

Lei de Abuso de Autoridade: Limites Legítimos Ou Obstáculos no Combate à Criminalidade?

MARCELO SCHENK DUQUE

Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed., *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, Alemanha, Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS, Pesquisador do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito do Estado da UFRGS, Professor da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – Esmafe/RS, onde exerce a coordenação da matéria de Direito Constitucional, Professor da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS, Membro da Associação Luso-Alemã de Juristas: DLJV – *Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*.

RENATA JARDIM DA CUNHA RIEGER

Professora da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Mestre em Ciências Criminais, Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto de aprovação da lei; 2 Sujeito ativo do delito; 3 O especial fim de agir; 4 A vedação do crime de hermenêutica; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Friedrich Müller, jurista alemão de caráter provocativo, alertava: “Os textos normativos e constitucionais, concebidos com uma compreensão desonesta, acabam por não ser utilizados impunemente. Eles podem contra-atacar”¹. A entrada em vigor da Lei nº 13.869/2019, conhecida como nova Lei de Abuso de Autoridade, gerou polêmica entre instituições. De um lado, críticos da lei afirmam tratar-se de um verdadeiro retrocesso no combate à criminalidade; de outro, apoiadores consideram necessária a edição de uma nova lei sobre o tema, já que a anterior datava da década de 60 (Lei nº 4.898/1965), período de repressão, o que teria tornado a antiga lei defasada.

1 MÜLLER, Friedrich. *Wer ist das Volk? Eine Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie*. VI. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 56. No original: “Norm- und Verfassungstexte setzt man, mit unaufrichtigem Verständnis konzipiert, letztlich nicht ungestraft. Sie können zurückschlagen”.

No presente artigo, pretende-se refletir sobre a parte inicial da nova lei. Visa-se a identificar em quais situações o Diploma pode ser aplicado, bem como os obstáculos para sua efetiva incidência em situações de abuso estatal ou se, ainda, a sua aplicação pode vir a contribuir com a impunidade.

O tema é atual e guarda relevância prática, considerando a polêmica despertada na sociedade, em torno de eventual afrouxamento no combate à criminalidade, em contraposição à necessidade de combater condutas abusivas por parte dos agentes estatais. O encadeamento lógico da reflexão inicia com considerações acerca do contexto de aprovação da norma, passando pela delimitação do sujeito ativo do delito, para aportar na questão central, que é a necessidade de comprovação da finalidade da conduta abusiva como requisito para comprovação do ato ilícito de abuso de autoridade, encerrando-se com comentários acerca da vedação do crime de hermenêutica. Emprega-se a metodologia dedutiva, partindo-se do aspecto geral da lei, para considerações particulares, recorrendo-se à revisão bibliográfica como técnica de pesquisa.

1 CONTEXTO DE APROVAÇÃO DA LEI

A Nova Lei de Abuso de Autoridade, ao contrário de que se propaga no discurso comum, não representa uma inovação significativa, já que define como crime condutas que, em sua maioria, já eram consideradas infrações por diversas normas, a exemplo da antiga lei sobre o tema (Lei nº 4.898/1965), do Código Penal, do Estatuto da Advocacia, passando até mesmo pelos Estatutos da Magistratura e do Ministério Público. O que se tem é que a chamada Lei do Abuso de Autoridade procurou detalhar mais as condutas consideradas abusivas. Todavia, a pretensão de correção acabou por esbarrar em circunstâncias de ordem política que não podem ser menosprezadas no debate.

Quem se ocupa de estudar as normas jurídicas acaba por perceber que a interpretação de uma lei torna-se necessária e converte-se em problema quando uma questão jurídica deve ser respondida, não se deixando decidir univocamente com base na legislação posta². Em outras palavras, quanto maiores forem as dúvidas no momento de se aplicar a norma, tão mais intensa será a necessidade de interpretá-la. É por isso que se torna relevante discutir o contexto do surgimento da Lei de Abuso de Autoridade.

De fato, trata-se de uma lei que, nitidamente, pode ser inserida no grupo de normas que é marcado – desde o seu nascimento – por polêmicas de todo o

2 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auf. Heidelberg: Müller Verlag, 1999, Rdnr. 49.

tipo. Portanto, importa questionar se tais controvérsias serão determinantes, ou não, na forma como essa lei será aplicada pelos Tribunais. A presente reflexão tem como pressuposto que o problema central da Lei de Abuso de Autoridade tem início no cenário em que foi construída, considerando as circunstâncias político-jurídicas então vigentes. Isso porque a norma foi costurada no contexto da persecução penal da Operação Lava Jato, que parecia inaugurar um novo momento do direito penal e do processo penal, em que se abandonaria (ao menos, em parte) o tratamento criminal benevolente conferido aos detentores do poder.

Esse tratamento desigual e complacente configura o que se denomina de “Direito Penal do Amigo”³. Alguns institutos que dão sustento a essa diferenciação constam na própria legislação: um exemplo simples é a possibilidade de extinção da punibilidade nos delitos de sonegação fiscal (quando do pagamento do tributo) em contraste com a impossibilidade em um delito de furto (quando se obtém, no máximo, a redução da pena pelo arrependimento posterior). Outras vezes, a diferenciação não está expressa na legislação, mas decorre da praxe dos sujeitos envolvidos na persecução penal: aqui, serve de exemplo a prisão preventiva, quando parece haver uma tendência de soltura daqueles envolvidos na criminalidade econômica (por, supostamente, não representarem ameaça social) em detrimento de classes baixas.

O tratamento benevolente nada tem a ver com os efeitos do crime. Pelo contrário: inúmeras vezes, os delitos das camadas sociais mais elevadas geram efeitos bastante nocivos e atingem um maior número de vítimas que aqueles realizados por pessoas em situação de vulnerabilidade social. A sonegação, a corrupção e o desvio de verbas públicas, por exemplo, implicam dilapidação da saúde, da educação e da segurança, afetando um número significativo e indeterminado de pessoas, cujos efeitos deletérios se protraem no tempo, possuindo, assim, caráter intergeracional⁴.

E a Operação Lava Jato parecia estar rompendo com esta tradição (“Direito Penal do Amigo” para os detentores do poder), dando os primeiros passos

3 Lenio Luiz Streck utiliza esta expressão e denuncia a seletividade do sistema e a disparidade de tratamento entre delitos individuais (especialmente em face do patrimônio e cometidos sem violência) e crimes metaindividuais cometidos por agentes poderosos: STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 51, p. 33-60, p. 42 e ss., out./dez. 2013.

4 O foco do direito penal deve ser o presente e, apenas indiretamente, as gerações do futuro; estas não apresentam a mesma consistência e densidade que aquelas. Mas é possível verificar que já há uma tendência das Ciências Jurídicas de se preocupar com uma verdadeira “solidariedade intergeracional”. Arthur Kaufmann, por exemplo, abordando o Direito dos Animais, nota a relevância de “criação de direitos judicialmente exigíveis das gerações futuras a condições dignas de vida”: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 452.

na efetiva punição da corrupção⁵. Assim, a nova lei – da forma e no momento em que foi publicada – pareceu ser uma reação do Congresso Nacional ao combate ao “Direito Penal do Amigo” no âmbito da corrupção pública.

Sem embargo, não se pode acreditar que a intenção do projeto legislativo seja, realmente, aquela que se anunciou. Há muito que se cometem abusos no curso de investigações e de processos penais no Brasil. A questão é que a justiça criminal no País é, tradicionalmente, seletiva: ágil e efetiva para punir humildes; lerda e ineficaz para punir os poderosos, aliada a um sistema penal que impõe claras barreiras de acesso aos desassistidos, ao mesmo tempo que é construída para que os processos não tenham fim, privilegiando, assim, as mais altas classes, que contam com acesso privilegiado à defesa técnica e à própria estrutura do Poder. Raymundo Faoro foi cirúrgico ao afirmar que “a elite das democracias não pode se consolidar num estrato privilegiado, mutável nas pessoas, mas fechado estruturalmente”⁶. Enquanto o arbítrio permanecia no andar de baixo, nunca se viu no Congresso Nacional uma preocupação como a que se fez presente nas sessões que debateram a Lei de Abuso de Autoridade. A origem da lei é, no mínimo, suspeita.

Parecem estar com razão aqueles que entendem que, no fundo, sua intenção foi tentar constranger as autoridades em uma espécie de tática preventiva. Neste sentido, a crítica inicial que se pode dirigir à lei é justamente a esse aspecto reativo, que pode ser associado a tentativas de manutenção de um cenário de impunidade, em particular frente aos chamados crimes de colarinho branco, praticados pelos donos do poder. A pobreza do debate político é um problema que o País vem enfrentando nos últimos tempos e parece que se acentua progressivamente. Essa situação tem inegáveis repercussões para o decréscimo da qualidade da produção legislativa – e a Lei de Abuso de Autoridade não foge a esse desiderato. Como se demonstrará neste breve estudo, falhas na elaboração do texto legal podem vir a dificultar, consideravelmente, os efeitos positivos que dele se esperam.

5 Deve-se dizer que, por melhores que possam ter sido as intenções que conduziram a Operação Lava Jato, houve falhas, que precisam ser repensadas e evitadas em persecuções criminais, presentes e futuras. E é preciso aproximar-se, aqui, do “pensamento que medita”, do qual falou Martin Heidegger, em contraposição ao “pensamento que calcula”, que “corre de oportunidade em oportunidade”: HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 1959. p. 13 e ss. Sem este criterioso “repensar”, sem reflexão, a própria autonomia do Direito – como alerta António Castanheira Neves ao tratar do funcionalismo jurídico – se sacrifica. O Direito torna-se um mero “instrumento” e um “meio” a serviço de teleologias que lhe convocam e condicionam: NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 30 e s.

6 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 878.

Certo é que a realidade dos momentos de crise aguda costuma superar expectativas, sendo que os seus efeitos no mundo jurídico não podem ser menosprezados⁷. Não se deve perder de vista que o papel dos verdadeiros juristas – fiscais do Estado de Direito – não se limita a analisar a ordem configurada pelas instituições vigentes, já que vai mais além: a eles cabe igualmente o papel de lutar pelas transformações, voltadas à realização do ideal de justiça, seguindo as vias formais previstas no próprio ordenamento jurídico⁸. Embora se tenha presente que a ordem constitucional pressupõe um dever de aprimoramento constante do legislador (*Nachbesserungspflicht*)⁹, com a finalidade de conformá-la às exigências da Constituição¹⁰, não se pode ignorar que as verdadeiras transformações passam por reformas institucionais, antes dos chamados ajustes pontuais na legislação.

Nesta linha, o aspecto institucional da crítica reside no fato de que o Congresso Nacional furtou-se de abrir à população um debate razoável acerca das possíveis consequências da aplicação da lei. A tramitação do projeto de forma acelerada, *a toque de caixa*, dá conta dessa realidade. Diversas questões interessantes, que dizem respeito ao aprimoramento da legislação penal no País, cederam espaço no chamado esforço legislativo para que a Lei de Abuso fosse rapidamente publicada no Diário Oficial. E esta é uma questão que sempre se coloca quando leis que causam polêmica na sociedade são aprovadas: quanto menor o debate, maior são as chances de o resultado da inovação legislativa deixar a desejar. O resultado é a insegurança jurídica que diversos trechos da lei têm o potencial de despertar. Neste breve artigo, serão analisados alguns desses trechos constantes na Parte Geral da Lei, a começar pela determinação do sujeito ativo do delito e, principalmente, pela necessidade de comprovação da finalidade da conduta abusiva.

2 SUJEITO ATIVO DO DELITO

Inicialmente, deve-se ter claro que o “crime de abuso de autoridade” não está previsto em apenas um dispositivo legal, mas, sim, em vários tipos penais da Lei nº 13.869/2019. Do art. 9º ao art. 38, há tipificações que – preenchendo

-
- 7 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 174.
 - 8 SILVEIRA, José Néri da. *A função do juiz*. Palestra proferida no Recife, a convite da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, no Curso de Processo Civil, em 06.12.1991. Recife: [s.e.], 1991. p. 4.
 - 9 BADURA, Peter. Die Verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen. In: MÜLLER, Georg et al. (Hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, p. 481 e ss., 1982.
 - 10 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen. *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, Band 130. Tübingen: Mohr, p. 31e ss., 2005.

determinados requisitos – poderão configurar “abuso de autoridade”¹¹. Com a positivação dessas condutas, visa-se a proteger, inicialmente, o direito de os administrados não serem atingidos pelo aparelho repressivo estatal de forma desproporcional e, também, de forma indireta, a própria integridade da administração da justiça.

A primeira limitação imposta pela lei refere-se ao sujeito ativo do delito, àquele que exerce a conduta descrita no tipo penal. Trata-se de crime próprio, ou seja, infração penal que pode ser cometida apenas por aquelas pessoas designadas legalmente. Nesta linha, em regra, somente o “agente público”, servidor ou não, comete crime de abuso de autoridade¹². O conceito de “agente público”, trazido pela novo Diploma Legal, é bastante amplo, eliminando aquelas dúvidas anteriormente suscitadas acerca da possibilidade de punição de agentes políticos¹³.

Poder-se-ia questionar acerca da possibilidade de o particular agir em concurso de pessoas com o agente público. E a reflexão deve ser feita à luz do art. 30 do Código Penal, que tem a seguinte redação: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” Sobre as elementares, Cezar Roberto Bitencourt explica que são “dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas”¹⁴. As elementares não apenas “circundam” (como as circunstâncias), mas integram o delito¹⁵. Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci explica que determinadas circunstâncias ou condições integram o tipo penal incriminador e, nesta específica hipótese, transmitem-se aos coautores e partícipes do delito; e o autor exemplifica, justamente, com a elementar “funcionário público” no delito de peculato¹⁶.

11 Nas “Disposições Finais” da lei, há, ainda, a previsão de delitos e de regramentos que alteram leis esparsas.

12 Ressalta-se que, em alguns tipos penais, a especialidade é ainda maior. No parágrafo único do art. 9º, por exemplo, estabelece-se que a conduta só pode ser praticada por “autoridade judiciária”.

13 Esta é a redação do dispositivo legal que trata do sujeito ativo do delito de abuso de autoridade: “Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I – servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II – membros do Poder Legislativo; III – membros do Poder Executivo; IV – membros do Poder Judiciário; V – membros do Ministério Público; VI – membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* deste artigo”.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019. p. 587.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019. p. 587.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/cfi/6/10!/4/2@0:0>>. Acesso em: 26 abr. 2020. n.p.

Nessa linha, no que tange à nova lei, “ser agente público” é, sim, uma elementar, integrando a definição do crime de abuso de autoridade. Por tal razão, “ser agente público” comunica-se com particulares que venham, eventualmente, a praticar o delito em concurso de pessoas, observando-se a já citada previsão do art. 30 da Lei Substantiva Penal. Para tanto, é fundamental que o particular tenha efetivo conhecimento da elementar, sabendo que está a agir em concurso com um “agente público” (isso porque o direito penal está envolvido com a culpabilidade, afastando-se da responsabilidade objetiva). Em outras palavras, havendo concurso de pessoas e sabendo o particular que age juntamente com um agente público, é possível que aquele venha também a ser também responsabilizado, juntamente com este, pelos delitos previstos na Lei nº 13.869/2019.

3 O ESPECIAL FIM DE AGIR

Especial destaque deve ser conferido ao § 1º do artigo inaugural da lei. Esse dispositivo merece atenção e parece ser o mais importante do novo Diploma Legal, pois estabelece rígido limite para reconhecimento do crime de abuso de autoridade. O dispositivo ora destacado (art. 1º, § 1º) exige do sujeito ativo do delito um “especial fim de agir” consistente na “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Assim, os delitos da nova lei são assimétricos¹⁷, necessitando do “especial fim de agir” para sua configuração. Esse elemento integra a definição dos crimes tipificados na Lei nº 13.869/2019; e a sua ausência descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença de dolo¹⁸.

Em outras palavras: nos delitos previstos na nova lei, não restando demonstrada a finalidade de prejudicar outrem, de ter benefício para o próprio agente público ou para terceiro nem se demonstrando capricho ou satisfação pessoal do agente, não haverá responsabilização criminal. Essas finalidades estão na psique do sujeito ativo do delito; e, inúmeras vezes, não há qualquer acontecimento que materialize este intento. Não é difícil prever inúmeros problemas probatórios no processo penal: afinal, como a acusação provará estas específicas finalidades? Como demonstrar, por exemplo, que algo foi feito por “mero capricho” ou “satisfação pessoal” do agente público? No processo penal,

17 Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam a existência de tipos dolosos simétricos e assimétricos. Naqueles, o aspecto subjetivo esgota-se no dolo; nestes, há elementos que excedem o dolo: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 431.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019. p. 376.

como se sabe, o ônus probatório recai sobre a acusação. Não provadas essas “finalidades específicas”, não haverá outro caminho que não a absolvição.

De fato, um dos maiores desafios que se impõem ao intérprete é desvendar os limites da interpretação. Para se compreender essa realidade, deve-se partir do pressuposto de que a interpretação reclama uma visão de conjunto¹⁹, sendo, antes de tudo, concretização a partir da realidade a ser ordenada²⁰, capaz de contribuir para superar o abismo existente entre as normas abstratas e os problemas concretos. Consequentemente, o sucesso de uma norma passa pela qualidade das respostas obtidas pelos intérpretes²¹.

Nessa mesma linha, a análise da norma parte do pressuposto, evidenciado pela boa técnica jurídica, de que o Direito está, necessariamente, unido a uma pretensão de correção²². Isso significa que a racionalidade do Direito passa, necessariamente, pela racionalidade do seu discurso. O discurso jurídico deve ser avesso a arbitrariedades e, consequentemente, deve estar sempre aberto à tomada de decisões passíveis de fundamentação e controle. Justamente em função dessa realidade é que se devem buscar critérios que contribuam para reduzir a arbitrariedade no processo de aplicação e interpretação das normas por meio da introdução de estruturas argumentativas passíveis de controle intersubjetivo²³.

Ocorre que uma das sérias dificuldades que a Lei de Abuso de Autoridade anuncia, reside, justamente, na possibilidade de juízo arbitrário para definir se, de fato, houve ou não a chamada finalidade de prejudicar outrem, de ter benefício para o próprio agente público ou para terceiro ou, ainda, capricho ou satisfação pessoal como justificativa para a prática do ato abusivo. Percebe-se, desde já, que se trata de juízo de difícilíssima comprovação, dependendo de contexto probatório robusto, com enormes dificuldades de construção prática.

4 A VEDAÇÃO DO CRIME DE HERMENÊUTICA

Ainda no que concerne às limitações de aplicação da lei, é importante referir o parágrafo subsequente, o § 2º do art. 1º, traz a seguinte previsão: “A

19 SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928. p. 129 e ss.

20 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auf. Heidelberg: Müller Verlag, 1999, Rdnr. 60.

21 GRIMM, Dieter. *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*. München: Beck, 2001. p. 295.

22 ALEXY, Robert. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner et al. (Hrsg.). *The Reasonable as rational? On legal argumentation and justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. p. 7 e ss.

23 BERKEMANN, Jörg. *Das Bundesverfassungsgericht und “seine” Fachgerichtsbarkeiten*. Auf der Suche nach Funktion und Methodik. DVBl. Köln: Heymanns, p. 1035, 1996.

divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”. A leitura rápida do dispositivo indica que a lei pontuou a inexistência do chamado “crime de hermenêutica”, que consiste na criminalização da interpretação jurídica conferida pelo agente público. A sua existência prejudica, por razões evidentes, o regular exercício da função pública, especialmente a atividade jurisdicional, que resta embaraçada na repressão à criminalidade.

Este ponto (vedação ao crime de hermenêutica) não é inteiramente novo: ainda na vigência da antiga lei, já era este o entendimento jurisprudencial no âmbito dos Tribunais Superiores. No julgamento da Ação Penal nº 858, no ano de 2018, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura referiu que muitas decisões de juízes são reanalisadas por serem “ilegais” e “invasivas”, mas que não isso não implica, necessariamente, o abuso de autoridade. De acordo com a ministra relatora: “[...] Faz parte da atividade jurisdicional proferir decisões com o vício *in judicando* e *in procedendo*, razão por que, para a configuração do delito de autoridade, deva se demonstrar um mínimo de ‘má-fé’ e de ‘maldade’ por parte do julgador [...]”²⁴. A exigência de “má-fé” e de “maldade” e a tolerância com decisões “ilegais” e “invasivas” demonstram, desde a antiga lei, a não aceitação do chamado “crime de hermenêutica”.

A novidade reside, isto sim, na positivação do tema, já que a nova lei expressa a temática. E o fato de prever a inexistência de crime de hermenêutica é, indubitavelmente, um ponto elogiável da lei, assegurando aos agentes – especialmente ao Magistrado – o exercício legítimo e livre de sua função. Ocorre que os contornos do instituto não foram bem definidos, abrindo espaços para arbitrariedades e para provável impunidade de agentes públicos.

Juarez Cirino dos Santos promove uma leitura cuidadosa do dispositivo. Ao tratar da “divergência da interpretação da lei”, observa que foi conferida uma consequência mais ampla que ao “erro de proibição” da “criminalidade comum”²⁵. Parece assistir razão ao autor, já que, no erro de proibição, há preocupação com a natureza do erro (escusável ou inescusável): o erro é escusável se o agente – quando da realização da conduta – não tinha a consciência atual nem potencial da ilicitude; e é inescusável, se o agente não tinha a consciência atual, mas lhe era possível saber que, no caso, se configurava algo ilícito²⁶.

24 BRASIL. STJ, AP 858/DF, Corte Especial, Rel^a Min. Maria Thereza de Assis Moura, J. 24.10.2018, DJe 21.11.2018.

25 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? *Boletim IBCCrim*, a. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020, p. 20.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/cfi/6/10/4/2@0:0>>. Acesso em: 26 abr. 2020. n.p.

Naquela situação, fica excluída a culpabilidade; nesta, há apenas a redução da pena aplicada (consequências estabelecidas no art. 21 do Código Penal). Já na hipótese de “divergência de interpretação”, trazida pela nova lei, o caminho indicado pelo legislador é a imediata exclusão do crime. E isso, observa Juarez Cirino dos Santos, dá-se independentemente do fundamento jurídico e da consistência do argumento. E este acabou sendo um dos entraves criados pelo Diploma Legal: ao mesmo tempo em que foram criminalizadas várias hipóteses, o legislador descriminalizou as mesmas hipóteses, bastando a “divergência de interpretação pela autoridade pública”²⁷.

Ao abordar a “divergência na avaliação dos fatos”, a comparação do autor é com o “erro de tipo” da “criminalidade comum”. Mais uma vez, tem-se – no erro de tipo – a análise da natureza do erro (escusável e inescusável). O erro de tipo ocorre quando há uma falsa percepção da realidade; e a escusabilidade concentra-se na impossibilidade de compreensão da situação²⁸ (as consequências definidas ao erro de tipo constam art. 20 do Código Penal). Na nova lei, Juarez Cirino dos Santos observa que não importa a natureza da divergência²⁹. Por derradeiro, o autor refere que as possibilidades de divergência de avaliação nas provas também são ilimitadas, sendo incontroláveis as hipóteses de exclusão do injusto³⁰.

Parece importante o afastamento do chamado “crime de hermenêutica”, mas os contornos dados pela lei não foram os ideais. Por qual razão conceder ilimitado espaço de análise na interpretação da lei e na avaliação dos fatos e das provas ao agente público? Há sentido em os limites serem mais amplos que aqueles do “erro de tipo” e do “erro de proibição” do direito penal? A lógica parece invertida, tendo em vista ser coerente exigir-se maior conhecimento dos agentes públicos em suas funções que das demais pessoas. Também é coerente que se concretize maior controle na atuação dos agentes no exercício de suas funções que na vida de particulares (é isso, aliás, que impõe a principiologia do direito administrativo³¹).

-
- 27 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? *Boletim IBCCrim*, a. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020, p. 21.
- 28 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/cfi/6/10/4/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/cfi/6/10/4/2@0:0>)>. Acesso em: 26 abr. 2020.
- 29 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? *Boletim IBCCrim*, a. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020, p. 21.
- 30 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? *Boletim IBCCrim*, a. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020, p. 21.
- 31 Não é por outra razão que o princípio da legalidade impõe à Administração e a seus agentes que façam apenas o que a lei autoriza (art. 37 da Constituição), enquanto ao particular permite tudo que não estiver legalmente vedado (art. 5º, II, da Constituição). Ainda sobre a força da legalidade no âmbito da Administração, refere José dos Santos Carvalho Filho: “[...] só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com

Evidentemente, a autonomia de cada agente e a independência funcional dos membros devem, sim, ser preservadas, tratando-se de elementos essenciais à própria configuração da democracia. Contudo, é imprescindível que sejam reprimidas aquelas situações em que – realizando interpretações teratológicas da lei, dos fatos ou das provas – haja deliberações eivadas de má-fé e de inconstitucionalidade, como, por exemplo, uma eventual decisão para prisão de depositário infiel, contrariando a Súmula Vinculante nº 25. De acordo com as previsões da novel legislação, a persecução da autoridade em uma situação como esta passaria por dois difíceis obstáculos: a demonstração da finalidade especial de agir e, também, da inexistência de divergência de interpretação.

Neste sentido, para efeito de controle de constitucionalidade em abstrato, não se pode dizer que o texto da lei fere a Constituição, ao menos nos pontos ora debatidos. Isso porque a norma pune o abuso na execução das funções públicas, o que, como reiterado, é uma exigência de um autêntico Estado de Direito. Parece ser possível afirmar, até mesmo, a existência de um verdadeiro mandado de criminalização neste espaço, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos envolvidos e a efetiva necessidade de intervenção penal³².

Assim, na teoria, a ideia da nova lei não é ruim. Entretanto, a inconstitucionalidade poderá surgir na aplicação equivocada da lei, sobretudo se realizada com o objetivo dissimulado de constranger as autoridades a desempenharem as suas funções. Quanto mais a aplicação futura da lei representar um obstáculo ao combate à criminalidade, por parte daqueles que cumprem as regras vigentes, mais ela se aproximará da inconstitucionalidade. Isso vale tanto para aqueles que cometem abusos quanto para os que deixam de cumprir o seu dever funcional, em atenção às competências que recebem da Constituição, no sentido de um autêntico poder-dever.

o disposto na lei" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 20). Fora deste espaço, sua atuação será ilegítima, daí por que não ser adequada a excessiva flexibilidade e amplitude da excludente prevista no § 2º do art. 1º da nova Lei de Abuso.

32 Os mandados de criminalização podem ser expressos ou implícitos, impondo uma atuação ao Legislador Penal: FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 80 e ss. Para o autor, nestas situações (mandado de criminalização), haveria um "sinal verde" ao legislador. Diversos são os mandados explícitos na Constituição, a exemplo do art. 5º nos incisos XLII (racismo) e XLIII (tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos). Os mandados implícitos, por sua vez, são deduzidos da eminência do direito consagrado na Constituição: FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade; jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42 e ss. E, nestes (mandados implícitos), parece estar o abuso de autoridade, tendo em vista a necessária tutela dos bens jurídicos envolvidos (direitos e garantias dos administrados e, também, a própria integridade da administração da justiça).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo que restou até aqui analisado converge para a ideia de que as questões valorativas são um problema integrante da aplicação do Direito, que emergem, sobretudo, em face de conceitos normativos indeterminados e carentes de preenchimento, adquirindo a questão da interpretação papel de destaque³³. Isso só indica que, ao contrário do que o entendimento generalizado da mídia poderia sugerir, será muito difícil punir condutas de agentes públicos que, realmente, são praticadas com abuso de autoridade. Se a finalidade da lei é boa, como advogam seus defensores no debate político, torna-se difícil, na prática, enquadrar condutas concretas nos tipos penais, cuja construção probatória praticamente inviabiliza o aspecto corretivo da lei.

Como toda lei polêmica, somente o tempo será capaz de determinar os seus efeitos concretos. Se o texto da lei for respeitado, não será qualquer erro de julgamento que configurará crime, mas apenas os que forem praticados com a finalidade específica do tipo (para além do dolo, deverá fazer-se presente a intenção específica de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou, ainda, a realização da conduta por mero capricho ou por satisfação pessoal). Na prática, caberá à jurisprudência a definição e determinação do que representa, de fato, uma conduta abusiva; e parece inegável que somente nos casos em que houver prova robusta do dolo e da finalidade específica é que a punição poderá ser cogitada. Tudo indica que grande parte dos casos sejam tratados como equívocos funcionais ou, simplesmente, erros de julgamento, e não como intenção deliberada de lesar. É bom evitar posições extremas, que relevem condutas abusivas por parte de autoridades, com desvio de finalidade, ao mesmo tempo que se façam esforços para que elas não venham a ser constringidas no curso de suas atribuições regulares.

A questão está em saber em que medida a complexa tarefa de combate ao abuso de autoridade – obrigação de qualquer Estado Democrático de Direito – será potencializada pela Lei nº 13.869/2019, ou se, ao contrário, esta norma não agregará avanços significativos. Caso se considere que a lei se apresenta como uma norma de caráter programático, para se utilizar uma expressão corrente no direito constitucional contemporâneo, no sentido de possuir dificuldades para sua aplicação direta³⁴, por se revelar carente de conformação pelas

33 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194 e ss.

34 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

autoridades com poderes instituídos³⁵, a sua contribuição permanecerá, quando muito, tímida.

Com base em todas as considerações acima propostas, ao se voltar a análise da Lei de Abuso de Autoridade para o olhar técnico, desfocado de radicalismos de qualquer natureza, pode-se perceber que coexistem tanto aspectos positivos quanto negativos. O principal aspecto positivo é a contribuição para uma noção muito cara ao Estado Democrático de Direito que, por vezes, resta esquecida: jamais se pode confundir independência funcional com ausência de limites. Não se pode perder de vista que o exercício do poder jamais pode ser realizado de forma abusiva. A arbitrariedade, seja de que lado for, é incompatível com o Estado de Direito e com a ordem democrática. Neste ponto, conclui-se o incontestável: os agentes públicos devem manter-se livres de cometer arbitrariedades, pautando sua conduta nos deveres que a legislação lhe impõe e na boa-fé objetiva. Se assim não o fizerem, estão, sim, sujeitos a punições nas esferas penal, administrativa e civil³⁶.

Não é por menos que o clássico ensinamento de Ruy Cirne Lima já advertia que são duas as vias de realização do Direito na ordem social: o juiz e o processo. “Medem-se as probabilidades de justiça pelas garantias dadas ao juiz, em benefício dos litigantes, e pelas garantias inerentes ao processo, instituído para segurança dos direitos em litígio”, de modo que a justiça na realização do Direito é o vocábulo que designa, de um lado, “os órgãos judicantes que distribuem a justiça e, de outro, as formas processuais por que a sua distribuição se faz”³⁷.

No que tange aos aspectos negativos, o primeiro deles é o eventual efeito de constringer as autoridades no exercício de suas funções legítimas, o que pode vir a representar um obstáculo considerável ao combate à criminalidade, caso a lei venha a ser interpretada de forma desfocada da realidade. Aqui, vale a máxima de que nenhuma lei boa resiste à má interpretação. Isso ocorre, em particular, quando se trata da atuação dos Magistrados, no momento de analisarem a presença dos requisitos legais aptos a viabilizar a decretação das chamadas prisões cautelares. Estas – em especial a prisão preventiva – são um importante instrumento para impedir a continuidade dos crimes de corrupção, bem como

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1166.

36 A própria Lei de Abuso reafirma a já conhecida regra da independência das instâncias, que resulta na possibilidade de coexistência de responsabilização nas diferentes esferas: “Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal”.

37 CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 205.

a destruição das provas e a coação de testemunhas. Isso não significa, todavia, que o seu emprego possa ser banalizado ou que elas devam se manter por prazos alongados, sem que haja uma conclusão efetiva dos processos. O combate à demora na tramitação processual no Brasil é algo que não pode ser deixado de lado e passa por reformas de caráter institucional, que atingem a atuação de todos os poderes públicos.

Para além dessa questão, a lei, como visto, desde sua Parte Geral, conta com expressões vagas, cuja interpretação acaba sendo marcada por inegável subjetivismo. Isso atrai insegurança jurídica, o que deve ser evitado, sobretudo, no direito penal, espaço em que a clareza não pode ser deixada de lado, sob pena de fomentar a injustiça. Neste ponto, cumpre lembrar que o tipo legal – ou o tipo garantia – deverá conter a descrição da conduta proibida e de todos os demais requisitos, a ponto de que, como ressalta Jorge de Figueiredo Dias, tornarem-se “objetivamente determináveis” os comportamentos e objetivamente “motivável” e “dirigível” a conduta das pessoas³⁸. E a Nova Lei de Abuso não observa esses mandamentos. Em verdade, será muito difícil, na prática, determinar com exatidão quais condutas são consideradas criminosas e quais não, em face de expressões vagas que são apresentadas de forma recorrente no texto da norma, como, por exemplo, “manifesta desconformidade”, “manifestamente descabida”, “prazo razoável”, “curiosidade pública”, entre outras.

Em suma, parece que a nova lei, caso seja interpretada e aplicada de forma racional, não representará retrocesso no combate à criminalidade comum. Mas há um ponto mais importante que esse: a Lei nº 13.869/2019 não atende à finalidade a que se propõe (proteger o cidadão do abuso estatal). Isso porque, conforme abordado, já na sua parte inicial, traz um excesso de categorias penais que não foram bem refletidas e que tendem a inviabilizar a responsabilização pelo abuso em inúmeras situações. Neste ponto, ao menos, Friedrich Müller parecia ter razão. A vigência da Nova Lei de Abuso de Autoridade poderá dificultar as coisas em todos os sentidos, atingindo quem se achava por ela mais protegido.

No que tange à eficiência, parece que o problema central do ordenamento jurídico brasileiro não é a falta de leis, mas, sim, assegurar o cumprimento às que já existem e, ainda, promover uma mudança cultural no âmbito do seletivo sistema criminal que hoje se tem. É necessário muito mais que a edição de uma nova lei para resolver os graves problemas estruturais atualmente existentes. É

38 O autor aborda, ainda, que punir condutas que atentem contra o “são sentimento do povo” (em referência do Código Penal Nazista) poderia até tornar desnecessárias diversas das incriminações constantes na Lei Penal, mas ressalta que isso não atende, minimamente, o princípio da legalidade: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007. p. 185 e s.

certo que há casos de abuso de poder. Deve-se, portanto, coibir esses abusos sem que isso, contudo, seja feito às custas do combate à criminalidade e da normatividade penal e constitucional. Há que se buscar um equilíbrio, o que somente será possível mediante aperfeiçoamentos institucionais, tarefa muito mais urgente e importante que a mera edição de leis, como a que ora se pretendeu analisar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner et al. (Hrsg.). *The Reasonable as rational? On legal argumentation and justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.
- BADURA, Peter. Die Verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen. In: MÜLLER, Georg et al. (Hrsg.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1982.
- BERKEMANN, Jörg. *Das Bundesverfassungsgericht und “seine” Fachgerichtsbarkeiten*. Auf der Suche nach Funktion und Methodik. DVBl. Köln: Heymanns, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade; jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRIMM, Dieter. *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*. München: Beck, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 1959.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auf. Heidelberg: Müller Verlag, 1999.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen. *Archiv des Öffentlichen Rechts (AÖR)*, Band 130. Tübingen: Mohr, p. 5-70, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Wer ist das Volk? Eine Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie VI*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/cfi/6/10!/4/2@0:0>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SANTOS, Juez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? *Boletim IBCCrim*, a. 28, n. 328, p. 19-22, mar. 2020.

SILVEIRA, José Néri da. *A função do juiz*. Palestra proferida no Recife, a convite da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, no Curso de Processo Civil, em 06.12.1991. Recife: [s.e.], 1991.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Do direito penal do inimigo ao direito penal do amigo do poder. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 51, p. 33-60, out./dez. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.