Similarly, from the perspective of typicality, the Recommendation under review does not constitute law in the formal sense, not fitting itself to the typical figure of the crime in question.

Keywords: Law of Abuse of Authority. Pandemic. Recommendation n. 62 of the CNJ.