

Orgs.

*Sérgio Salomão Shecaira
Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini
Júlia de Moraes Almeida*

CRIMI NOLOGIA

*Estudos em homenagem ao
Professor Alvino Augusto de Sá*

*Prefácio por
Sérgio Salomão Shecaira*

 editora
D'PLÁCIDO





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Os autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes
Editor Tales Leon de Marco
Produtora Editorial Bárbara Rodrigues
Capa, projeto gráfico Nathalia Torres
(Foto via arquivo pessoal dos organizadores)
Diagramação Nathalia Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

C929 Criminologia : estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá / Sérgio Salomão Shecaira, Julia de Moraes Almeida, Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini (organizadores). - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
562 p.

ISBN 978-65-5589-018-1

1. Direito. 2. Criminologia. 3. Sá, Alvino Augusto de. I. Shecaira, Sérgio Salomão. II. Almeida, Julia de Moraes. III. Ferrarini, Luigi Giuseppe Barbieri. IV. Título.

CDDir: 341.59

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



O tratamento penal ao abuso de autoridade no Direito brasileiro¹

Luciano Anderson de Souza²
Tarsila Fonseca Tojal³

Introdução

É da essência da relação entre o poder público e o indivíduo no Brasil um enorme estranhamento mútuo. Decorrente de razões estruturais, que remetem ao patrimonialismo do Estado brasileiro, encapsulado por estamentos burocráticos hegemônicos, essa antipatia é perceptível cotidianamente. Seguramente que não passa despercebida a comum presunção de falso que acompanha o documento que um administrado apresente à autoridade pública, se desprovido das sempre necessárias autenticações, firmas reconhecidas e outras chancelas cartoriais. No mesmo sentido, corre o frequente lembrete estampado no balcão de muitas repartições públicas, que adverte o cidadão para o cometimento do crime de desacato (“Art. 331 - *Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa*”). Historicamente, o

¹ O presente texto foi produzido especialmente para homenagear o querido Prof. Alvino Augusto de Sá, docente dos dois autores, em gerações bastante distintas, no Largo de São Francisco, além de, nos últimos anos, colega do primeiro autor no Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Nestes momentos sanfranciscamos diversos, não obstante, o saudoso Alvino permaneceu igualmente como professor competente, dedicado, divertido e generoso. Seus ensinamentos de Criminologia Clínica, além de sua personalidade cativante, farão muita falta nas Arcadas. A – tímida – atenuação do vácuo instaurado somente pode se dar pela sincera homenagem à sua memória.

² Professor Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

³ Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

Estado, entre nós, não se apresenta como uma arena de mediação política, motivo da desconfiança que se abate sobre a maioria.

Pois é nesse estranhamento que reside toda a discussão sobre o abuso de autoridade, cuja criminalização foi recentemente revista pela Lei n.º 13.869/2019. Trata-la como um atentado a operações policiais de grande repercussão nacional ou, de outra senda, como a solução infalível aos espasmos de autoritarismo que acometem a Administração Pública, não passa de visão míope da realidade.

Dessa forma, este artigo se propõe, a partir de uma análise abrangente, inclusive de caráter histórico, demonstrar que muito da celeuma em torno da Lei n.º 13.869/2019 se apoia em falsas premissas e falsas questões, que escondem um problema verdadeiro. Criou-se verdadeira cortina de fumaça a encobrir o descompromisso das estruturas estatais com o real enfrentamento das arbitrariedades cometidas por suas autoridades, problemática essencial dentre os crimes contra a Administração Pública.

1. Considerações preliminares sobre o “abuso de poder” no Estado de Direito

A contenção de *abusos* praticados pelos agentes estatais é uma preocupação própria do Estado Contemporâneo, edificado sobre a moderna noção de Constituição, a separação dos poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos e suas garantias. A concepção de um modelo antitético ao exercício arbitrário do poder, tal como experimentado no Antigo Regime, representa um marco para a formação do Estado de Direito. Em uma radical mudança de paradigma, é o indivíduo que passa a ocupar papel central, enquanto titular de direitos civis e políticos. A seu turno, o Estado, pelos agentes que manejam o exercício do poder, passa a se ver obrigado a agir sob o império do princípio da legalidade⁴.

O *poder* e sua *contenção*: essa é a norma fundante da configuração estatal do século XIX, cuja vocação liberal exprimia-se na construção de aparatos jurídicos que resguardassem as garantias e direitos individuais. Trata-se, aqui, de um Estado mínimo, que será convocado a atuar pre-

⁴ TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios*. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, p. 9. Como observa o autor, de fato, “a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica” e “a lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas”. A função administrativa passa a se submeter aos limites estabelecidos pela função legislativa, o que, por sua vez, é assegurado pela função jurisdicional.

cipuamente de forma pontual e reativa, na exata medida do necessário para assegurar a liberdade de seus cidadãos.

Já a partir do século XX, verifica-se o esgotamento dessa conformação, o que não altera o *status* do abuso de poder como uma circunstância merecedora de permanente controle. As crises que desafiaram o liberalismo econômico clássico, oriundas das contradições e incompatibilidades que lhe eram inerentes, exigiram do Poder Público a assunção de uma postura intervencionista, voltada à integração do modelo econômico capitalista e à garantia de novos direitos fundamentais, de jaez econômico, social e cultural. Nas palavras de Caio Tácito, o Estado é “*convocado a disciplinar e conter os excessos da atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social*”, tutelando interesses sob uma nova ótica, com contornos mais coletivos⁵.

A atuação administrativa, por meio de ações afirmativas, torna-se um pressuposto infungível para a satisfação das necessidades dos cidadãos, a ponto de o serviço público ganhar o *status* de peça-chave do Direito Público⁶. O interesse público, indisponível, vincula-se diretamente aos poderes administrativos, tidos como verdadeiros poderes-deveres, desde que dentro da legalidade e legitimidade⁷.

Nesse momento, é certo, o Estado intervencionista dispõe de maior grau de discricionariedade na prestação de serviços públicos, sobretudo no que diz respeito aos motivos e finalidades conferidos aos atos administrativos⁸. A dinamicidade e plasticidade próprias das novas funções que lhe são atribuídas, no entanto, também consubstanciam um terreno propício a abusos⁹, mormente em democracias não suficientemente maduras.

O *abuso de poder* por agentes públicos, assim, adquire um caráter particularmente deletério, seja por evocar uma lógica arbitrária de exercício do poder, antagônica ao Estado de Direito, seja em razão do protagonismo

⁵ TÁCITO, Caio. *O abuso de poder...*, cit., p. 10.

⁶ V. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Responsabilidade do estado (Tratado de direito administrativo, vol. 7 - coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 244 e ss.

⁷ SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. Abuso de poder. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 212-222, 2005, p. 212.

⁸ LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 144, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abr./jun. 1981, p. 10.

⁹ LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema ..., cit., p. 2.

desempenhado pelo Poder Público na concretização de direitos alçados à posição de fundamentais.

No campo dogmático, e especialmente no Direito Administrativo, que ganha força no século XX, sobressaem-se discussões acerca da abordagem jurídica a eventuais abusos cometidos no âmbito do exercício de funções públicas, ganhando destaque, por exemplo, o tema da responsabilidade civil do Estado¹⁰ e o controle jurisdicional dos atos que exorbitem os limites da legalidade.

Com relação a este último, apesar de não competir ao controle jurisdicional a avaliação do mérito das escolhas do administrador, sendo-lhe tradicionalmente defeso apreciar o juízo de oportunidade e conveniência realizado pela Administração Pública, dele passa a ser exigido o “*patrolhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos*”¹¹.

Caio Tácito define o *abuso de poder* como “*o reverso do princípio da legalidade da administração pública*”¹², enquanto Luiz Sérgio Ribeiro de Souza o associa à “*conduta do administrador público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras*”¹³. A violação da legalidade, causa de nulidade do ato administrativo, é classificada sob as perspectivas externa e interna. Diz-se do vício de legalidade externa aquele relativo à incompetência da autoridade de quem emana o ato, ao vício de forma e à ilicitude do objeto, enquanto que a legalidade interna refere-se à inexistência de motivos para o ato e ao desvio de finalidade¹⁴.

Quando se cuida de *abuso* praticado por agentes estatais, portanto, deve-se ter em mente que o temário, historicamente, diz respeito sobretudo a uma preocupação inerente à organização administrativa do Estado, relativa às prerrogativas conferidas a determinados indivíduos para que, em nome da Administração Pública e no exercício de “*poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar*”¹⁵, atuassem em prol do interesse público.

¹⁰ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Responsabilidade do..., cit, pp. 217-218.

¹¹ TÁCITO, Caio. *O abuso de poder...*, cit., p. 26.

¹² TÁCITO, Caio. *O abuso de poder...*, cit., p. 9. Mais adiante, na página 28 da obra, o autor afirma, no mesmo sentido, que o “*abuso de poder surge da violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica*”.

¹³ SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. *Abuso de poder...*, cit., p. 212.

¹⁴ TÁCITO, Caio. *O abuso de poder...*, cit., p. 28.

¹⁵ SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. *Abuso de poder...*, cit., p. 212

Para logo se vê a existência de um denominador comum entre a concepção administrativista do *abuso de poder* e os assim chamados *crimes de abuso de autoridade*. Com efeito, a lei penal, desde o Código Penal do Império, houve por estabelecer sanções aos agentes públicos que deliberadamente ultrapassassem os limites da legalidade, comprometendo o regular funcionamento das atividades públicas e frustrando a concretização da cidadania¹⁶.

Também sob a perspectiva político-criminal, a própria configuração elementar do Estado Democrático de Direito mostra-se refratária à eventual instrumentalização da função pública pelos caprichos de quem detém prerrogativas para exercê-la. Em outras palavras, a criminalização de atos arbitrários praticados por agentes públicos possui, em tese, o condão de veicular interesse digno de tutela pelo Direito Penal, desde que respeitado o caráter subsidiário e fragmentário da intervenção penal e atendidos todos os demais pressupostos de sua legitimação.

Se existe, ao menos em um plano abstrato, bem jurídico a ser objeto de proteção da norma penal, as propostas concretas de criminalização do *abuso de autoridade* devem ser, então, analisadas a contrapelo, procedendo-se a uma reflexão crítica acerca de sua racionalidade e legitimidade.

2. Histórico legislativo do abuso de autoridade no Brasil

A evolução do tratamento penal do *abuso de autoridade* lança, por si só, diversas luzes sobre a disputa de interesses que ora se projeta em direção à Lei n.º 13.896/2019.

Apesar de o legislador brasileiro nunca ter trazido uma definição jurídica precisa para o *crime de abuso de autoridade*, um sinal de notável atecnia¹⁷, o seu conteúdo permeia o ordenamento jurídico desde o Código Penal do Império, de 16 de dezembro de 1830, tendo experimentado significativas mudanças até a promulgação, quase dois séculos depois, da Lei n.º 13.869/2019.

No primeiro momento, as condutas penalmente tipificadas sob a rubrica de “*Excesso, ou abuso de autoridade, ou influência*”¹⁸ proveniente do emprego”

¹⁶ Cf. SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019, p. 90.

¹⁷ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019, p. 108.

¹⁸ A grafia original sem o acento circunflexo.

tinham especial afinidade com a concepção clássica e administrativista do *abuso de poder*, voltando-se amplamente à organização administrativa do Estado. Os artigos 137 a 152 do Código Penal do Império, que versavam sobre o tema, figuravam como espécie de faceta penal para a contenção de espasmos de despotismo que pudessem cercear a higidez das atividades administrativas, comprometendo a legalidade de atos próprios do sentido estrito de Administração Pública. O cenário de outrora, portanto, em muito diverge dos debates atuais sobre a Lei n.º 13.869/2019, que fizeram da persecução penal e da prestação jurisdicional seu ponto de ebulição.

Os artigos 137 a 145 daquele primeiro *Codex*¹⁹ referiam-se a diferentes vícios de legalidade externa no exercício de função pública, tanto em razão da incompetência do agente como pelo descumprimento de limites legais pré-determinados. A sedizente “autoridade”, nesses casos, incorreria em infração penal ao “*arrogar-se, e effectivamente exercer sem direito, ou motivo legitimo*” função pública (artigo 137); exercê-la “*sem ter prestado, perante a competente autoridade, o juramento, e a caução, ou fiança, que a lei exigir*” (artigo 138); “*exceder os limites das funcções proprias do emprego*” (artigo 139); e “*continuar a exercer funcções do emprego, ou comissão, depois de saber officialmente que fica suspenso, demittido, removido, ou substituido legalmente, excepto nos casos, que a lei o autorize para continuar*” (artigo 140). Nesse mesmo sentido pendia o artigo 141, tipo misto alternativo voltado ao exercício ilegal de funções militares.

Os artigos subsequentes previam sanções às condutas de “*expedir ordem, ou fazer requisição illegal*” (artigo 142), assim definidas aquelas “*emanadas de autoridade incompetente, ou distituidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou manifestamente contrarias ás leis*” (artigo 143); ao cometimento de excessos na faculdade de “*reprehender, corrigir, ou castigar, offendendo, ultrajando, ou maltratando (...) algum subalterno, ou dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem trate em razão do officio*” (artigo 144); e, por fim, à prática de qualquer violência no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la (artigo 145). Adiante, os artigos 146 a 149 cuidaram de criminalizar atos típicos das relações comerciais tidos como incompatíveis com o exercício imparcial da função pública ou de atividade de interesse público.

Os artigos 150 e 151 do diploma legal, a seu turno, dedicavam-se a hipóteses de subjugação de mulher (“*solicitação*” ou “*sedução*”) por funcionário público que sobre ela exercesse algum tipo de poder, estabe-

¹⁹ Suas transcrições estarão conforme a grafia e redação originais.

leccendo penas maiores caso o sujeito ativo fosse juiz de fato²⁰ ou, ainda, se o crime fosse cometido por agentes penitenciários “com mulher, que est[ivesse] presa, ou depositada debaixo de sua custodia, ou vigilancia; ou com mulher, filha, ou irmã de pessoa, que est[ivesse] nessas circumstancias”²¹. Por fim, o artigo 152 previa sanção pecuniária cumulativa quando o excesso ou abuso resultasse em prejuízo aos interesses nacionais.

Salvo os tipos penais contidos nos seus artigos 150 e 151 – mais relacionados à posição institucionalmente ocupada pela mulher na sociedade da época²² – o Código Penal do Império não deu ênfase, ao dispor sobre o *abuso de autoridade*, às arbitrariedades cometidas notadamente pelas autoridades encarregadas de conduzir a persecução penal e de concretizar o poder punitivo do Estado. Com efeito, os membros da magistratura e os promotores públicos, por exemplo, em tese não integrariam a concepção administrativa clássica do *abuso de poder* ou, pelo menos, nela não gozariam posição de destaque. Mesmo nos casos de requisição ou expedição de ordem ilegal, repreensão ultrajante e cometimento de excessos e violência pelo agente público, a norma penal não tinha como destinatário específico a figura de juiz ou promotor, mas sim qualquer “autoridade” que desempenhasse função pública, mesmo aquela que não tivesse contato algum com o administrado.

Isso não significa dizer que as arbitrariedades eventualmente cometidas ao longo da persecução penal e execução da pena não fossem objeto de atenção do Direito Penal já àquela época, mas tão somente que não eram qualificadas como *abuso de autoridade*. Os artigos 181 a 187 do Código Penal do Império²³ criminalizavam, entre outras condutas,

²⁰ Na redação original do dispositivo: “Art. 150. Solicitar, ou seduzir mulher, que perante o empregado litigue, esteja culpada, ou accusada, requeira, ou tenha alguma dependencia. Penas - de suspensão do emprego por quatro a dezaseis mezes, além das outras, em que tiver incorrido. Se o que commetter este crime fôr Juiz de Facto. Penas - de prisão por dous a dez mezes, além das mais, em que incorrer.”

²¹ Caso em que, na redação original, a sanção seria “de perda do emprego, e prisão por quatro a dezaseis mezes, além das outras, em que tive[sse] incorrido”.

²² Sobre o tema, v. YANG, Eloisa. Tipificação do feminicídio e direito penal simbólico: o ainda longo caminho da legislação de combate à violência e intolerância de gênero. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 166-168.

²³ Na redação original: “Art. 181. Ordenar a prisão de qualquer pessoa, sem ter para isso competente autoridade, ou antes do culpa formada, não rendo nos casos em que a lei o permite. Executar a prisão sem ordem legal escripta de legitima autoridade, exceptuados os Militares, ou Officiaes de Justiça, que incumbidos da prisão dos malfeitos, prenderem algum individuo

a ordem de prisão emanada por autoridade incompetente ou fora das hipóteses legais, a execução de prisões ilegais pelos agentes penitenciários, a manutenção ilegal da incomunicabilidade de preso, sua não apresentação às autoridades competentes, a não concessão de ordem de *habeas corpus* a quem fosse permitido e seu não cumprimento pelos oficiais de justiça. Essas infrações penais compunham os “*Crimes contra as liberdades individuais*”, classificados como “*crimes particulares*”. Eram, de acordo com

suspeito, para o apresentarem directamente ao Juiz e exceptuado tambem o caso de flagrante delicto. Mandar qualquer Juiz prender alguém fóra dos casos permittidos nas leis, ou mandar que, depois de preso, esteja incommunicavel além do tempo, que a Lei marcar. Mandar metter em prisão, ou não mandar soltar della o réo, que der fiança legal nos cases, em que a lei a admitte. Receber o Carcereiro algum preso sem ordem escripta da competente autoridade, não sendo nos casos acima exceptuados, quando não fôr possível a apresentação ao Juiz. Ter o Carcereiro, sem ordem escripta de competente Autoridade, algum preso incommunicavel; ou tel-o em diversa prisão da destinada pelo Juiz. Occultar o Juiz, ou o Carcereiro, algum preso á autoridade, que tiver direito de exigir a sua apresentação. Demorar o Juiz o processo do réo preso, ou afiançado além dos prazos legaes; ou faltar aos actos do seu livramento. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de prisão por quinze dias a quatro mezes; nunca porem por menos tempo, que o da prisão do offendido, e de mais a terça parte.

Art. 182. Não dar o Juiz ao preso, no prazo marcado na Constituição, a nota por elle assignada, que contenha o motivo da prisão, e os nomes do accusador, e das testemunhas, havendo-as. Penas - de prisão por cinco dias a um mez.

Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem fôr permittido passar ordens de - habeas-corporis - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar.

Art 184. Recusarem os Officiaes de Justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de - habeas-corporis - que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligencias necessarias para que essa ordem surta effeito. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de prisão por quinze dias a quatro mezes.

Art. 185. Recusar, ou demorar a pessoa, a quem fôr dirigida uma ordem legal de - habeas-corporis - e devidamente intimada, a remessa, e apresentação do preso no lugar, e tempo determinado pela ordem; deixar de dar conta circunstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, nos casos declarados pela Lei. Penas - de prisão por quatro a dezaseis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 186. Fazer remesea do preso á outra autoridade; occultal-o, ou mudal-o de prisão, com o fim de illudir uma ordem de - habeas-corporis - depois de saber por qualquer modo que ella foi passada, e tem de lhe ser apresentada. Penas - de prisão por oito mezes a tres annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 187. Tornar a prender pela mesma causa a pessoa, que tiver sido solta por effeito de uma ordem de - habeas-corporis - passada competentemente. Penas - de prisão por quatro mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo. Se os crimes, de que tratamos tres artigos antecedentes, forem commettidos por empregados publicos em razão, e no exercicio de seus empregos, incorrerão, em lugar de pena de multa, na de suspensão dos empregos; a saber: no caso do artigo cento oitenta e cinco, por dous mezes a dous annos; no caso do artigo cento oitenta e seis, por um a quatro annos; e no caso do artigo cento oitenta e sete, por seis mezes a tres annos”.

a estruturação do Código Penal do Império, muito diferentes dos crimes de abuso de autoridade, “crimes públicos” que, junto com as demais “Prevaricações, abusos e omissões dos empregados públicos”²⁴, integravam os “Crimes contra a boa Ordem, e Administração Pública”²⁵.

No que toca aos crimes de abuso de autoridade, arranjo legislativo similar ao do Código Penal do Império foi mantido, após a Proclamação da República brasileira, pelos artigos 224 a 227 do Código Penal de 1890²⁶, que disciplinavam o “Excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas”²⁷. Por sua vez, não mais sob a denominação de “crimes particulares”, os atos atentatórios às liberdades individuais por agentes públicos – e sobretudo as autoridades judiciárias, policiais e penitenciárias – passaram a ser abarcadas pelo artigo 207 daquele Código, enquanto modalidades do crime de prevaricação.

Já a abordagem adotada pelo diploma posterior, o Código Penal de 1940, mostrou-se radicalmente diversa, abandonando a terminologia *abuso de autoridade* e as modalidades que antes se faziam presentes²⁸. O termo *abuso de poder*, no entanto, passou a ser incorporado pelo Código Penal, com a tipificação do “Exercício arbitrário ou abuso de poder”, nos seguintes termos:

Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

²⁴ Em sua redação original.

²⁵ Em sua redação original.

²⁶ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019, p. 108.

²⁷ Em sua redação original.

²⁸ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 108. No lugar, em meio ao rol dos Crimes contra a Administração da Pública, passou a constar os crimes de “Violência arbitrária” e “Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado”, disciplinados, respectivamente, pelos artigos 322 e 324 do Código Penal: “Art. 322 - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência” e “Art. 324 - Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

- II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;
- III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência²⁹.

Embora as Constituições Federais brasileiras de 1934 e 1946, ao versarem sobre os “*Direitos e Garantias individuais*”, tenham previsto expressamente o direito de representar, mediante petição aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, promovendo sua responsabilização³⁰, foi somente a partir do Projeto de Lei n.º 952/1956, de autoria de Bilac Pinto (UDN), que os contornos do *abuso de autoridade* começaram a ser rediscutidos, assim como as formas de responsabilização do funcionário público acusado de praticá-lo e o procedimento judicial a ser adotado.

Conforme Maíra Zapater, a propositura do projeto parece ter sido orientada por um cenário propício: no âmbito nacional, o país experimentava um momento de estabilidade política por ocasião do mandato do presidente Juscelino Kubistchek, enquanto que, no plano internacional, os traumas advindos da Segunda Guerra Mundial haviam impulsionado, na década de 1940, a fundação da ONU e proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos³¹.

A perspectiva eleita pelo projeto em relação ao *abuso de autoridade* não mais priorizou a presunção de legalidade de todo e qualquer ato administrativo, em um contexto organização geral da máquina pública. Seu objeto de tutela, em verdade, recaiu especialmente sobre aqueles atos que, quando praticados pelas “autoridades” públicas responsáveis pela delicada persecução e execução penal, ofenderiam sobremaneira os direitos e garantias individuais chanceladas pela comunidade internacional no pós-guerra, deturpando as funções públicas a serviço da cidadania. Na justificativa da proposta legislativa, inclusive, fez-se menção expressa à violência policial:

²⁹ Este artigo foi expressamente revogado pelo artigo 44 da Lei n.º 13.869/2019.

³⁰ Artigo 113, inciso 10, da Constituição de 1934, e artigo 141, § 37, da Constituição de 1946.

³¹ ZAPATER, Maíra. *Abuso de autoridade ou crime contra a Humanidade?*. 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/03/29/abuso-de-autoridade-ou-crime-contra-a-humanidade/>>. Último acesso em 2 nov. 2019.

Constituindo as violências policiais as formas mais graves, e infelizmente mais generalizadas, de abuso de poder, sobretudo no interior do país, procuramos definir as suas modalidades mais correntes e estabelecemos a possibilidade da cominação da pena, autônoma ou acessória, de ser o acusado afastado do exercício de funções de natureza policial ou militar, no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

O Projeto de Lei n.º 952/1956 culminou, em plena ditadura militar, na edição da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a anterior Lei de Abuso de Autoridade. O então presidente, Humberto Castello Branco, ao sancionar o novo texto legislativo, vetou apenas o artigo 10, que pretendia instituir um regime de responsabilização civil excepcional, de absoluta independência entre as instâncias penal e cível³².

Apesar de festejada por parte da doutrina, que a retratou como “um instrumento da mais alta importância na defesa dos direitos do homem”³³, muitas são as fragilidades da Lei n.º 4.898/1965, a começar pela descrição, em seu artigo 3º, de situações que configurariam *abuso de autoridade*. No lugar de buscar uma definição restritiva e atenta ao princípio da legalidade estrita em Direito Penal, o dispositivo limitou-se a relacionar direitos individuais constitucionalmente reconhecidos³⁴ e estipular que a “*autoridade*”³⁵ que contra eles atentasse praticaria um ato de abuso³⁶.

³² Conforme a Mensagem n.º 624, de 1965, emitida pela Presidência da República ao Senado, o dispositivo foi vetado sob a seguinte justificativa: “*Verifica-se, assim, que, fugindo à regra geral da responsabilidade civil, a autoridade absorvida no crime pode[ria] ser civilmente responsabilizada, dada a absoluta independência das ações consignadas no projeto*”, o que acarretaria “*exceção injustificada*” ao regime de responsabilização civil.

³³ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.20.

³⁴ Os direitos (a) à liberdade de locomoção; (b) à inviolabilidade do domicílio; (c) ao sigilo da correspondência; (d) à liberdade de consciência e de crença; (e) ao livre exercício do culto religioso; (f) à liberdade de associação; (g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; (h) ao direito de reunião; (i) à incolumidade física do indivíduo; e (j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

³⁵ Definida pelo artigo 5º da lei, que em muito se aproxima do conceito de funcionário público trazido pelo artigo 327 do Código Penal.

³⁶ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 109.

O artigo subsequente, por sua vez, propôs-se a elencar outras nove modalidades típicas³⁷, oito das quais referentes à prisão³⁸, criando uma intersecção entre o conteúdo do *abuso de autoridade* e *abuso de poder* veiculado pelo artigo 350 do Código Penal³⁹. Se por um lado, buscou-se uma maior delimitação da norma penal, por outro, o legislador ficou-se silente com relação a outras condutas que, de acordo com a própria lógica perseguida pelo diploma, igualmente corresponderiam a variantes mais taxativas do *abuso de autoridade*.

Ademais, as sanções previstas pela lei, de certa forma, podem explicar o porquê de ela ter sido sancionada, sem grandes contratemplos, logo no início do hiato democrático inaugurado em 1964, sem que fosse encarada, pelo governo autoritário que se acomodava no poder, como qualquer ameaça. Para além de sua função decorativa⁴⁰ em um regime fictamente

³⁷ “Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. Esta última alínea foi incluída pela Lei n.º 7.960/1989, que dispõe sobre o instituto da prisão temporária.

³⁸ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 109.

³⁹ A redação do *caput* do artigo 350, bem como dos incisos II e III de seu parágrafo único, foi incorporada pela antiga Lei de Abuso de Autoridade. No entanto, foi objeto de discussão doutrinária se a lei posterior teria ab-rogado o dispositivo do Código Penal, ou simplesmente derogado-o, mantendo vigência a seus incisos I e IV de seu parágrafo único (“Na mesma pena incorre o funcionário que: I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança; (...) IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência”). Maiores controvérsias recaíram sobre o referido inciso IV, cujo conteúdo, assaz abrangente, parece ser incompatível com a taxatividade das normas penais. De qualquer, forma, a novel legislação expressamente revogou o art. 350 do *Codex*.

⁴⁰ Para Alessi Brandão, o fato de a lei não ter utilizado a palavra “crime” em nenhum momento para descrever o *abuso de autoridade*, restringindo-se ao termo “responsabilidade penal”, já seria um indicativo “dos tempos que se avizinhavam”. In: BRANDÃO, Alessi. *Abuso de autoridade: discussão necessária*. In: LOPES, Anderson Bezerra et al (orgs.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 21.

constitucional⁴¹ – a ponto de Victor Nunes Leal, em obra registrada na Divisão de Censura de Diversões Públicas, ter sublinhado singelamente a escassez da jurisprudência sobre o tema⁴² –, as sanções penais cominadas pela Lei n.º 4.898/1965 soam insignificantes ante a relevância dos interesses por ela tutelados. Apesar de as violações aos direitos fundamentais arrolados pela lei serem especialmente graves, pois praticadas “justamente por aqueles que deveriam ser seus primeiros defensores, visto que detentores de uma posição jurídica voltada para tanto”, as penas são brandas: “a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos”, nos termos de seu artigo 6º, parágrafo 3º⁴³. A título ilustrativo, o intervalo da pena privativa de liberdade à prática de “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder” seria inferior à da lesão corporal culposa, aproximando-se àquele dos crimes de injúria, violação de correspondência e dano.

Traçado o histórico legislativo do *abuso de autoridade* no Brasil, salta à evidência que o regime vigente até a edição da Lei n.º 13.896/2019 forjava uma situação de tutela ao bem jurídico que, na prática, era inexistente. E não se tratava de uma ponderação racional e responsável acerca da necessária *ultima ratio* do Direito Penal. Apesar de se estar diante de diploma que se propunha a censurar, com veemência, ilegalidades imensamente hostis à dignidade individual, o sistema de penas que a acompanhava expressava justamente o oposto.

É com essas lentes que se devem observar os debates que orientaram e hoje povoam a promulgação da *nova* Lei de Abuso de Autoridade.

3. Reflexões sobre a nova Lei de Abuso de Autoridade

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, os novos desafios pertinentes ao *abuso de autoridade* já vinham ganhando repercussão desde, pelo menos, o final da década de 1990.

⁴¹ Expressão de José Maria Pinheiro Madeira. In: MADEIRA, José Maria Pinheiro. Aspectos relevantes - Abuso de poder - Aplicação da Lei n.º 4.898/65. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de Mattos (coord.). *O abuso de poder do estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 341.

⁴² LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema ..., cit., p. 1. V., ainda, ZAPATER, Máira. *Abuso de autoridade...*, cit.

⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 109.

Já em 1997, por iniciativa do então Ministro da Justiça do governo de Fernando Henrique Cardoso, Nelson Jobim, foi encaminhada à Câmara dos Deputados o PL n.º 2.961/1997⁴⁴, que foi abandonada à razão da repercussão negativa recebida e arquivado em meados de 2007⁴⁵. Anos depois, em seu segundo mandato, o ex-presidente da República, em seus “*Diários da Presidência: 2001-2002*”, se queixava do alvoroço dos procuradores da República ante a Medida Provisória n.º 2088-35, de 27 de dezembro de 2000, que alterava a Lei n.º 8.429/92 para prescrever sanção de multa ao agente público que propusesse ação de improbidade administrativa “*manifestamente improcedente*”⁴⁶. A investida presidencial, contudo, não vingou mais uma vez. Já no mês seguinte, após fortes pressões do Ministério Público, baixou-se nova medida provisória para anular os dispositivos voltados à punição de seus membros. Em 2008, o tema voltou à tona quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, propôs publicamente, em encontro com o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e seu Ministro da Justiça Tarso Genro, alterações no diploma de 1965, o que importou em minuta de projeto de lei elaborado pelo Deputado Federal Raul Jungmann (PPS-PE)⁴⁷. Àquela

⁴⁴ Na justificativa encaminhada ao então Presidente, constava que “O anteprojeto de lei (...) visa, pois, conformar referida Lei [n.º 4.898/1065] à atual Constituição Federal, a tratados internacionais de que o Brasil faz parte, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e normas outras do direito positivo brasileiro”. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09ABR1997.pdf#page=21>>. Último acesso em 10 nov. 2019.

⁴⁵ Vide, nesse sentido, SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 107-108.

⁴⁶ Assim escreveu o ex-presidente: “Os procuradores da República estão fazendo agitação, reclamando por causa de uma medida provisória que permite aos juízes até multarem os procuradores se eles acusarem alguém sem base. Para eles é possível acusar sem base e não acontecer nada; se houver base, um indício pelo menos, vá lá, mas não tendo... Os procuradores dizem que multá-los seria cerceamento da liberdade. Liberdade para quê? Para caluniar? Não obstante, a imprensa sempre apoia esse tipo de reivindicação. Um rapaz, jornalista de boa cotação, chamado Vinicius Torres [Freire], que me entrevistou aqui uma vez, publicou ontem um artigo na Folha lamentável. Não entende o bê-á-bá da democracia. Aconselhei que lesse o livro de um mexicano a respeito do tema, porque é um livro muito interessante, que mostra que, quando a falta de autoridade e de respeito à lei se generaliza, como ocorre com essa descrença que foi gerada no México e também no Brasil, isso afeta a democracia. Ela requer também respeito à lei, à autoridade. Não deve ser disseminado esse sentimento de culpa permanente, que impede o exercício da lei”. In: CARDOSO, Fernando Henrique. *Diários da presidência: 2001-2002*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 32

⁴⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-23/leia_projeto_muda_lei_abuso_autoridade>. Último acesso em 10 nov. 2019.

época, a “espetacularização” de operações policiais foi entendida como um assunto sensível, a ser abarcado por futura legislação substitutiva à Lei n.º 4.898/1965⁴⁸.

Assim, não é de todo correto afirmar que o tema do *abuso de autoridade* teria despertado de um longo período de hibernação por ocasião da Operação Lava Jato. O quadro democrático recuperado pela nova Constituição, que instituiu novos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados à idoneidade do processo penal, parecia contribuir para a remodelagem da Lei n.º 4.898/1965, cujo conteúdo já se mostrava defasado.

De toda sorte, seria até ingênuo negar que as maiores iniciativas legislativas em direção a uma nova Lei de Abuso de Autoridade foram de certa forma reativas ao *modus operandi* com o qual a Operação Lava Jato foi conduzida.

É propriamente nesse contexto, afinal, que foi concebido o Projeto de Lei do Senado n.º 280, de 2016, de autoria do Senador Renan Calheiros (filiado ao MDB-AL). Seu texto original previa um recrudescimento no trato penal do *abuso de autoridade*, com a ampliação do rol de condutas passíveis de penalização e das sanções cominadas. Desde o início, no entanto, o PL n.º 280/16, foi duramente repreendido, sobretudo por aqueles grupos de interesse que se viam ameaçados por sua redação. As críticas, sob o ponto de vista técnico, não deixaram de ser pertinentes: o projeto foi acusado de (i) não condicionar a configuração típica à intenção específica do sujeito ativo de exorbitar a autoridade conferida por lei; (ii) lançar mão de expressões imprecisas e incompatíveis com a taxatividade da norma penal; e (iii) abrir margem para a criminalização da mera divergência jurisprudencial, especialmente no que dizia respeito ao dispositivo “*dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada*”, que previa a pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa⁴⁹.

Nesse diapasão, o então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, apresentou ao Congresso Nacional um anteprojeto de lei⁵⁰,

⁴⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-23/leia_projeto_muda_lei_abuso_autoridade>. Último acesso em 10 nov. 2019.

⁴⁹ A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), ao expor seu posicionamento em relação ao PL n.º 280/2016, o acusou de impor uma morosidade à atuação do órgão acusatório. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4790647&ts=1567533412698&disposition=inline>>. Último acesso em 7 nov. 2019.

⁵⁰ Disponível em: <<http://next.jota.info/wp-content/uploads/2017/03/Minuta-do-Projeto-de-Lei-de-Abuso-de-Autoridade.pdf>>. Último acesso em 7 nov. 2019.

que procurou corrigir certas inconsistências identificadas no PLS n.º 280/2016 e ainda sugerir a supressão de determinados dispositivos e inclusão de outros. O anteprojeto redundou na elaboração do PLS n.º 85/2017, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE-AP), que passou a tramitar em conjunto com o anterior, após requerimento do Senador Roberto Requião (MDB-PR). O texto foi remetido à Câmara dos Deputados sob o n.º 7.596/2017 e, lá aprovado, sua redação final foi submetida à sanção presidencial. Dos dezenove artigos que sofreram vetos pelo Presidente Jair Bolsonaro – o que foi considerado por muitos como uma manobra ilegítima de descriminalização do abuso de autoridade⁵¹ –, dez foram posteriormente recuperados pelo Congresso Nacional. Com isso, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n.º 13.869/2019) foi finalmente promulgada em 25 de setembro de 2019. Para além da ab-rogação da Lei n.º 4.898/1965, promoveram-se alterações na Lei de Interceptações Telefônicas, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da OAB, bem como a revogação dos artigos 150, §2º, e 350, ambos do Código Penal.

Mesmo antes de entrar em vigor, a nova Lei de Abuso de Autoridade foi festejada por uns e atacada por outros, sendo que, não raro, manifestações passionais prevaleceram sobre uma análise técnica e competente acerca da matéria. As disputas acirradas entre apoiadores e críticos da “Operação Lava Jato” deram o tom das discussões, que escaparam do âmbito estritamente jurídico – e de seus pressupostos racionais e sólidos – para adentrar num discurso francamente interessado, maniqueísta e comezinho. E, no mais, equivocado.

Até a elaboração do presente estudo, eram cinco as Ações Diretas de Inconstitucionalidade oferecidas em face da lei: as ADIs n.º 6.234, 6.236, 6.238, 6.239 e 6.240⁵². Ao tratar da suposta inconstitucionalidade material da norma, um argumento comum entre todas elas foi o de seu

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; BRENDA, Juliano. *Veto do presidente à nova Lei de Abuso de Autoridade é inconstitucional*. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-07/veto-lei-abuso-autoridade-inconstitucional>>. Último acesso em 9 nov. 2019.

⁵² Ingressadas respectivamente pela (i) Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e do Distrito Federal (ANAFISCO); (ii) Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); (iii) Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) (iv) Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); e (v) Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP).

suposto potencial de inibir o bom andamento das atividades públicas. Os agentes estatais, acuados pela alta possibilidade de penalização, deixariam de prezar pelo interesse público e veriam terminantemente comprometida sua independência funcional⁵³. A Lei n.º 13.869/2019 também é apresentada como uma “retaliação a agentes públicos e o engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção”, em detrimento do interesse público⁵⁴.

Contudo, a par de argumentos próprios da política-criminal, uma análise minimamente desinteressada da nova Lei de Abuso de Autoridade conduz a conclusões diversas sobre seu suposto potencial de engessar o bom desempenho das atividades públicas. Ela não representa um *boom* legislativo descontrolado no sentido do recrudescimento punitivo, nem se presta, sob a ótica da prevenção geral negativa (que de certa forma pauta o teor das ADIs), a uma coação psicológica tal que possa amedrontar de toda sorte de autoridade pública. Na verdade, bem ao revés, a Lei n.º 13.869/2019 surte efeitos singelos no enfrentamento penal do *abuso de autoridade*. Apesar de buscar uma maior efetividade em relação ao diploma anterior – cujas fragilidades já foram apontadas acima –, a nova lei busca ser mais restritiva e prescreve diversos mecanismos de autocontenção, verdadeiras “válvulas de escape para fins de se evitar uma relevante punição”⁵⁵ ou mesmo a própria incidência normativa.

O artigo 1º da lei, apesar de não ser bem-sucedido na tentativa de definir positivamente os *crimes de abuso de autoridade*, traz dois pressupostos relevantes para afastar sua configuração, delineados no anteprojeto de lei apresentado por Rodrigo Janot. Neste influxo, seu parágrafo primeiro estabelece, como regra geral a todas as modalidades do delito, para além do dolo genérico, a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”⁵⁶. Isso é muito relevante, visto que, ao fixar necessariamente a aferição de um dos elementos subjetivos especiais do tipo alternativamente descritos

⁵³ Conceber-se-ia, conforme se aduziu na petição inicial da ADI n.º 6.236, “um ambiente de plena insegurança jurídica, bem como de temor à penalização, de modo a sujeitar o magistrado ao exercício distorcido de sua função, já que não poderá praticá-la com o grau de independência necessária para o cumprimento de sua própria missão constitucional”.

⁵⁴ Nos termos da petição inicial da ADI n.º 6.238. Na mesma esteira, afirma-se, na ADI n.º 6.240, que o novo diploma “retalia a justiça e prejudica o combate à corrupção e a apuração das ações lesivas ao interesse público e a correta administração fiscal tributária do Estado”.

⁵⁵ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 110.

⁵⁶ SOUZA. Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 110.

(inexistentes na legislação anterior) para perfazimento do fato típico, a nova lei diminui drasticamente as hipóteses de sua incidência. Isso porque, vale dizer, o elemento subjetivo especial há de ser provado no caso concreto, não podendo ser presumido.

A seu turno, o parágrafo segundo do artigo repele expressamente a dita “criminalização da hermenêutica” ao estipular que “*a divergência na interpretação de lei ou na avaliação dos fatos não configura abuso de autoridade*”. Em outros termos, a atuação jurisdicional encontra-se resguardada em casos de compreensões contramajoritárias.

Já a previsão do artigo 3º, segundo a qual “*os crimes previstos nesta Lei são de ação pública incondicionada*”, admitindo-se ação privada subsidiária, também encontra amparo na proposta do ex-Procurador Geral da República, não constituindo uma inovação arditosa por parte do legislador com o objetivo de embaraçar as atividades públicas.

Ademais, não obstante a nova lei tenha instituído penas privativas de liberdade mais acentuadas em relação à anterior, muitas se referem a crimes de menor potencial ofensivo ou, nas hipóteses de maior gravidade, implicam na detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, admitindo-se a suspensão condicional do processo ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos de seu artigo 5º⁵⁷.

E no que tange aos efeitos da condenação⁵⁸, aqueles voltados à inabilitação temporária e à perda do cargo, mandato ou função pública são “*condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença*”, conforme o parágrafo único do artigo 4º da lei, que assim inaugurou cenário menos invasivo do que o constante do artigo 92, inciso I, alínea “a”, do Código Penal⁵⁹.

⁵⁷ Figurando como penas alternativas a “*prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas*” e/ou “*suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens*”

⁵⁸ “*Art. 4º São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos; II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.*”

⁵⁹ “*Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de*

De igual maneira, o dever de indenizar pelo dano causado depende do requerimento expresso do ofendido, não sendo automático, em mais um exemplo de certo comedimento da Lei n.º 13.869/2019.

Quanto às condutas incriminadas, os tipos exageradamente abertos em que se apoiava a Lei n.º 4.898/1965, notadamente em seu artigo 3º, foram abandonados pela nova legislação. Assim, não será mais “qualquer atentado” a direitos constitucionalmente garantidos que reclamará a aplicação da norma. No lugar, optou-se por criminalizar ações mais definidas, descritas ao longo de vinte e quatro artigos. As críticas passíveis de serem delineadas são diversas, mas seguem sentido diverso daquelas veiculadas pelos autodenominados defensores da Operação Lava Jato.

No rol de crimes previstos pela Lei n.º 13.869/2019, assim como outrora, deu-se destaque a diversos excessos e desvios atinentes à prisão e a outras formas de privação da liberdade (artigos 9º ao 21). E, nesse ponto, é de se destacar que as hipóteses que retomaram dispositivos da Lei n.º 4.898/1965 sofreram alterações para minimizar a intervenção penal, o que se deu, curiosamente, pela incorporação de termos *menos precisos* em sua redação. Diferentemente do artigo 68 da Lei de Crimes Ambientais⁶⁰, por exemplo, cuja inadmissível vagueza faz com que a norma penal se estenda a uma infinidade de condutas, a Lei de Abuso de Autoridade fez largo apelo às expressões inexatas com o objetivo oposto. Assim a verificação típica dos crimes descritos em seu artigo 9º⁶¹, por exemplo, se dá apenas com a decretação de prisão em “*manifesta desconformidade*” com as hipóteses legais, pelo não relaxamento de prisão “*manifestamente ilegal*” ou pela não concessão da liberdade ou de medidas alternativas à prisão quando “*manifestamente cabível*”. Também a título ilustrativo, pode-se citar o artigo 12º da Lei n.º 13.869/2019,

1º. 4.1996) a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º. 4. 1996)”. O dispositivo não mais se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o crime de abuso de poder, previsto no artigo 350 do Código Penal, foi revogado expressamente pela Lei n.º 13.869/2019.

⁶⁰ “Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

⁶¹ “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.”

que prescreve a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos à autoridade que deixar “injustificadamente” de deixar de comunicar prisão em flagrante ao juízo no prazo legal⁶², em hipótese mais restritiva do que aquela constante da lei anterior⁶³.

Para além disso, por diversas vezes, a nova Lei de Abuso de Autoridade reiterou tipos já previstos pelo Código Penal. O artigo 23 da lei, por exemplo, dispõe sobre a conduta de “*inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade*”, apenando-a com detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Seu texto muito se aproxima do parágrafo único do artigo 347 do Código Penal, que prevê pena de detenção de 6 (seis) meses a 4 (quatro) anos, além de multa, àquele que cometer fraude processual destinada “*a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado*”. A violação de domicílio arbitrária por autoridade pública, da mesma forma, já era tipificada pelo artigo 150, parágrafo 2º, que foi revogado pela Lei n.º 13.869/2019. O incremento considerável da reprimenda aplicada, que passou a ser de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, sem que se fizesse um escalonamento em relação a hipóteses com e sem o emprego de violência ou grave ameaça, poderia ser objeto do controle abstrato de constitucionalidade. Até a conclusão deste artigo, contudo, esse tema em especial não havia sido levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Por vezes, a roupagem conferida pela Lei de Abuso de Autoridade a tipos já preexistentes no ordenamento jurídico brasileiros chegou a ser, inclusive, mais modesta, plasmada por uma menor reprimenda. Enquanto que ao crime de denúncia caluniosa aplica-se pena de reclusão de 2

⁶² “Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou; II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada; III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas; IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.”

⁶³ Que tipificava a conduta de “deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa”.

(dois) a 8 (oito) anos⁶⁴, sua variante na Lei n.º 13.869/2019, a conduta de “dar início à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”, é sancionada pela metade.

Dos exemplos apresentados, sobressaem aspectos positivos e negativos da Lei de Abuso de Autoridade. O avanço com relação à lei anterior existiu, mas mostrou-se tímido e prescindiu de um esmerado rigor dogmático.

O que se percebe, impende convir, é que muita da resistência vem de segmentos potencialmente atingidos pela nova lei, que se articulam em defesa de seus interesses corporativos e criticam veementemente a escolha política (e não necessariamente *contra legem*) do legislador, com argumentos também de natureza política demagógica, criando um cenário maniqueísta que se distancia da necessária discussão jurídico-dogmática acerca da legislação. Num certo sentido, o que se desnuda é um sentimento de inconformismo para com a perda do privilégio de se situar acima da própria lei. Esta como que valeria apenas para os outros. Num outro giro, o que igualmente se verifica é a própria desconfiança dos operadores do Direito, notadamente juízes, procuradores e promotores na própria maneira pela qual seus respectivos papéis são exercidos, como observa Lenio Streck. Nessas circunstâncias, não admitem que possam ser colocados sob o mesmo crivo que impõem aos demais, enquanto investigados ou mesmo réus em um processo penal, sujeitos às fragilidades do subjetivismo judiciário, que reconhecem tacitamente e à contragosto⁶⁵.

Sem embargo, é igualmente desarrazoada a adoção de uma postura diametralmente oposta, qual seja, de aceitação incondicional da criminalização do *abuso de autoridade*, como se fosse a resposta ideal e suficiente a um problema grave e, de certa forma, institucionalizado, que acomete a relação entre o poder público e o indivíduo. Apesar de a aclamação da via criminalizadora, enquanto a mais radical disponível, parecer sedutora e oportuna à classe de juristas e aos indivíduos sujeitos às instâncias de controle, a mera apologia deslumbrada da Lei n.º 13.869/2019 deve ser vista com largas ressalvas. É contraditório que grupos tradicionalmente

⁶⁴ “Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Lei do abuso: juízes e procuradores não confiam neles mesmos?*. 2019. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-17/lenio-streck-juizes-procuradores-nao-confiam-neles-mesmos>>. Último acesso em 4 nov. 2019.

arautos da *ultima ratio* do Direito Penal encontrem na criminalização o único recurso para afirmarem seus interesses – no caso, a necessária proteção contra as nocivas arbitrariedades cometidas por autoridades públicas em detrimento da cidadania⁶⁶.

Se, por um lado, há interesse jurídico penalmente relevante a ser tutelado pela Lei de Abuso de Autoridade, deve-se atentar para o fato de que o Direito Penal não é essencialmente um instrumento concretizador de direitos fundamentais, não tendo *per se* o condão de legitimar direitos institucionalmente desprezados pelas engrenagens da Administração Pública.

Não é coerente por parte da advocacia, por exemplo, simplesmente erguer a bandeira da criminalização, como se reconhecesse o Direito Penal como ferramenta de mudança efetiva da sociedade. Pois não o é. Deve-se ter em mente que a criminalização trazida pela Lei de Abuso de Autoridade é permeada por valor simbólico, que, como qualquer outro, jamais logrará, por si só, alcançar as estruturas do Poder Judiciário e das autoridades que lidam com a Justiça, que se mostraram institucionalmente propensas ao cometimento de arbitrariedades de toda sorte.

Cabe ao jurista, com efeito, ficar atento ao desserviço que geralmente representa o Direito Penal quando invocado a proporcionar soluções a curto prazo, que apaziguam os anseios daqueles que se colocam na posição de vítimas reais ou potenciais de abusos, mas que, igualmente, repelem uma maior reflexão acerca das estratégias extrapenais para se equacionar o problema⁶⁷, visivelmente de caráter estrutural.

4. Conclusão

O panorama traçado acerca do *abuso de autoridade* no Brasil revela ser esse um tema demasiado intrincado. Apesar de a lei brasileira não lhe ter conferido uma definição precisa, a sua expressão nos códigos penais e legislações penais extravagantes acompanhou a paulatina assunção, pela Administração Pública, de novos papéis, especialmente no sentido

⁶⁶ Silva Sánchez os caracterizar como “*gestores atpícos da moral*”, que se revelam um sintoma da expansão hodierna do direito penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80-84.

⁶⁷ Nesse sentido, v. IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial – “Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 323, p. 1-2, out. 2019.

de promover ativamente a concretização da cidadania, reconhecendo uma crescente gama de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Compulsando-se a primeira codificação penal do Estado brasileiro, de matiz notadamente liberal, o *abuso de autoridade* dizia respeito sobretudo às arbitrariedades perpetradas dentro de um contexto mais restritivo de Administração Pública, enquanto que as exorbitâncias cometidas pelos agentes públicos em detrimento das liberdades individuais não ultrapassavam as fronteiras do “*crime privado*”. Seu conteúdo, todavia, não se manteve estanque. O que se depreende da trajetória legislativa é que o conteúdo do *abuso de autoridade* sofreu uma guinada expressiva na direção de um outro vértice da máquina pública: as instâncias de controle punitivo, incumbidas de conduzir a persecução penal e executar seu veredicto.

Ora, mas se é verdade que a contenção de excessos e desvios por autoridades públicas figura como verdadeira pedra de toque à materialização da cidadania no Estado Democrático de Direito, também é cediço que o Estado brasileiro não é uma expressão necessária do interesse público. Este último, com alguma assiduidade, é colocado no esquecimento, servindo apenas de recurso retórico e maleável aos interesses de quem o evoca.

Eis que, com a edição Lei n.º 13.869/2019, os debates que continuaram a se fazer presentes mais afastam do que efetivamente propõem uma aproximação ao problema verdadeiro, que acomete estruturalmente o frequente proceder da Administração Pública. Criou-se um ringue ideológico, no qual um discurso supostamente mais garantista e outro pretensamente mais punitivista disputam – numa lógica de inversão de papéis absolutamente inusitada, onde os advogados buscam maior punição, ao passo que membros do Ministério Público e juízes perseguem a *ultima ratio* – a melhor instrumentalização do Direito Penal para concretizar seus interesses corporativos. E esta, efetivamente, não é a mais correta estratégia.

Referências

- BRANDÃO, Alessi. Abuso de autoridade: discussão necessária. In: LOPES, Anderson Bezerra et al (orgs.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Diários da presidência: 2001-2002*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - "Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 323, p. 1-2., out. 2019.

LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 144, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abr./jun. 1981.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Aspectos relevantes - Abuso de poder - Aplicação da Lei n.º 4.898/65. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de Mattos (coord.). *O abuso de poder do estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Responsabilidade do estado (Tratado de direito administrativo, vol. 7 - coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. Abuso de poder. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 212-222, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; BREDÁ, Juliano. *Veto do presidente à nova Lei de Abuso de Autoridade é inconstitucional*. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-07/veto-lei-abuso-autoridade-inconstitucional>>. Último acesso em 9 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Lei do abuso: juízes e procuradores não confiam neles mesmos?* 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-17/lenio-streck-juizes-procuradores-na-o-confiam-neles-mesmos>>. Último acesso em 4 nov. 2019.

TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios*. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

YANG, Eloisa. Tipificação do feminicídio e direito penal simbólico: o ainda longo caminho da legislação de combate à violência e intolerância de gênero. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZAPATER, Máira. *Abuso de autoridade ou crime contra a Humanidade?*. 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/03/29/abuso-de-autoridade-ou-crime-contra-a-humanidade/>>. Último acesso em 2 nov. 2019.