

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

João Porto Alegre Lopes

**A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E A ABUNDÂNCIA DE ZONAS
NEBULOSAS DE AUSÊNCIA DE TAXATIVIDADE**

Porto Alegre

2020

João Porto Alegre Lopes

**A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E A ABUNDÂNCIA DE ZONAS
NEBULOSAS DE AUSÊNCIA DE TAXATIVIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mauro
Fonseca Andrade.

Porto Alegre

2020

João Porto Alegre Lopes

**A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E A ABUNDÂNCIA DE ZONAS
NEBULOSAS DE AUSÊNCIA DE TAXATIVIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 24/11/2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
(Orientador)

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

À minha mãe, Alana Porto Alegre,
pela dedicação à minha trajetória
como estudante e como pessoa,
desde a mais tenra idade. Ao meu
pai, Ernâni Lopes, pelos conselhos
sábios e pelos muitos
ensinamentos ao longo da vida.
Dois grandes exemplos para mim,
desde sempre e para sempre.

RESUMO

Versa o presente trabalho sobre a Lei nº 13.869/2019, a nova Lei de Abuso de Autoridade, mais especificamente sobre sua (in)compatibilidade com princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se, por meio do método monográfico, esmiuçar o abuso de autoridade em si, enquanto objeto jurídico da nova lei e como prática nefasta em território pátrio. Após exame pormenorizado do princípio da legalidade, do princípio da segurança jurídica e do princípio da taxatividade penal, analisa-se a redação de múltiplos artigos da referida lei, constituídos por verdadeiros tipos abertos, vagos e imprecisos, concluindo-se que – como apontam doutrinadores, membros do Judiciário, representantes do Ministério Público e das polícias – a nova Lei de Abuso de Autoridade ultrapassa o que se poderia chamar de grau de indeterminação aceitável, podendo, inclusive, vir a tornar-se instrumento de intimidação.

Palavras-chave: nova Lei de Abuso de Autoridade; Lei nº 13.869/2019; princípio da legalidade; princípio da segurança jurídica; princípio da taxatividade; tipos abertos.

ABSTRACT

The object of this paper is the new statute regarding the legal treatment of the abuse of authority, specially its (in)compatibility with pivotal principles of the Brazilian juridical order. Through a monographic method, it seeks to analyze the abuse of authority on itself, simultaneously as an object of legal regulation and as an insidious practice of public authorities in Brazil. It exposes, in a first step, the principles of legality, legal certainty and *nulla poena sine lege*, and, in a second step, it analyzes the text of many articles of the aforementioned statute, which entails an unacceptable variety of vague and undetermined descriptions of criminal conducts, thus violating the principle of strict legality in criminal law. Therefore, the statute crosses the line of an acceptable level of indetermination, a circumstance that allows its usage as an instrument of intimidation against public authorities, as already exposed by many legal scholars, judges, prosecutors and policemen.

Keywords: new statute of abuse of authority; principle of legality; principle of legal certainty; *nulla poena sine lege*; undetermined criminal conduct.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A PROBLEMÁTICA DO ABUSO DE AUTORIDADE	11
3	A LEI PENAL	17
3.1	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	17
3.1.1	Panorama histórico	17
3.1.2	Conceituação	21
3.1.3	Subprincípio da reserva legal	23
3.2	PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	24
3.3	PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE.....	25
3.4	ESTRUTURA DA LEI PENAL.....	27
3.5	DIFERENÇA ENTRE LEI E NORMA	31
3.6	OS TIPOS PENAIIS ABERTOS.....	32
4	A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 13.869/2019)	41
4.1	AVANÇO CIVILIZATÓRIO OU MERO REVANCHISMO?	41
4.2	DETALHAMENTO DA NOVA LEI E DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À LEI ANTERIOR.....	46
4.2.1	Crimes em espécie dotados de elementos normativos sujeitos à interpretação	57
4.3	AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	65
5	CONCLUSÃO	71
	REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

Desde o período de tramitação da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), promulgada em setembro de 2019, os estudiosos do Direito Penal e Constitucional dividem-se em dois grupos. De um lado, há aqueles que vislumbram trechos inconstitucionais em muitos de seus dispositivos, em razão de ofensa ao princípio da taxatividade, relevantíssimo em matéria criminal, e ao princípio da segurança jurídica, elementar no Estado Democrático de Direito. Para estes, está-se diante de tipos penais por demais vagos, imprecisos e genéricos, e tal deficiência redacional pode vir a resultar em uma ampla e desmedida criminalização de condutas, de modo a inibir a legítima atuação de juízes, promotores, procuradores e policiais.

Para tal grupo de juristas, a nova lei foi gestada pelo espírito revanchista de muitos parlamentares que, no contexto da Operação Lava-Jato, enxergavam-se ameaçados pelas autoridades policiais e judiciais, em uma aparente retaliação da classe política às prisões havidas no âmbito da referida operação. Sancionada em meio a processos criminais que apuram graves atos de corrupção e à vista da crescente midiaticização de investigações e ações penais, a nova Lei de Abuso de Autoridade vem sofrendo sérias acusações de parcialidade e protecionismo de certos grupos. Em que pese o conceito de agente público seja amplo, a problemática consiste em um suposto direcionamento dos tipos penais aos membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos policiais, em uma espécie de autoproteção dos membros do Legislativo.

Com raciocínio diametralmente oposto, existem – como se verá no presente trabalho - renomados doutrinadores a rechaçar tal argumento, pontuando tratar-se de lei cuja aprovação era imperativa para o aprimoramento das relações de poder. A Lei 13.869/2019, bem elaborada, tecnicamente bem redigida e, mais do que isso, representativa de avanço civilizatório, teria adentrado o ordenamento jurídico pátrio para adequar os excessos praticados por agentes públicos às novas realidades, eis que a antiga lei regente da matéria (Lei 4.898, de 1965), publicada em pleno regime militar, revelava pouco poder dissuasório, mostrando-se ultrapassada à luz da ampliação dos direitos fundamentais levada a efeito pela Constituição Federal de 1988.

Em verdade, quando se está a tratar de tipos abertos dotados de elementos normativos, o grande desafio é encontrar um ponto de equilíbrio, de modo a evitar que, a pretexto de abranger o maior número de condutas possíveis e, supostamente, evitar uma constante alteração legislativa, padeça determinado dispositivo legal de vício de inconstitucionalidade por revelar-se pouco ou nada taxativo, unívoco. Nessa senda, a redação dos artigos da nova Lei de Abuso de Autoridade, já combatida em múltiplas ações diretas de inconstitucionalidade, necessita de exame pormenorizado, empreendido no presente trabalho.

Por meio de pesquisa bibliográfica, aborda-se a problemática do abuso de autoridade em todas em suas dimensões, inclusive sob perspectiva histórica, com o fim de contextualizar o objeto jurídico da Lei 13.869/2019. Busca-se analisar o uso abusivo de poder por parte dos agentes públicos como uma realidade universal, a ser reprimida de maneira exemplar.

Após, expõe-se o princípio da legalidade, com seus contornos e nuances, figurando como verdadeiro norteador do sistema jurídico pátrio. Busca-se examinar a legalidade não apenas como a exigência de lei prévia para a criminalização de condutas (subprincípio da reserva legal), mas também como mandado de determinação e precisão das leis, daí porque o exame do princípio correlato da taxatividade mostra-se tão importante. Constituindo outro pilar a sustentar o sistema jurídico nacional, o princípio da segurança jurídica também importa ao presente trabalho – que, de um lado, perscruta a existência de critérios para aferir o grau de aceitabilidade de conceitos abertos em matéria criminal e, de outro, examina a obediência da nova Lei de Abuso de Autoridade a tais critérios.

Por fim, examina-se, uma a uma, as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especificando os trechos legais passíveis de decretação de invalidade. Em suma, pretende-se analisar a nova Lei de Abuso de Autoridade sob a ótica da principiologia constitucional e infraconstitucional, perscrutando eventuais incompatibilidades.

2 A PROBLEMÁTICA DO ABUSO DE AUTORIDADE

O abuso de poder por parte dos agentes públicos é uma realidade histórica universal, a ser reprimida de maneira exemplar, uma vez que as prerrogativas conferidas a todos os que agem em nome do Estado possuem uma vinculação finalística pré-determinada à satisfação do interesse público.¹ Em sentido conceitual, o termo autoridade advém do latim *auctoritas* para designar “poder, comando, direito; jurisdição”. De tal forma, é aplicado “como poder de jurisdição, ou o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos.”²

Abusar do poder é, em apertada síntese, ir além de suas funções, ou melhor, das atribuições que o ordenamento lhe impôs. Há um excesso na missão do agente, de forma a ferir o interesse público com seu proceder. Tem-se, não raro, no germe de sua conduta, uma atividade lícita, mas o autor excede-se, abusa, e é no excesso que está a antijuridicidade do comportamento.³

Marcos Cláudio Acquaviva define abuso de autoridade como

prática de atos por órgão público, no exercício de suas atribuições, que transcende, injustamente, os limites destas, em prejuízo de outrem. Para a caracterização do abuso, exigem-se três pressupostos: a) que o ato praticado seja ilícito; b) que tenha sido praticado por funcionário no exercício da sua função; c) que não tenha ocorrido motivo que o legitime.⁴

Deve-se entender como abuso de poder qualquer ato (positivo ou negativo) praticado por agente estatal que, deliberadamente, desborde de seu dever de cumprimento do interesse público.⁵

Maria Sylvia di Pietro descreve a ocorrência de excesso de poder nos seguintes termos:

¹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JHmizuno, 2020. p. 9.

² NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 27.

³ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 15.

⁴ ACQUAVIVA, Marcos Claudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993. p.18.

⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JHmizuno, 2020. p. 11.

O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites da sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência. Constitui, justamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder).⁶

De forma análoga, Elcir Castello Branco entende que “o abuso é a ação maliciosa, nociva ou com excesso. Para discernir o abuso, é necessário que haja uma norma expressa ou um fim ético em vista. É da essência do direito o princípio da finalidade, o imperativo que se lastreia no dever-ser.”⁷

Já em 1788, James Madison, ao defender freios e contrapesos, afirmou:

Mas a grande segurança contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento meios constitucionais e motivos pessoais necessários para resistir a invasões dos outros. (...) Essa pode ser uma reflexão sobre a natureza humana, de que tais dispositivos sejam necessários para controlar abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, nem controles externos nem internos seriam necessários. Ao estabelecer um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisso: deve-se primeiro permitir que o governo controle os governados; e, em seguida, obrigá-lo a se controlar. A dependência do povo é, sem dúvida, o primeiro controle do governo; mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares.⁸

Carvalho Filho assim esclarece que o ordenamento jurídico deve conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares à sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas estas necessárias à consecução dos fins públicos. Conforme aponta, constituem elas os poderes administrativos. Mas, prossegue, ao mesmo tempo que confere poderes, o ordenamento jurídico impõe deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Poder Público, realizam as atividades administrativas.⁹

Nesta senda, Renée do Ó Souza discorre que toda atividade estatal deve ser prestada de maneira diligente, e, sob a ótica do constitucionalismo moderno, de

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 272.

⁷ BRANCO, Elcir Castello. Abuso. In: FRANÇA, Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 29.

⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Seattle, p. 382-383. Kindle Edition. (Tradução livre.)

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 47.

modo promocional, com prestações positivas aptas a fomentar as liberdades humanas e contribuir para o desenvolvimento de todos, naquilo que caracteriza, consoante o doutrinador, os direitos de segunda dimensão.¹⁰

Posicionando-se de modo similar, Paulo Otero assim examina a temática:

[...] o exercício do poder é sempre um serviço, um mandato, sujeito a prestação de contas, e não um privilégio outorgado em benefício de seu titular: responsabilizar quem exerce o poder pelo modo como esse mesmo poder é exercido revela também uma forma de interdependência limitativa do poder. Não há poder limitado sem mecanismos de responsabilização do poder: no princípio da responsabilidade reside a primeira e, simultaneamente, a última garantia do Estado de Direito Democrático. (...) Porém, uma vez que o exercício do poder não se esgota na atividade desenvolvida pelos titulares de cargos políticos, o princípio da responsabilidade tem um âmbito subjetivo de operatividade muito mais amplo: todos os intervenientes no exercício do poder, exerçam ou não cargos políticos, são responsáveis pelas respectivas condutas.¹¹

Sob uma perspectiva histórica, o constitucionalista alemão Horst Dippel dispõe que a concepção de que o poder tem de ser limitado, mesmo nos estados democráticos, advém do pensamento liberal, mas corresponde a uma nova representação, inicialmente também liberal, da ideia de separação dos poderes.¹²

Carlos Valder refere que “o republicanismo em que se assenta a democracia não pode nem deve conviver com os arroubos nefastos da arbitrariedade. Quem excedeu os seus misteres deve responder por isso.”¹³ E prossegue:

A democracia não comporta poderes plenipotenciários, na medida em que estes extrapolam as normas definidoras da matéria em questão. Dessa forma, qualquer tentativa de ir além das fronteiras determinadas pelo Direito está fora de cogitação, adentrando, assim, no mundo da arbitrariedade.¹⁴

No campo do direito pátrio, sabe-se que, mesmo em períodos autoritários, o ordenamento jurídico brasileiro sempre apresentou normas voltadas a punir alguns agentes estatais. Na Constituição de 1824, havia previsões expressas, senão vejamos os seguintes artigos:

¹⁰ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM. 2020. p. 11.

¹¹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 33.

¹² DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 75.

¹³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum. 2019. p. 37.

¹⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 38.

“Art. 179, XXIX – Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.” [sic.]

“Art. 133 – “Os Ministros de Estado serão responsaveis I. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei.” [sic.]

Em que pese vigorasse o dogma da irresponsabilidade do imperador,¹⁵ aprovou-se, ainda no Primeiro Reinado, lei específica sobre o assunto, que principiava com o seguinte dispositivo:

“Art 1º Os Ministros e Secretarios de Estado são responsaveis por traição: §1º Attentando por tratados, convenções, e ajustes, dentro ou fôra do Imperio, ou por outros quaesquer actos do seu officio, ou prevalecendo-se delle com dolo manifesto: 1º Contra a fôrma estabelecida do Governo. 2º Contra o livre exercicio dos poderes politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio. 3º Contra a independencia, integridade, e defesa da nação. 4º Contra a pessoa ou vida do Imperador, da Imperatriz, ou de algum dos Principes, ou Princezas da imperial familia. § 2º Machinando a destruição da religião catholica apostolica romana. § 3º São applicaveis aos delictos especificados neste artigo as penas seguintes. Maxima: morte natural. Média: perda da confiança da nação, e de todas as honras; inhabilidade perpetua para ocupar empregos de confiança, e cinco annos de prisão. Minima: perda da confiança na nação, inhabilidade perpetua, restricta ao emprego, em que é julgado, e cinco annos de suspensão do exercicios dos direitos políticos.)” [sic.]

Válido citar que, antes mesmo da Independência, o Príncipe Regente D. Pedro I decretou, em 23 de maio de 1821, medida intentando proteger a liberdade individual dos súditos:

Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, em suas disposições expressas na Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias, e Decretos de Meus augustos avós tem podido affirmar de um modo inalteravel, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas; e Constando-Me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Deposito da Jurisdicção que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio (...).Determino finalmente que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente Decreto, seja irremissivelmente punida com o perdimento do emprego, e inhabilidade perpetua para qualquer outro, em que haja exercicio de jurisdicção.¹⁶

Já na Velha República, foram preservadas as regras gerais de responsabilização dos funcionários públicos, encerrando-se a irresponsabilidade do Chefe do Poder Executivo.¹⁷ Pode-se dizer que, sob a ótica da responsabilidade

¹⁵ “Art. 99 – A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. [...] Art. 129 – Nem a Regencia, nem o Regente será responsável.” [sic.]

¹⁶ COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. Considerações sobre o Abuso de Autoridade: Desenvolvimento Histórico e Atualidades. *Revista Direito UFMS*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2019, p. 276.

¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. v. 2. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 17.

penal de funcionários públicos, pouco mudou no regramento constitucional nos anos subsequentes.¹⁸

Após o restabelecimento da democracia em 1988, os debates sobre o regime criminal de abuso de autoridade só vieram à tona no final dos anos 2000.¹⁹ Por ocasião do 2º Pacto Republicano celebrado entre os representantes dos Poderes da República em 2009, foi estabelecida como meta prioritária da agenda de proteção de direitos humanos “a revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais.”

Como apontam Gilmar Mendes e Victor Oliveira Fernandes, instaurou-se, no âmbito do Comitê Gestor do Pacto Republicano, uma comissão de notáveis imbuída da tarefa de aprimorar a antiga legislação de abuso de autoridade. A comissão era liderada por Teori Zavascki, à época ministro do Superior Tribunal de Justiça. Integravam ainda o grupo nomes ilustres como Rui Stocco, Vladimir de Passos Freitas, Antônio Umberto de Souza Júnior, Everardo Maciel e Luciano Fuck.²⁰ Os resultados dos trabalhos do grupo corporificaram o Projeto de Lei 6.418, de autoria do então Deputado Raul Jungmann, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados em 11 de novembro de 2009.

A partir do ano de 2014, com o advento da Operação Lava-Jato, muitos foram os protestos contra supostos abusos de policiais, promotores e juízes. Acerca disso, André Karam Trindade afirmou que

Até o momento ninguém foi penalizado em nenhuma esfera. Nem pelas escutas ilegais nem pelas provas obtidas ilicitamente e tampouco por vazarem informações sigilosas à imprensa. Isso é fato. O único que se deu mal aqui foi Protógenes (aquele delegado federal da operação Satiagraha), que se

¹⁸ COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. Considerações sobre o Abuso de Autoridade: Desenvolvimento Histórico e Atualidades. *Revista Direito UFMS*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2019, p. 282.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>> Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>> Acesso em: 03 nov. 2020.

exilou na Suíça e ingressou com revisão criminal alegando falta de isonomia.²¹

De igual forma, Carlos Valder aponta para abusos das autoridades envolvidas na Operação Lava-Jato:

É necessário enfrentar com coragem as armadilhas do processo armadas pelos investigadores de falas desconectadas com o contexto fático-jurídico, e delas não se pode colher a essência das coisas, porque construídas à sombra do pedestal confortável que lhes propicia a burocracia norteadora do modus operandi dos governantes ao largo dos direitos de cidadania como repositório das constituições republicanas. Sem se importar com a compreensão verdadeira do mundo da vida espelhado pela realidade factual, os peregrinos dessa desventura do cotidiano – policiais, promotores federais e estaduais e magistrados – perambulam entre as lágrimas e o sofrimento dos investigados a fim de impor uma atividade persecutória implacável elegendo o alvo na busca da condenação a qualquer custo.²²

De acordo com Sanches e Greco, é nesse contexto que nasce a lei de abuso de autoridade, tendo como objetivo modernizar a prevenção e repressão aos comportamentos abusivos de poder no que toca aos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de autoridades e agentes públicos.²³

Nas palavras de Renee do Ó Souza,

O grande desafio de uma norma penal como esta é encontrar um ponto de equilíbrio de modo a evitar que, a pretexto de dissuadir os abusos, de forma colateral, iniba o desempenho de funções públicas ordenadoras da vida privada, marcadamente impopulares e objeto de insatisfação dos destinatários alcançados pela ação estatal. A Nova Lei de Abuso de Autoridade, ora em comento, é editada em meio a essa tensão.²⁴

²¹ TRINDADE, André Karam. Quem Vigia os Vigilantes? A Questão da Responsabilidade dos Juízes. *Conjur*, 3, dezembro, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/diario-classe-quem-vigia-vigilantes-questao-responsabilidade-juizes>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²² NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum. 2019. p. 56.

²³ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 12.

²⁴ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM. 2020. p. 13.

3 A LEI PENAL

O exame acerca da constitucionalidade da nova Lei de Abuso de Autoridade passa, necessariamente, pelo estudo da lei penal, sob perspectiva principiológica e estrutural.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Consabido que a imposição de uma sanção penal representa drástica intervenção a direitos elementares, a demandar o estabelecimento de diretrizes que controlem o poder punitivo do Estado e que restrinjam sua atuação em parâmetros que afastem toda e qualquer forma de arbitrariedade e excesso de poder punitivo. Muito embora o princípio da legalidade constitua, hoje, elemento central para a aplicação do Direito Penal, seu reconhecimento, em muitos momentos ao longo da História, não passou de “fachada formal”, alternando avanços e recuos.²⁵

3.1.1 Panorama histórico

O alemão Ludwig Feuerbach, no início do século XIX, enfatizou a importância do referido princípio com a fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.²⁶ Tal expressão origina-se mais remotamente da Magna Carta de João Sem Terra, que, no seu artigo 39, dispunha que nenhum homem livre poderia ser punido senão pela *lei da terra*.²⁷ A partir de uma análise histórica, todavia, nota-se que se tratava de uma garantia de caráter apenas processual, não figurando no campo do Direito Penal material.

Retroagindo cronologicamente, constata-se que, no Direito Romano, o princípio incidia somente quanto aos crimes públicos, e não na cognição extraordinária.²⁸ De lá para cá, a legalidade tornou-se um imperativo que não

²⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Lecciones de Derecho Penal*. Sevilla, 1991. p. 74. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 50.

²⁶ “Não há crime e não há pena sem lei” (tradução nossa).

²⁷ “Art. 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.”

²⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998. p. 53.

comporta desvios ou exceções, constituindo inegável conquista da consciência jurídica e dos ditames da justiça. Apenas os regimes totalitários lhe têm negado vigência.²⁹

A causa próxima da legalidade encontra-se no período iluminista (século XVIII). O princípio foi materializado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789.³⁰ Antes disso – mas já no contexto da onda iluminista que se alastrava pelos continentes europeu e americano -, as legislações das recém-emancipadas colônias norte-americanas da Filadélfia (1774), da Virgínia (1776) e de Maryland (1776) já revelavam teor semelhante. Irradiou-se o princípio para o Código Penal Austríaco (1787), para o Código Penal Francês (1791) e para o Código Napoleônico (1810), dentre tantos outros do mundo ocidental.³¹

Na contemporaneidade, vem expresso, exemplificativamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Organização das Nações Unidas), de 1948,³² na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950)³³ e na Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969).³⁴ Ainda, está presente nos artigos 22 e 23 do Estatuto Penal Internacional.

No Brasil, achava-se na Constituição Política do Império de 1824 (artigo 179, XI),³⁵ no Código Criminal de 1830 (artigo 1.º),³⁶ assim como nos demais textos

²⁹ MARTINEZ, Milton Cairoli. Curso de Derecho Penal Uruguayo, 2ª Ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p. 99. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 50.

³⁰ “Art. 8º - Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”

³¹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1. São Paulo. Atlas, 1998. p. 53.

³² “Art. 11. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

³³ “Art. 7. 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. 2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.”

³⁴ “Artigo 9.º Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.”

³⁵ “Art. 179. XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta.” [sic].

³⁶ “Art. 1º Não haverá crime, ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique.” [sic].

constitucionais e nos Códigos Penais de 1890 (artigo 1.º)³⁷ e de 1940 (artigo 1.º),³⁸ ainda em vigor.³⁹ Em território brasileiro, verifica-se que houve flexibilização do princípio da legalidade por ocasião da promulgação do Decreto-Lei 4.166 de 1942, que, no contexto de suspensão das garantias constitucionais em razão do estado de guerra durante a ditadura varguista, permitiu excepcionalmente o emprego de analogia (artigo 5º, § 3º).⁴⁰

Há ordenamentos jurídicos que nada dispõem sobre o princípio da legalidade. Na Inglaterra, não há nenhuma disposição constitucional a respeito, e o Código Penal dinamarquês de 1930 assevera que um fato sujeita o seu autor a punição também quando “inteiramente assimilável” a determinada incriminação.⁴¹ Já na União Soviética, o princípio foi suprimido em 1919, voltando a figurar na legislação penal somente em 1960.⁴² Em uma de suas publicações, Nelson Hungria refere que o penalista russo Anossow pugnava pela abolição do princípio da legalidade, de modo que o Direito ficaria a serviço do Comunismo.⁴³

Importante aqui traçar outro paralelo histórico, examinando um passado ao mesmo tempo próximo e aterrorizador, cuja revisitação mostra-se importante justamente para provar que, quando levada ao extremo e quando ancorada em valores pouco ou nada democráticos, a abertura dos tipos penais pode gerar consequências nefastas a um povo.

Na Alemanha, ironicamente terra de Feuerbach, modificou-se o Código Penal em 1935, permitindo-se, no contexto da ascensão do Nacional-Socialismo, a punição de qualquer fato segundo “os princípios fundamentais do Direito Penal” e o “são sentimento do povo”. Em junho do referido ano, o regime nazista veio a afastar completamente o princípio da legalidade por meio da nova e abjeta redação conferida ao parágrafo 2º do Código Penal alemão: “§2º. Será punido todo aquele

³⁷ “Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas.” [sic].

³⁸ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

³⁹ PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 133.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 1998. p. 5.

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 1998. p. 54.

⁴² MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 1998. p. 54.

⁴³ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código de Direito Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 22.

que cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena segundo a ideia básica de uma lei penal ou segundo o são sentimento do povo.⁴⁴

O objetivo, de viés notadamente antidemocrático e, por isso, condenável, parecia ser que o legislador se abstinhasse da formulação de tipos penais “engessadores”, trocando-os por “lineamentos gerais que possibilitassem ao juiz a maior margem de interpretação possível.”

Por ocasião de sua investidura como reitor da Universidade de Kiel,⁴⁵ Georg Dahm, alinhado a tal pensamento, proferiu as seguintes palavras, bem ilustrativas daquilo a que se propunha o Direito Nazista: *“No futuro, o legislador não tentará mais encaixar a traição e a infidelidade na camisa de força de parágrafos e angulosos tipos penais particulares, mas se contentará com lineamentos gerais que concedam ao critério do juiz o espaço mais amplo.”*⁴⁶

No ano de 1939, na Itália, Giuseppe Maggiore, penalista com notáveis tendências fascistas, afeiçoou-se à fórmula autoritária do parágrafo 2º do Código Penal alemão, vindo a sugerir uma nova redação ao artigo 1º do *Codice Penale* (Código Penal italiano).⁴⁷ Conforme o professor da Universidade de Palermo, o referido dispositivo de lei deveria passar a vigorar da seguinte forma:

*Art. 1º: É delito todo fato expressamente previsto como tal pela lei penal e punido com uma pena prevista por ela. Também é delito todo fato que ofenda a autoridade do Estado e seja merecedor de pena segundo o espírito da revolução fascista e a vontade do Duce,⁴⁸ único intérprete da vontade do povo italiano. Naquelas hipóteses em que não esteja previsto por uma precisa norma penal, tal fato é punível em razão de uma disposição análoga.*⁴⁹

⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. 5te Aufl. Berlin, 1996. S. 132-133. *apud* PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "sentimento do povo" e o nazismo alemão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁴⁵ Compunha a Escola de Kiel (*Kieler Schule*) um grupo de jovens professores ligados à Faculdade de Direito da *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*. Ao tempo do regime nazista (1933 – 1945), propugnou o grupo por uma inovação metodológica do Direito, inovação essa que conduziria a um ataque frontal aos fundamentos do Direito Penal liberal. (PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "sentimento do povo" e o nazismo alemão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.)

⁴⁶ PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "sentimento do povo" e o nazismo alemão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁴⁷ PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "sentimento do povo" e o nazismo alemão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁴⁸ *Duce* era a denominação do ditador italiano Benito Mussolini.

⁴⁹ MAGGIORE. Diritto Penale Totalitario nello Stato Totalitario. In: RIDP XI. 1939. p. 140 ss. *apud* PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "sentimento do povo" e o nazismo alemão. *Revista*

De todo modo, como observa Zaffaroni,⁵⁰ a referida proposta – felizmente – encontrou resistência e não obteve êxito.

3.1.2 Conceituação

Pois bem, pelo princípio da legalidade, ainda que um fato seja imoral, antissocial ou danoso, somente haverá punição se existir anterior previsão legal. Isto é, desimporta a circunstância de entrar em vigor, posteriormente ao ato, lei a criminalizar a conduta. É também pelo referido princípio que fica vedado o emprego de analogia (punição de alguém por fato não previsto, mas semelhante ao previsto) para prejudicar o réu (analogia *in malam partem*).

Em termos elucidativos, só a lei pode trazer à ordem jurídica normas incriminadoras, não se podendo, em nenhuma hipótese, impor sanção penal em razão de fato não definido previamente como crime. Seguindo a orientação moderna, a Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” No plano infraconstitucional, vale repetir, o princípio da legalidade está insculpido no artigo 1º do Código Penal, que dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

De modo didático, Cesare Beccaria – já no século XVIII - asseverou que

apenas as leis podem fixar penas com relação aos delitos praticados; e essa autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social. Nenhum magistrado (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade. Porém, uma pena aumentada além do limite estabelecido em leis é a pena justa mais a soma de outra; por conseguinte, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem público, acrescer a pena estabelecida a um delinquente comum.⁵¹

A teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu acabou por reforçar o discurso legalista, senão vejamos:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a

Consultor Jurídico, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doctrina Penal Nazi*. Valencia: Ediar, 2017. p. 79, nota 140.

⁵¹ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Pillares, 2013. p. 15.

força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos⁵²

Conforme lição de Guilherme Nucci, a legalidade realiza o contraponto ao poder do Estado ceder, deixando-se conduzir pela vontade do povo, que - por meio de seus representantes - cria os delitos e as penas. A tripartição dos Poderes da República se encaixa perfeitamente nesse cenário, permitindo que o Legislativo conceba a lei penal e que o Judiciário a aplique. Quanto ao Executivo, garante a polícia e o aparato estatal repressivo, sempre que necessário.⁵³

Como pontua Francisco Assis de Toledo, remete o princípio da legalidade à “função de garantia penal”, podendo ser desdobrado em quatro princípios: a) “*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*” (proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem punibilidade); b) “*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*” (vedação da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito costumeiro); c) “*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*” (proibição da fundamentação ou agravamento pela analogia); d) “*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*” (proibição das leis indeterminadas).⁵⁴

Hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes já esmiuçou o princípio da legalidade da seguinte forma:

Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundamento, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional de que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão - eis a lei”.⁵⁵

No plano da doutrina internacional, o jurista italiano Luigi Ferrajoli discorre sobre o princípio em exame nos termos que seguem:

Um esquema epistemológico de identificação da desviação penal destinada a assegurar, em relação a outros modelos de direito historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e, pois, o máximo

⁵² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 18.

⁵³ NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 63. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 25.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36.

grau de limitação da potestade punitiva e de tutela da pessoa humana contra a arbitrariedade.⁵⁶

Nas palavras de Alberto Silva Franco, denunciar os perigos que rondam o princípio de legalidade constitui missão a que não se podem furtar todos os que estejam comprometidos com a legalidade democrática. Ou seja, com o Estado, em suma, que, simultânea e porventura, paradoxalmente, reconheça ao homem a liberdade de o ser e lhe queira possibilitar a liberdade para o ser.⁵⁷

3.1.3 Subprincípio da reserva legal

Intimamente relacionado à legalidade está o subprincípio da reserva legal, consoante o qual a regulação de determinadas matérias – no que se inclui a cominação de penas a partir de determinadas condutas - deve ser feita por lei formal, nos exatos termos das disposições constitucionais a respeito. Nessa mesma toada, o artigo 22, I, da CRFB,⁵⁸ dispõe competir privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Sobre o subprincípio da reserva legal, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou da seguinte forma:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo.⁵⁹

A reserva legal afasta não só as outras fontes do direito como também as regras jurídicas que não se enquadram no conceito de lei em sentido estrito (decretos, portarias, resoluções, provimentos, regimentos, entre outros). A medida provisória, por exemplo, constitui ferramenta inapropriada para tal propósito.⁶⁰

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 378.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 1.

⁵⁸ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]”

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 92.010/ES. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5.ª Turma. Brasília, 21 fev. 2008.

⁶⁰ Nesse sentido: FRANCO, Alberto Silva. *A medida provisória e o princípio da legalidade*. São Paulo: RT 648/366-369. 1989.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal historicamente firmou jurisprudência no sentido de que as medidas provisórias podem ser utilizadas na esfera penal, desde que benéficas ao agente⁶¹.

3.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Princípio correlato à legalidade penal, a segurança jurídica diz respeito à previsibilidade e à certeza no que tange ao controle formal-legal a que se encontra o sujeito. O ordenamento jurídico deve propiciar segurança, certeza e estabilidade aos indivíduos que compõem o corpo social.⁶²

A lei promulgada democraticamente dá ensejo a um sentimento de certeza entre as pessoas, possibilitando-lhes prever o comportamento dos demais e das entidades estatais. À margem da lei, há insegurança no que diz respeito à reação aos atos dos membros da sociedade e do Poder Público, assim como as consequências dos próprios atos. À luz dessas premissas, a lei significa segurança de liberdade, ao permitir o regular desenvolvimento das condutas humanas. Sem segurança jurídica, resulta impossível um exercício social e político da liberdade.⁶³

Cabe pontuar que a segurança jurídica não é um mero fato, mas sim um *valor* – postulado basilar da ordem jurídica referido diretamente à pessoa humana –, que se encontra consagrado na Constituição Federal a partir do advento do Estado de Direito (artigo 1.º, *caput*, CRFB).⁶⁴

Sob o ponto de vista histórico, tem-se que, em diversos períodos, o Direito – e especialmente o Direito Penal – esteve a serviço do Estado como um eficiente instrumento de controle social, por meio do qual, como se disse ao esmiuçar o princípio da legalidade, a tutela dos bens e direitos individuais se submetia a um poder ilimitado e desproporcional. A justiça penal vigente atentava, sob todos os ângulos, contra a imprescindível certeza acerca da existência ou não de um direito.

⁶¹ Veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.566/SP. Relator: Min. Luiz Fux. 1.ª Turma. Brasília, 24 set. 2013.

⁶² MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 115.

⁶³ PÉREZ LUÑO, A-E. Teoría del Derecho. p. 25. *apud* PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 130.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 57, São Paulo, 2006. p. 10.

O constitucionalismo liberal trouxe consigo as tão importantes segurança e certeza, com um sistema estrito de legalidade buscando eliminar as incertezas e arbitrariedades punitivas, estabelecendo limites e possibilitando a intervenção estatal tão somente quando violados os bens jurídicos consagrados pela Constituição.⁶⁵

O jurista argentino Eugenio Zaffaroni, por exemplo, descreve a segurança jurídica como um conceito complexo, vez que abarca um significado objetivo (atinentes ao efetivo asseguramento de bens jurídicos) e subjetivo (consistente no sentimento de segurança jurídica). Nessa toada, a intervenção penal afeta duplamente a segurança jurídica: como afetação de bens jurídicos, atenta contra seu aspecto objetivo; como “alarme social”, lesiona seu aspecto subjetivo.⁶⁶

A seu turno, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso inclui a segurança jurídica entre os fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça. Segundo o ministro, é possível conceituar o princípio a partir da existência de instituições estatais dotadas de poderes e garantias, a confiança nos atos do Poder Público, a estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade na aplicação das leis. O autor ainda atenta para o fato de que a segurança jurídica não pode dissociar-se de valores essenciais, como a observância ao direito adquirido e à coisa julgada.⁶⁷

André Ramos Tavares, em seu livro “Curso de Direito Constitucional”, refere três elementos essenciais da segurança jurídica: a) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente e de acesso ao conteúdo desse Direito; b) a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências das atividades e dos atos adotados; e c) a estabilidade da ordem jurídica. A estabilidade mínima da ordem jurídica consiste em cláusulas pétreas, decorrente da dificuldade de alteração das normas constitucionais, e em limitações materiais impostas ao legislador.⁶⁸

3.3 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O princípio da taxatividade está implícito no princípio da reserva legal e, por conseguinte, no princípio da legalidade. A taxatividade demanda que a lei penal

⁶⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal – Sistemas, Códigos e Microssistemas Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 92.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 30.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 409-411.

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 45.

traga descrição pormenorizada de seus elementos essenciais, sendo possível o enquadramento inquestionável de determinada conduta.

Em outros termos, o princípio da taxatividade obriga o legislador ao emprego de uma técnica de criação normativa pautada pela clareza e precisão de linguagem, evitando-se termos ambíguos, genéricos e confusos e, tanto quanto possível, impele o Poder Legislativo à não utilização de elementos normativos, que exigem um esforço compreensivo por parte do intérprete.

É imprescindível que a lei enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana, de modo a torná-la inconfundível com outra semelhante.⁶⁹ Ademais, para que desempenhe função pedagógica, precisa ser acessível a todos, não apenas aos juristas.⁷⁰ Assim sendo, pode-se dizer que a taxatividade garante a segurança jurídica, vez que dirime dúvidas em relação às condutas que podem ou não ser praticadas.

Como se verá no tópico relacionado aos tipos penais abertos, a taxatividade – também chamada de legalidade estrita - tem relação umbilical com a técnica redacional legislativa. Como se está a expor, a norma incriminadora legal há de ser clara, compreensível, possibilitando que o cidadão tenha a real consciência da conduta criminalizada.

Vale dizer que o princípio em comento não está expresso em nenhuma norma legal, constituindo construção doutrinária fundamentada no princípio da legalidade. Segundo Nucci, todavia, a expressão “que o defina”, presente no artigo 5º, inciso XXXIX da CRFB⁷¹ serve de referencial constitucional para o princípio da taxatividade.⁷²

Examinando o princípio da taxatividade, Luiz Luisi assevera que

sem esse corolário, o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei. Se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. [...] A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o

⁶⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: o Sistema das Constantes Constitucionais*. RT - *Fascículos Penais*, São Paulo, Ano 89, v. 779, 2000. p. 426.

⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29.

⁷¹ “Art. 5º. [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]”

⁷² NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 63. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.⁷³

O autor ainda menciona que, quando se fala que determinada disposição deve ser taxativa, busca-se um preceito limitativo, restrito, apertado ou estreito. A par disso, fica nítida a vinculação do princípio da taxatividade com o princípio da legalidade. Se existe exigência expressa de prévia definição legal do delito e de fixação anterior de pena abstrata, torna-se imperativa uma precisa redação do preceito delimitador da responsabilidade penal, como medida de garantia da eficiência do princípio da legalidade. Daí porque se demanda do Poder Legislativo a correta positivação dos tipos incriminadores, com a técnica apurada e o emprego de uma linguagem rigorosa e uniforme.⁷⁴

De acordo com o penalista espanhol Vives Antón, o preceito incriminador do tipo de injusto deve indicar os pressupostos da pena por meio de cláusulas descritivas ou, no máximo, recorrendo a cláusulas valorativas de significado unívoco e preciso. Somente assim o Direito Penal pode ser o baluarte da segurança jurídica, e cumprir fielmente sua função de “Magna Carta” do cidadão.⁷⁵

Conforme lição de Claus Roxin, uma lei indeterminada ou imprecisa contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.⁷⁶

3.4 ESTRUTURA DA LEI PENAL

Constituindo a única fonte formal direta do Direito Penal, sobrepondo-se, logicamente, às fontes subsidiárias (costumes e princípios gerais do Direito), a lei penal compõe-se de duas partes: o comando principal (ou preceito primário) e a sanção (ou preceito secundário). Pode-se dizer que o comando principal se dirige

⁷³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 24.

⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 25.

⁷⁵ VIVES ANTÓN, T. S. Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal. *apud* PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 129.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. p. 169. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51.

aos cidadãos; o secundário, ao juiz, que tem o poder-dever de impor a sanção cabível.⁷⁷

É possível afirmar que toda lei penal carrega os seguintes atributos: imperatividade, generalidade, impessoalidade e exclusividade. É imperativa porque a violação do preceito primário acarreta pena. Pode ser classificada como geral em virtude de estar destinada a todos, até mesmo aos inimputáveis, sujeitos a uma medida de segurança. É impessoal por não se referir a indivíduos determinados, ao passo que se revela exclusiva por ser a única fonte capaz de definir crimes e cominar sanções. Finalmente, aplica-se somente a fatos futuros, porquanto o ordenamento veda a retroatividade, a menos que em benefício do agente.⁷⁸

As leis penais podem ser gerais ou especiais. As gerais são as que vigoram em todo o território nacional, correspondendo, no presente momento, à totalidade das leis penais vigentes no Brasil. Leis especiais são as que vigoram apenas em regiões específicas, não produzindo efeitos nas demais regiões. Apesar da permissão constitucional, inexistente no Brasil qualquer lei penal dessa natureza, podendo-se citar – a título hipotético e exemplificativo – lei que cominasse sanção a quem desperdiçasse água na região nordeste.⁷⁹

Leis penais ordinárias são as que vigoram em qualquer circunstância. Leis excepcionais vigoram apenas em situações específicas, como estado de sítio, de guerra, calamidade pública e assim por diante. Como exemplos hipotéticos, tem-se a lei que ordena o apagar de luzes à noite em período de guerra ou que proíba o desperdício de água em tempos de calamidade. Outro exemplo seria a lei que comina sanções a quem sair à rua durante a pandemia de Covid-19. Importante ressaltar que, cessada a situação de emergência, ocorre a autorrevogação imediata.⁸⁰

Consoante Cezar Bittencourt (e grande parte da doutrina penalista), a classificação mais adequada é a que parte da distinção entre normas penais incriminadoras (lei penal em sentido estrito) e não incriminadoras (lei penal em sentido amplo).⁸¹

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 54.

⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 54.

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 55.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176.

As incriminadoras são as que proíbem (crimes comissivos) ou impõem (crimes omissivos) a realização de certos atos, sob ameaça expressa e específica de pena, figurando a partir do artigo 121 do Código Penal.⁸² De acordo com uma concepção universal, tais normas compõem-se de um preceito primário, que deve descrever, com objetividade, clareza e precisão, a infração penal comissiva ou omissiva, e de um preceito secundário, que diz respeito à cominação abstrata da respectiva sanção penal.⁸³

Por seu turno, as normas penais não incriminadoras - encontradas mais frequentemente na Parte Geral do Código Penal – dividem-se em explicativas e permissivas.⁸⁴ Aquelas preveem regras gerais de interpretação e aplicação da norma penal em sentido estrito, refletindo tanto na delimitação do tipo penal como na determinação da sanção penal correspondente. Segundo Bitencourt, representam as normas explicativas autênticas garantias dentro do procedimento de atribuição de responsabilidade penal, na medida em que pautam critérios para a justa medida do *jus puniendi* estatal.⁸⁵

Contém conteúdo explicativo (ou seja, não incriminador) o artigo 63 do Código Penal,⁸⁶ que trata da reincidência, assim como o seu artigo 150, §4º,⁸⁷ ao tratar do conceito de “casa”. Da mesma forma o seu artigo 327,⁸⁸ ao falar dos efeitos penais incidentes sobre o funcionário público, bem como as regras sobre aplicação da lei penal (artigo 1º e seguintes do Código Penal) e as referentes à aplicação da pena (artigos 59⁸⁹ e 60⁹⁰ do Código Penal). Conforme a lição dos doutrinadores espanhóis

⁸² Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

⁸³ Apenas a título exemplificativo, tem-se que, no artigo 121 do Código Penal, a expressão “matar alguém” é preceito primário, e “Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos” é preceito secundário.

⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 55.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

⁸⁶ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

⁸⁷ “Art. 150. § 4º - A expressão “casa” compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.”

⁸⁸ “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

⁸⁹ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da

Muñoz Conde e García Arán, o fundamento dessas proposições é evitar repetições desnecessárias no enunciado de regras comuns.⁹¹

Já as normas permissivas são as que retiram o caráter ilícito do ato ou a culpabilidade do agente, em face da prática de um ato tipificado. Trata-se, por exemplo, dos artigos 20⁹² e 21⁹³ do Código Penal (erro sobre o elemento do tipo e sobre a ilicitude do fato), dos seus artigos 23,⁹⁴ 24⁹⁵ e 25⁹⁶ (causas excludentes de antijuridicidade), do seu artigo 142⁹⁷ (imunidades nos crimes contra a honra) e do seu artigo 348, §2⁹⁸ (imunidades no crime de favorecimento pessoal).

vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

⁹⁰ “Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

⁹¹ MUÑOZ, Conde; ARÁN, García. Derecho Penal, Parte General. 8ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 37. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179.

⁹² “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”

⁹³ “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

⁹⁴ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”

⁹⁵ “Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”

⁹⁶ “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

⁹⁷ “Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível: I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício. Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.”

⁹⁸ “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. [...] § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.”

Tais normas autorizam a prática de uma conduta que, em um primeiro momento, seria dada por proibida. Não se trata de revogação de uma norma incriminadora, mas de autêntica exceção para os casos em que, apesar da inequívoca adequação típica da conduta, inexistente contraposição valorativa entre o ato praticado e o ordenamento jurídico.

Em outros termos, a permissividade da norma advém de um juízo axiológico acerca da antijuridicidade da conduta, em uma situação de conflito de interesses. É a partir dessas causas de justificação que sobrevém a diferença entre tipicidade e antijuridicidade, explorada no campo da teoria geral do delito.⁹⁹

3.5 DIFERENÇA ENTRE LEI E NORMA

Apenas para não passar *in albis*, há doutrinadores que apontam para a distinção entre lei e norma penal. Para Binding, o ato criminoso não consiste propriamente em violação à lei penal; pelo contrário, consiste exatamente naquilo que a lei prevê como requisito para a imposição da pena. Em realidade, o que seria violado era a norma jurídica que se escondia por detrás do texto legal.¹⁰⁰ Em outras palavras, segundo o mestre alemão, a lei criaria o delito; a norma, o antijurídico. O fragmento legislativo compor-se-ia de preceitos e sanções, e a norma, prévia ao Direito Penal, seria proibitiva (ou imperativa, nos casos dos crimes omissivos) e dirigir-se-ia a todos como requisito da incidência de uma pena em concreto.

À exceção de Von Liszt, que apontou para a distinção entre antijuridicidade material e formal,¹⁰¹ os demais doutrinadores contemporâneos e posteriores a Binding discordaram da teoria consoante a qual a norma seria preexistente ao Direito Penal. Tanto a doutrina germânica quanto a de outros países acabaram por definir a lei como *fonte* da norma penal. A norma seria então o *conteúdo* da lei, não havendo falar-se em independência de uma em relação à outra.

Segundo Silva Sanchez, “as normas penais não constituem mais do que uma interpretação dos enunciados legais, dos quais podem distinguir-se conceitualmente,

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177.

¹⁰⁰ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2te Auflage. Band 1. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1890. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179.

¹⁰¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Co, 1899. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179.

mas não quanto ao momento de surgimento, conteúdo ou natureza.”¹⁰² Para Frederico Marques, “norma é, antes, o direito objetivo, enquanto à lei se reserva o significado de fonte formal da norma. Consoante o autor, nas normas o ordenamento jurídico encontra sua forma de expressão, pois o Direito seria um ‘complexo de normas’; na lei, por seu turno, a norma encontraria sua forma reveladora.”¹⁰³

3.6 OS TIPOS PENAIIS ABERTOS

Para além do exame principiológico, a análise acerca da constitucionalidade dos dispositivos da nova lei de Abuso de Autoridade passa necessariamente pelo estudo do que a doutrina denomina tipos penais abertos.

O conceito de tipo penal aberto foi criado por Hans Welzel na década de 1960, sendo aceito pela doutrina nacional como forma de conceituar aqueles tipos penais nos quais se vislumbrava dificuldade na subsunção da conduta ao verbo nuclear do tipo.¹⁰⁴ No artigo “Culpa e delitos de circulação”, publicado em 1971, o jurista alemão apontou para o aumento no emprego de figuras delitivas culposas, além da tipificação do perigo.¹⁰⁵

Nelson Hungria, em sua obra “Comentários ao Código Penal de 1941”, qualifica os tipos penais abertos como aqueles que não possuem descrição completa da conduta delituosa.¹⁰⁶

Segundo o jurista espanhol Rodriguez Mourullo,

são tipos abertos ou necessitados de complementação aqueles nos quais a lei descreve somente parte das características da conduta proibida, reenviando ao juiz a tarefa de completar as restantes. Desse ponto de vista, aparecem como tipos abertos aqueles que são portadores de elementos normativos ou contêm cláusulas gerais.¹⁰⁷

¹⁰² SANCHEZ, Jesús Maria Silva *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010. p. 506.

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v.1. Campinas: Bookseller, 1997. p.114.

¹⁰⁴ SILVA, Marcio Fioravante da. O Tipo Penal Aberto: Brevidades sobre os Crimes de Abuso de Autoridade e de Tortura. *Jusbrasil*. Disponível em: <<https://marciofioravante.jusbrasil.com.br/artigos/379823535/o-tipo-penal-aberto>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁰⁵ WELZEL, Hans. Culpa e Delitos de Circulação. in: *Revista de Direito Penal*, n. 3, p. 13-43, jul./set. 1971.

¹⁰⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 227.

¹⁰⁷ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Derecho Penal - Parte General*. Civitas, 1978. p. 286- 287. *apud* OLIVEIRA, J. L. As Cláusulas Gerais no Tipo Penal e a Tutela da Liberdade. *Revista dos Tribunais*, vol. 613, nov. 1986, p. 282-284.

Como exemplo, o autor traz o artigo 431 do antigo código penal espanhol, cujo preceito primário foi redigido nos termos que seguem: "Aquele que, *de qualquer modo*, ofender o pudor ou os bons costumes com fatos de grave escândalo..."¹⁰⁸

Para Fragoso, tipo penal aberto é aquele no qual não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgredir com o seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa do comportamento delituoso, que depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe.¹⁰⁹

À luz das lições doutrinárias, pode-se concluir que a complementação – nos tipos abertos - é realizada pela jurisprudência e pela doutrina. Isso porque o preceito primário não contém qualquer determinação dos elementos do dever jurídico cuja violação corresponde à sanção. A ideia de abertura do tipo penal assenta-se na possibilidade de ampliação de significados, assim como a adaptação de vocábulos a realidades diferentes, sendo esta a maior vantagem de seu emprego.

Pois bem, para tornar mais palpável a análise que se está a tecer, passa-se a alguns exemplos de tipos abertos presentes na legislação pátria. O Decreto-lei nº 2.848, de 1940, o atual Código Penal, adentrou o ordenamento jurídico pátrio carregando consigo uma variedade de preceitos abertos à interpretação, mantendo, quanto ao ponto, características semelhantes às das codificações que o precederam, em que pese as críticas já existentes quanto ao descabimento de tamanha indeterminação em matéria penal.

No tipo penal referente ao crime de injúria,¹¹⁰ como indica Alamiro Velludo Salvador Netto, a denominada honra subjetiva deve ser aferida a partir da ofensa à "dignidade" ou ao "decoro" da vítima, incumbindo ao magistrado um juízo valorativo de enquadramento da conduta à moldura típica, que se revela deveras flexível.¹¹¹

¹⁰⁸ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Derecho Penal - Parte General*. Civitas, 1978. p. 286- 287. *apud* OLIVEIRA, J. L. As Cláusulas Gerais no Tipo Penal e a Tutela da Liberdade. *Revista dos Tribunais*, vol. 613, nov. 1986, p. 282-284.

¹⁰⁹ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 183.

¹¹⁰ "Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]"

¹¹¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade Penal e Princípio da Legalidade: o Dilema dos Elementos Normativos e a Taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85, out. 2010, p. 219-235.

Outro elemento normativo se verifica art. 233 do Código Penal,¹¹² que veda a prática de “ato obsceno”, expressão cuja definição abarca necessariamente toda dimensão social da sexualidade, ingressando no complexo problema do referencial moral como elemento da tutela penal.¹¹³

Ato obsceno, na lição de Bento de Faria, é “todo o fato realizado com manifestações positivas de idoneidade ofensiva ao pudor. É o que pode ofender o pudor dos cidadãos, causar escândalo e ferir a honestidade dos que forem testemunhas.”¹¹⁴ Como ressalta Rogério Greco, tal crime “se encontra no rol daquelas infrações penais que requerem uma carga de subjetividade muito grande na sua interpretação, não se podendo, pois, aplicar a ele fórmulas genéricas.”¹¹⁵

Ora, o preciso significado de ato obsceno deriva não apenas da letra fria da lei, mas da associação desta com todos os demais discursos que se propõem a “falar” desta lei.¹¹⁶ De tal forma, o legislador delega à figura do julgador uma margem de complementação, tornando os intérpretes – e conseqüentemente os doutrinadores - um pouco legisladores no encadeamento entre lei e caso concreto. Daí o surgimento de controvérsias acerca da compatibilidade da utilização destes elementos e da vigência do princípio da legalidade.¹¹⁷

Como outro exemplo de tipo vago, incerto, Rogério Sanches aponta para o artigo 20 da Lei nº 7.170/1983, que prevê como crime, sujeito à pena de reclusão de 3 a 10 anos, a conduta de “Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”. Veja-se que a expressão “atos de terrorismo” é genérica, imprecisa, ambígua, atentando contra o princípio da taxatividade.¹¹⁸

¹¹² “Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

¹¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 139.

¹¹⁴ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 144-145.

¹¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. 3. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2020. p. 146.

¹¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 140.

¹¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 140.

¹¹⁸ SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal - Parte Geral – Volume Único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 84.

Examinando outro dispositivo pertencente ao sistema jurídico brasileiro, André Luís Callegari refere que o artigo 4.º da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986)¹¹⁹ intenta reprimir a gestão fraudulenta, muito embora nada especifique acerca do que venha a configurar a referida gestão, tratando-se de um tipo penal amplíssimo, que permite abarcar um largo rol de condutas. Consoante o autor, considera-se ainda pior a redação utilizada no parágrafo único do artigo 4.º, que alberga uma qualificadora a partir do enunciado "se a gestão é temerária", sem sequer fornecer elementos para que se chegue a um juízo de temeridade ou não temeridade.¹²⁰

A Lei 10.792/2003, modificativa de dispositivos da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), ao criar regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena e trazer uma sanção sem tipo penal definido correspondente, viola cabalmente o princípio da legalidade penal, de acordo com Bittencourt.¹²¹ O uso de expressões como "alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento prisional" ou "recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação",¹²² sem que sejam especificados exatamente quais os comportamentos que podem gerar tais situações, violaria, consoante o doutrinador, o princípio da reserva legal, eis que excessivo o grau de indeterminação.¹²³

Exemplo de utilização de técnica legislativa inadequada pode ser visto também em muitas leis penais ambientais e econômicas, construídas a partir de tipos penais incriminadores incoerentes, fora da realidade ou repletos de termos vagos e abertos, dificultando, em enorme medida, o respeito ao princípio da taxatividade.¹²⁴

¹¹⁹ "Art. 4º - Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

¹²⁰ CALLEGARI, André Luís. Legitimidade Constitucional do Direito Penal Econômico: Uma Crítica aos Tipos Penais Abertos. *Revista dos Tribunais*, v. 851, set. 2006, p. 432-444.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

¹²² "Art. 52 [...] § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave."

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

¹²⁴ HASSEMER, Direito Penal Libertário. p. 203. *apud* NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 63. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

São descritos em tipos abertos, também, os crimes culposos, porquanto o legislador não enuncia as formas de negligência, imprudência e imperícia, ficando a critério do magistrado no exame do caso concreto.¹²⁵

A problemática advinda da inserção das cláusulas gerais no mundo jurídico constitui, muito possivelmente, uma das questões de maior relevo imposta aos juristas contemporâneos, em razão da incompatibilidade de sua utilização com a exigência de determinação da lei penal. Tais cláusulas representam, a bem da verdade, “uma porção de legislação deixada aberta.”¹²⁶

Nereu Giacomolli sustenta que a defesa de um Direito Penal com tipos abertos, difusos, indeterminados, ou com normas penais dependentes de uma normatividade integradora (normas penais em branco), ou de um regramento judicial, são características de um Direito Penal autoritário e exageradamente repressivo, inaceitável no atual estágio de desenvolvimento da civilização.¹²⁷

Nota-se ter sido o uso das cláusulas gerais recurso adotado por legislações de inspiração política absolutista ou totalitária, decorrente das tentativas do Estado de sustentar, por meio de sanções penais, a intervenção pública na economia, como também assinala Fulgencio Conesa.¹²⁸

Segundo Nucci, a positivação de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de expressões valorativas vagas pode acarretar abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Nessa toada, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos –, restaria esvaziado o princípio da legalidade ou da reserva legal. Consoante o doutrinador brasileiro, trata-se de um princípio derivado, claramente, da legalidade, constitucional implícito, portanto.¹²⁹

Nessa mesma linha de raciocínio, Nucci pontua que o ato de redigir uma lei penal, especialmente leis incriminadoras, demanda apurada técnica, experiência e

¹²⁵ SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal - Parte Geral – Volume Único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 87.

¹²⁶ OLIVEIRA, J. L. As Cláusulas Gerais no Tipo Penal e a Tutela da Liberdade. *Revista dos Tribunais*, vol. 613, nov. 1986, p. 282-284.

¹²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*. Coord. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs. Porto Alegre, mai./ago. 2000, p. 41-55.

¹²⁸ CONESA, Fulgencio Madrid. *La Legalidad del Delito*. Universidade de Valência, 1983. p. 198-201. *apud* OLIVEIRA, J. L. As Cláusulas Gerais no Tipo Penal e a Tutela da Liberdade. *Revista dos Tribunais*, v. 613, 1986, p. 282-284.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 68. Disponível em: <<https://bridgeminhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

conhecimento jurídico-penal. Vale dizer, ainda que sejam os parlamentares os detentores da legitimidade de legislar, incumbindo-lhes, portanto, captar os sentimentos da sociedade, faz-se imprescindível apoio técnico-jurídico consistente.¹³⁰

O jurista Aníbal Bruno examina a questão posta da seguinte forma:

Os tipos abertos, dentro dos quais é possível incluir, segundo a interpretação que lhes dê, essa ou aquela ação, frustram a função do tipo. A figura típica é, então, um molde elástico, inapto para a definição precisa do fato punível. Tipos desse gênero encontram-se especialmente em leis de governos autoritários, onde a sempre tendência de deixar certa margem de arbítrio na incriminação dos fatos e, afrouxando a determinação legal, defraudam o princípio da garantia.¹³¹

Sob a ótica constitucional, Gilmar Ferreira Mendes tece a seguinte consideração:

Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1.º, III, da Constituição. Não é difícil concluir que referidas *imputações vagas* derivam, no mais das vezes, de tipos penais incriminadores abusivamente abertos.¹³²

Analogamente, Zaffaroni pontua que “Deve-se ter um limite semântico na interpretação do texto legal, pois a extensão demasiada da punibilidade poderia deixar de ser interpretação para ser analogia”.¹³³

Pois bem, como já se viu dos artigos supramencionados – e se verá nos próximos capítulos ao tratar de forma específica a Nova Lei de Abuso de Autoridade -, o legislador brasileiro não raro utiliza terminologia confusa ou de conteúdo abusivamente amplo. Certo é que tal prática deve ser combatida, afigurando-se imperativo que o Poder Judiciário permaneça atento no sentido de impedir a aplicação de figuras excessivamente abertas.

Não se desconhece que a ciência jurídica, por natureza, não é exata. O mesmo se diga quanto à linguagem humana, incapaz de eliminar completamente zonas de ambiguidade. De acordo com Bitencourt, o legislador não pode

¹³⁰ NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 69. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹³¹ BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. in: ASUA, Luis Jimenez de. *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962. p. 61.

¹³² MENDES, Gilmar. A Proteção da Dignidade da Pessoa Humana no Contexto do Processo Judicial, p. 130. *apud* NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 70. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 175.

simplesmente afastar todo e qualquer conceito valorativo, pois, quando positivados de forma comedida e oportuna, arejam o sistema jurídico, adaptando-o à realidade dinâmica da vida em sociedade.¹³⁴

Na mesma linha, Rogério Greco pontua que o emprego de tipos abertos é uma necessidade, tendo em vista a impossibilidade de o legislador prever e descrever todas as condutas possíveis em determinadas situações.¹³⁵

Salvador Netto é cirúrgico ao expor o motivo da importância social dos tipos abertos, referindo que “a sociedade ficou grande e dinâmica demais para os limites do tipo penal fechado.”¹³⁶

Como já se expôs, a ideia de abertura do tipo penal reside na possibilidade de ampliação de significados. Certamente não é o ideal, mas – em uma justa medida não violadora da segurança jurídica – é importante para evitar uma constante alteração legislativa. Busca-se no presente trabalho perscrutar a obediência a essa justa-medida, especificamente na Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Segundo Claus Roxin, “um preceito penal será suficientemente preciso e determinado se e na medida em que do mesmo se possa deduzir um claro fim de proteção do legislador e que, com segurança, o teor literal siga marcando os limites de uma extensão arbitrária da interpretação.”¹³⁷ Como já se viu ao longo do presente trabalho, todavia, os textos legais em matéria penal continuam exagerando no uso de expressões valorativas, em franca afronta aos princípios da legalidade e da reserva legal.

Roxin arrolou alguns critérios para o encontro desse equilíbrio. O autor expõe que, segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a necessidade de determinação legal cresceria junto com o montante de pena prevista para o tipo penal.¹³⁸

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52.

¹³⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 167.

¹³⁶ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 37.

¹³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos*. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997. p. 172.

¹³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos*. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997. p. 172.

Segundo Nucci, por mais que se vislumbre a redução das zonas de abertura textual, existem termos inafastáveis para a modelação de tipos incriminadores, muitos dos quais abertos ou dotados de elemento subjetivo específico.¹³⁹

Assim, no entendimento do autor, podem ser encontrados na legislação penal brasileira:

a) Termos de interpretação valorativo-cultural: expressões de descrição complexa, aludindo a aspectos da experiência humana cotidiana ou de ciências extrapenais. Um exemplo apontado é o tipo penal do infanticídio (artigo 122 do Código Penal),¹⁴⁰ que se vale da expressão “estado puerperal”. Trata-se de um período complexo de sensações físico-psicológicas da mulher, cuja descrição integral, fase por fase, seria impossível. Destarte, utiliza-se o termo “puerperal”, indicativo de um período que se inicia no parto e vai até o retorno das condições normais da mulher.

Outro exemplo mencionado por Nucci é a culpa. Trata-se de um comportamento humano voluntário e consciente, voltado a uma finalidade qualquer, ainda que decorrente da desatenção e da infração ao dever de cuidado objetivo. Essa desatenção do agente pode decorrer da imprudência, negligência ou imperícia (artigo 18, II, Código Penal). Nas palavras do doutrinador: “Torna-se extremamente árdua, para não dizer impossível, a tarefa de descrever, minuciosamente, o que venha a configurar cada conduta imprudente, negligente ou imperita. Assim sendo, emprega o legislador o termo genérico, como ocorre, por exemplo, no homicídio culposo.”¹⁴¹

b) Termos de interpretação valorativo-jurídica: trata-se de expressões que albergam vocábulos pertinentes ao contexto jurídico, provenientes de áreas correlatas, como o processo penal. É o que se passa com o uso de “testemunha”, na previsão do artigo 342 do Código Penal, extraindo-se correlação com o Código de Processo Penal (artigos 202 e 203). Torna-se mais fácil positivar um único termo para referir uma situação jurídica complexa.

c) Termos constitutivos de elemento subjetivo específico: consistem em expressões que remetem a um ânimo específico do agente, transcendendo o dolo

¹³⁹ NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 70. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁴⁰ “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.”

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 70. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

simples. Em geral, materializa-se em uma oração subordinada adverbial final, com emprego de conjunções subordinativas finais (para, a fim de...). Exemplos do Código Penal: “para ocultar desonra própria” (artigo 134), “para si ou para outrem” (artigo 155), “com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate” (artigo 159). Como se verá adiante, a Lei de Abuso de Autoridade traz em seu bojo elemento subjetivo específico, aplicável a todos os crimes nela positivados.

d) Termos constitutivos de elemento subjetivo específico implícito: de acordo com a doutrina de Nucci, são expressões deduzidas do contexto geral do capítulo ou do título em que contidos os tipos incriminadores, ainda que não estejam expressas em lei. São trazidos como exemplo os crimes tributários de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, Código Penal), sonegação previdenciária (artigo 337-A, Código Penal) e supressão ou redução de tributo, contribuição ou acessório (artigos 1.º e 2.º, Lei 8.137/90). Em tais casos, a mera exigência do dolo é insuficiente, não podendo configurar crime, sob pena de se esvaziar o princípio da proporcionalidade e o princípio da mínima intervenção estatal no campo do direito punitivo.

Pois bem, examinada essa classificação, Nucci assevera inexistir parâmetro mínimo para conferir aceitabilidade a determinado tipo aberto. Segundo o autor, o prejuízo torna-se patente quando se percebe que as autoridades possuem visões desencontradas e desarmônicas em relação aos termos abertos, acarretando um cenário de insegurança jurídica moldado a partir de julgamentos rasos, feitos em mera atividade repressiva estatal, sem critério ou limite. Refere o “ato obsceno” (artigo 233, Código Penal) como um dos mais preocupantes, porquanto a obscenidade está ligada à vergonha ou mal-estar causado por atitudes sexuais visíveis ou excessivas.¹⁴²

¹⁴² NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. p. 71. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

4 A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 13.869/2019)

Desde o período de tramitação da Lei nº 13.869/2019, a doutrina penalista encontra-se dividida em dois grupos. De um lado, há aqueles que vislumbram trechos inconstitucionais, em razão de ofensa à taxatividade. Para estes, a nova lei foi gestada pelo espírito revanchista de muitos parlamentares que, no contexto da Operação Lava-Jato, enxergavam-se ameaçados pelas autoridades policiais e judiciais.

O emprego de tipos vagos, imprecisos, atuaria em prol da ampla e desmedida criminalização de condutas, coibindo a legítima atuação das referidas autoridades. Aprovada em meio a processos criminais que apuram graves atos de corrupção e à luz da crescente mediação de investigações e ações penais, a lei sofreu sérias acusações de parcialidade e protecionismo de certos grupos.

De maneira oposta, há doutrinadores que rechaçam tal argumento, asseverando tratar-se de lei cuja aprovação era imperiosa para o aprimoramento das relações de poder. Com o fim de contextualizar a questão, algumas visões contrastantes são expostas aqui.

4.1 AVANÇO CIVILIZATÓRIO OU MERO REVANCHISMO?

Segundo Igor Pinheiro, não há dúvidas quanto à ineficácia da antiga lei, uma vez que as penas eram baixas e sem poder dissuasório. De fato era importante uma nova lei, mas, nas palavras do autor, “existem dispositivos que, a rigor, não obedecem a diversos princípios constitucionais penais, tais como a anterioridade e a taxatividade.”¹⁴³ Prossegue pontuando que a Lei 13.869/2019 é repleta de comandos vagos e imprecisos que impedem a perfeita compreensão prévia do que se criminalizou, ficando a autoridade pública, em muitas vezes, sujeita ao modo de pensar do magistrado que irá julgá-la.¹⁴⁴

Apenas para não passar *in albis*, Igor Pinheiro aponta também para a ocorrência de vício de inconvenção nos dispositivos da nova lei, uma vez

¹⁴³ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 15.

¹⁴⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 16.

que o Brasil é signatário das principais convenções internacionais de combate ao crime organizado e à corrupção e, em todas elas, existe determinação explícita de incentivo e respeito à autonomia e independência das instituições e órgãos que atuam nessa seara.¹⁴⁵

Consoante o autor, em suma, a lei padece de vício de finalidade, porquanto não foi fruto de uma real preocupação do parlamento em aprimorar as relações de poder; em verdade, derivou do intento espúrio de autopreservação de muitos parlamentares investigados, acusados ou até condenados por corrupção, em uma espécie de retaliação geral.¹⁴⁶ Entretanto, a despeito das inconstitucionalidades e inconveniências, o autor dispõe que a lei não deve ser declarada totalmente inválida, uma vez que “existem tipos importantes diante da realidade brasileira e que trazem condutas perfeitamente estabelecidas como proibidas.”¹⁴⁷

Na mesma linha de raciocínio, Renee Ó Souza refere que:

A criminalização de condutas que, no mais das vezes, poderiam ser questionadas mediante meios de impugnação ordinários impulsiona aqueles que são alcançados pela atuação rigorosa de determinação autoridades públicas, principalmente aquelas que exercem atividades fiscalizatórias, para um clima de enfrentamento beligerante inadequado, permeado por representações criminais oportunistas, naquilo que podemos chamar de efeito emulativo da lei.¹⁴⁸

O jurista entende que, em razão da tipificação dúbia de condutas que poderiam ser combatidas sem o uso do Direito Penal, a lei pode vir a tornar-se instrumento de perseguição de agentes públicos que agem diligentemente e que, justamente por tal motivo, desagradam interesses de grupos poderosos. Tal atitude produziria um efeito intimidativo sobre determinados agentes públicos, que deveriam, ao contrário, contar com prerrogativas institucionais asseguradoras do desempenho livre e protegido de ataques externos. Evocando os princípios de

¹⁴⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 31.

¹⁴⁶ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 12-13.

¹⁴⁷ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 41.

¹⁴⁸ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: JusPODIVM, 2020. p. 28.

conduta judicial de Bangalore,¹⁴⁹ refere que a lei contraria o dever estatal imprescindível de assegurar a independência dos membros do Poder Judiciário, que pressupõe proteções suficientes para sua atuação.¹⁵⁰

No que tange aos membros do Ministério Público, o autor manifesta-se no sentido de que a lei afronta as regras de Havana de 1990, que instituiu os princípios orientadores referentes à função dos Magistrados no Ministério Público, aprovadas no 8º Congresso Criminal das Nações Unidas.¹⁵¹

Tais princípios exortam os países membros a garantir adequadas condições de trabalho à instituição. O Princípio 4, prossegue o autor, é bem claro: “Os Estados deverão assegurar que os magistrados do Ministério Público possam desempenhar as suas funções profissionais sem qualquer intimidação, obstáculo, coação, interferência indevida ou exposição injustificada a responsabilidade civil, penal ou de outra natureza.” Menciona também o princípio 23, que, nos termos do autor, “nos orientam a resistir a esse tipo de desestruturação institucional.” Tal princípio foi redigido nos seguintes termos: “Os magistrados do Ministério Público deverão respeitar os presentes Princípios Orientadores. Deverão também, tanto quanto lhes seja possível, prevenir e opor-se ativamente a qualquer violação dos mesmos.”¹⁵²

À luz dessas premissas, Renee Ó Souza é enfático ao criticar a nova lei, indicando a existência de tipos abertos incompatíveis com o Direito Penal:

Por isso insistimos que a criminalização de condutas funcionais ordinariamente regulares, revisáveis por outros mecanismos processuais, é uma opção política que pode produzir indevidos efeitos desmotivadores e que ferem os deveres de efetiva investigação penal do Estado. A situação é agravada diante do emprego excessivo dos elementos normativos em vários tipos, notadamente com emprego de locuções vagas e imprecisas, que generalizam a criminalização de condutas ordinárias e regulares de agentes públicos responsáveis pela atuação estatal no enfrentamento dos atos ilícitos, o que atenta decisivamente contra a segurança jurídica,

¹⁴⁹ Elaborados pelo grupo de integridade judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, que prevê que 1. A independência do Judiciário deverá ser garantida pelo Estado e incorporada à Constituição e às leis do país. É dever de todos os governos e de outras instituições respeitar e observar a independência do Judiciário. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf.> Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁵⁰ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 29.

¹⁵¹ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 30.

¹⁵² Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 30.

princípio caro ao bom desempenho das funções das autoridades públicas.¹⁵³

Por outro lado, há juristas defensores da nova lei, que minimizam uma suposta vagueza ou indeterminação em seus artigos constitutivos.

Carlos Valder se manifesta nos seguintes termos:

‘Não é verdade que o projeto de lei tenta tolher a atuação dos investigadores e dos juízes, porque já existe lei e nunca foi aplicada. Ao longo do tempo, esses dois segmentos vinculados à cena jurídica foram sempre blindados e expandiram o raio de ação das imunidades.’ E prossegue: ‘No seio da democracia republicana, não há espaço para castas intocáveis. O abuso do exercício de direito deve ser repellido sem que isso caracterize intimidação ou tentativa de inibir a atuação de tais servidores públicos. O certo é que a maioria não comete desatinos e, portanto, a regra não a atinge. Os investigados, por sua vez, não podem ficar à mercê desse modo abusivo de comportamento, sujeitos à execração pública. O processo penal não pode ser acionado para servir a alguns, que veem no espetáculo circense motivação para a persecução do desiderato perseguido de modo enviesado.’¹⁵⁴

Quanto a um suposto caráter intimidatório da nova lei, dispõe o autor que:

A lei que pretende enfrentar o chamado abuso de autoridade não tem caráter intimidatório, tampouco busca constranger promotores, procuradores e juízes ou quem quer que seja. Ao contrário, ela se afigura um instrumento de contenção do poder na sua manifestação arbitrária, excessiva, descomedida. Dessa forma, objetiva apenas fazer frente às flagrantes injustiças acaso cometidas pelos referidos servidores, os quais não dispõem de carta branca para fazer o que bem lhes aprouver.¹⁵⁵

Nessa mesma seara de raciocínio, rechaça a tese de que a Lei 13.869/2019 coíbe a atuação judicial:

Segundo Sérgio Moro, o Projeto de Lei do Senado nº 280/2016 amordaça os juízes e promotores na suposição de erro interpretativo que pode redundar em crime de hermenêutica. O abuso de autoridade, entretanto, não tangencia essa linha de raciocínio, ao contrário, na hipótese, o servidor age consciente de modo a extrapolar sua competência. Em verdade, o processo decisório, tendo em vista a natureza plural do direito, comporta sua dialetização, permitindo assim a argumentação convincente sem que isso constitua ofensa à sua interpretação e aplicação. [...] É necessário enfrentar com coragem as armadilhas do processo armadas pelos investigadores de falas desconectadas com o contexto fático-jurídico, e delas não se pode colher a essência das coisas, porque construídas à sombra do pedestal confortável que lhes propicia a burocracia norteadora do *modus operandi* dos governantes ao largo dos direitos de cidadania como repositório das constituições republicanas. Sem se importar com a

¹⁵³ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 35.

¹⁵⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 28.

¹⁵⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 106.

compreensão verdadeira do mundo da vida espelhado pela realidade factual, os peregrinos dessa desventura do cotidiano – policiais, promotores federais e estaduais e magistrados – perambulam entre as lágrimas e o sofrimento dos investigados a fim de impor uma atividade persecutória implacável elegendo o alvo na busca da condenação a qualquer custo.¹⁵⁶

De igual forma, Nucci pontua tratar-se de lei bem elaborada, enfatizando serem seus artigos inclusive benévolos para com os agentes públicos, senão vejamos:

*Pode-se argumentar que a **nova Lei de Abuso de Autoridade** foi editada em **época equivocada**, pois pareceu uma resposta vingativa do Parlamento contra a Operação Lava Jato. Mas, na essência técnica, trata-se de uma lei absolutamente normal, sem nenhum vício de inconstitucionalidade. [...] Não há um único delito que significa pena de prisão como primeira hipótese. Na realidade, o crime de abuso de autoridade é grave, mas não está sendo tratado nem como hediondo nem tampouco com severidade no tocante às penas cominadas, admitindo, claramente, penas restritivas de direitos (mesmo quando não couber transação ou *sursis* processual); [...] De modo benevolente, a **lei prevê a recuperação do direito de se tornar, outra vez, autoridade**. No âmbito do Código Penal, a perda do cargo, mandato ou função é definitiva. Aliás, quem age abusivamente e é por isso condenado não deveria mesmo voltar ao poder. A lei atual é **favorável** ao agente público.¹⁵⁷*

Para Gilmar Mendes e Vitor Ferrantes, a legislação constitui um avanço civilizatório ímpar para o Direito Penal brasileiro, não somente por ter conferido aprimoramento técnico considerável em comparação ao diploma anterior (Lei 4.898/65), mas sobretudo por “sacralizar o compromisso de autorreflexão de uma sociedade democrática sobre os limites do sistema punitivo”.¹⁵⁸ Os autores assim analisam o advento da nova lei:

É indiscutível que nenhuma legislação nasce perfeita, muito menos as que amadurecem em um caminho histórico tão labiríntico. É possível, e mesmo necessário, que alguns dispositivos da lei tenham que ser submetidos a um teste de batimento à luz do texto constitucional. Todavia, a qualidade técnica da proposição aprovada é digna de destaque. A latitude da incidência da norma sujeita qualquer agente público ao seu escrutínio, do Presidente da República ao guarda de trânsito da esquina. [...] Para além, a ampla conquista de uma nova Lei de Abuso de Autoridade transcende o exame da sua tecnicidade. O ganho democrático da legislação está em reinserir na pauta institucional um debate que nunca deveria ter sido relegado a segundo plano. [...] Longe de ser uma jabuticaba, diversos

¹⁵⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 54.

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme. A Nova Lei de Abuso de Autoridade. *Guilherme Nucci*, 05 out. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

países da tradição romano-germânica em democracias consolidadas conservam leis penais efetivas voltadas à coibição de excessos dos agentes públicos. Na França, os artigos 332-4 a 332-9 do Código Penal trazem previsões específicas para o abuso de autoridade, tipificando como crime “ordenar ou praticar arbitrariamente ato prejudicial à liberdade pessoal.”¹⁵⁹

Para melhor compreensão da matéria, importa examinar o teor da Lei nº 13.869.

4.2 DETALHAMENTO DA NOVA LEI E DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À LEI ANTERIOR

A nova Lei de Abuso de Autoridade - Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, que, após 120 dias de *vacatio legis*, entrou em vigor em 3 de janeiro de 2020, resulta da aprovação dos Projetos de Lei do Senado 280/2016¹⁶⁰ e 85/2017,¹⁶¹ sendo que ambos os projetos absorveram o texto original do Projeto de Lei 6.418/2009.¹⁶²

A aprovação, em regime de urgência, pelo plenário do Senado ocorreu em 26/04/2017. Seguiu, em 10/05/2017, à Câmara dos Deputados, onde recebeu a designação PL nº 7596/2017, consumando-se a aprovação em 14/08/2019.¹⁶³ Encaminhado à Presidência da República, recebeu 33 vetos, sendo derrubados pelo Congresso Nacional 18 deles (o que representa reintrodução de 15 dispositivos com normas penais incriminadoras).¹⁶⁴

A lei criminaliza condutas não previstas como crime no Código Penal ou em outras leis especiais. Ressalta-se que a lei possui natureza subsidiária em relação aos crimes previstos em outros diplomas. Exemplificativamente, ainda que seja possível vislumbrar incontestemente abuso de autoridade do funcionário público que

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaio-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁶⁰ De autoria do Senador Renan Calheiros, do MDB/AL.

¹⁶¹ De autoria do Senador Randolfe Rodrigues, do REDE/AP.

¹⁶² Ou seja, Lei 13.869/2019 é, no seu DNA, um *constructo* de juristas como Zavascki, Stocco, Freitas e Maciel.

¹⁶³ Ficha de tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁶⁴ Ficha de tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

pratica uma concussão,¹⁶⁵ o desvio de poder será considerado elemento implícito daquele tipo.¹⁶⁶ Fato é que a nova Lei de Abuso de Autoridade visa suprir uma lacuna legislativa, de forma que possam ser punidos abusos de poder não abarcados por outros crimes funcionais.

Sobre o advento da nova lei no ordenamento jurídico, Renee Ó Souza aponta que:

O grande desafio de uma norma penal como esta é encontrar um ponto de equilíbrio de modo a evitar que, a pretexto de dissuadir os abusos, de forma colateral, iniba o desempenho de funções públicas ordenadoras da vida privada, marcadamente impopulares e objeto de insatisfação dos destinatários alcançados pela ação estatal. A Nova Lei de Abuso de Autoridade, ora em comento, é editada em meio a essa tensão.¹⁶⁷

Em suma, observa-se que a nova lei busca punir mais autoridades, vez que amplia o conceito de autoridade para agente público, incluindo um rol que não é taxativo, e sim exemplificativo. Consoante se verá adiante, a problemática consiste em um suposto direcionamento dos tipos penais aos membros do Ministério Público, Judiciário e agentes policiais, em uma aparente retaliação da classe política às prisões havidas no âmbito da Operação Lava-Jato.

Ilustrativamente, tem-se que, até 26/10/2020, foram decretadas pela Operação Lava-Jato, apenas no âmbito da 1ª instância de Curitiba, 163 prisões temporárias, 132 prisões preventivas, 1.437 mandados de busca e apreensão e 211 conduções coercitivas. Foram 553 denunciados, 209 acordos de colaboração e 4,3 bilhões de reais devolvidos aos cofres públicos.¹⁶⁸

Aludindo a uma autoproteção dos membros do Legislativo, Igor Pinheiro nota um direcionamento para as autoridades que combatem a corrupção, de modo que a classe política praticamente fica fora. Propõe o autor a seguinte reflexão: “por qual motivo não aprovaram ser crime de abuso de autoridade aprovar lei ‘manifestamente inconstitucional’ ou por meio de propina, suborno ou corrupção?”¹⁶⁹

¹⁶⁵ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

¹⁶⁶ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 16.

¹⁶⁷ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 67.

¹⁶⁸ Dados disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>> Acesso em: 27 out. 2020.

¹⁶⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JHMizuno, 2020. p. 11.

Pois, bem, a questão do abuso de autoridade já era regulamentada pela Lei 4.898, de 1965, publicada no regime militar.¹⁷⁰ Muitos juristas já apontavam tratar-se de legislação genérica, com tipos penais abertos, a inviabilizar aplicação aos casos concretos, em virtude da não obediência ao princípio da taxatividade.

Nas palavras de Bilac Pinto,¹⁷¹ o intuito da antiga norma seria “o de complementar a Constituição para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em numerosíssimos municípios brasileiros”. O texto aprovado no Congresso Nacional foi sancionado pelo presidente Castello Branco com um único veto parcial (modalidade admitida à época).¹⁷²

Segundo Nucci, a lei anterior, editada em plena ditadura militar, carecia de atualização, vez que não atendia mais às demandas da sociedade. O autor critica o artigo 3º, que dispunha constituir abuso de autoridade qualquer *atentado à liberdade de locomoção*. Complementa ainda que seria amoldável a esse tipo toda e qualquer prisão preventiva decretada “sem justa causa” ou uma condução coercitiva “fora das hipóteses legais”.¹⁷³

Segundo Gilmar Mendes e Ferrantes, a conceituação dos atos de abuso, na antiga lei, foi remetida a um rol por demais amplo de condutas atentatórias à liberdade de locomoção e a outros direitos individuais. Consoante pontuam os autores, para além da deficiência legística, as máculas históricas do autoritarismo do período militar deixaram claro que a lei em questão “não pegou.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ Consoante ficha de tramitação disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184990>>, a legislação revogada foi fruto do Projeto de Lei 952 de 1956, de autoria do então deputado Bilac Pinto, da União Democrática Nacional de Minas Gerais (UDN-MG), apresentado durante o governo de Juscelino Kubitschek. Consoante Gilmar Mendes e Victor Fernandes, a exposição de motivos da lei não revelava sua intenção de servir de contraponto ao aumento da violência policial ainda no período democrático. MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷¹ Discurso de apresentação do Projeto de Lei nº 952 proferido pelo Deputado Bilac Pinto em 10 de janeiro de 1956. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17JAN1956SUP.pdf#page=3>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷² Ficha de tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184990>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷³ NUCCI, Guilherme. A Nova Lei de Abuso de Autoridade. *Guilherme Nucci*, 05 out. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em:

Ademais, observada a gravidade dos abusos praticados, as penalidades eram consideradas irrisórias. Como as 19 condutas delituosas tinham como pena a detenção de 10 dias a 6 meses, todos os crimes então previstos podiam ser classificados como de menor potencial ofensivo. Na nova lei, as penas foram graduadas conforme a gravidade das condutas, alternando crimes de menor e de médio potencial ofensivo.¹⁷⁵

De fato, em rápida comparação entre as legislações, percebe-se que o foco da legislação anterior era o poder Executivo, e que - no presente momento - membros do Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, de tribunais ou conselhos de contas, em maior ou menor grau, também podem ser alvos de penalidades.

Como outra diferença entre a lei atual e a antiga, aponta-se que, na Lei 4.898, de 1965, estava prevista a decretação da “perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos”, ao passo que na nova lei – como se exporá mais detalhadamente – prevê-se a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública pelo período de 1 a 5 anos ou perda do cargo.

A Lei 13.869/2019 teria vindo, destarte, para adequar os excessos praticados por agentes públicos à nova realidade, principalmente como forma de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, ampliados com a Constituição Federal de 1988. Verdadeiramente, a nova lei trouxe mais tipos penais e endureceu as penas. Nada obstante, em muitos dos crimes remanescem tipos abertos, a ofender o princípio da taxatividade.

Superadas essas premissas, passa-se ao exame dos artigos iniciais da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Os artigos 1º e 2º versam sobre o sujeito ativo dos delitos. O artigo 1º foi redigido da seguinte forma:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

<<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷⁵ Em todos os delitos é possível a suspensão condicional do processo, na forma do artigo 89 da Lei 9.099/95.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Trata-se de norma não incriminadora explicativa, introduzindo os artigos subsequentes.¹⁷⁶ O artigo 1º ainda abrange condutas praticadas fora do ofício, ao contrário da lei anterior.¹⁷⁷ A regra de ouro para definir, quanto ao sujeito ativo, a ocorrência de abuso de autoridade é a conduta ilícita ter sido praticada *propter officium*, ou seja, em razão do cargo.¹⁷⁸ Revela tratar-se de crimes próprios, comunicando-se aos coautores, desde que estes tenham ciência da condição especial do autor.

Acerca do parágrafo 1º do artigo 1º, trata-se de disposição imprescindível para que se diferencie o agente que cometeu um erro ou mesmo uma ilegalidade de boa-fé daquele que agiu com claro propósito preordenado de praticar a conduta típica.¹⁷⁹ Tal válvula de escape foi incluída por emenda no Senado Federal.¹⁸⁰

Especificamente sobre o referido dispositivo, Sanches e Greco se posicionam da seguinte forma:

Esse especial fim de agir, vale dizer, a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal deverá ser apontado, especificamente, na peça inaugural da ação penal (seja ela proposta por meio de denúncia do Ministério Público, ou mesmo da queixa, nas ações penais de iniciativa privada subsidiária da pública). Caso não conste na inicial essa particular motivação, não poderá o réu defender-se das acusações contra ele formuladas e a denúncia ou a queixa deverão ser rejeitadas.¹⁸¹

Ou seja, exsurge a necessidade de comprovação da intenção de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda, da ação por mero capricho ou satisfação pessoal. Consoante Renee Ó Souza, por exigir essa motivação

¹⁷⁶ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 15.

¹⁷⁷ Ainda que a lei anterior não fosse expressa quanto ao ponto, doutrina e jurisprudência já se manifestavam no sentido de abarcar condutas praticadas fora do ofício. Veja-se HC 102.049-ES, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 13.04.2010 e REsp 782.834-MA, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.03.2007.

¹⁷⁸ Como já decidiu o STJ, “comete o delito o agente que, mesmo não estando no exercício da função, age invocando a autoridade do cargo, com exibição da carteira funcional” AgRg no Ag 5.749/SP, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 04.12.1990.

¹⁷⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 51.

¹⁸⁰ Ficha de tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸¹ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 12.

especial, os crimes são de tendência interna transcendente, visto que reclamam, além da realização típica objetiva, a perscrutação acerca da finalidade do agente.¹⁸²

Trata-se de situações quase indemonstráveis, o que pode gerar manipulações e ambivalências significativas, dificuldade que desembocará no ônus da prova.¹⁸³

Todavia, fato é que a análise acerca do elemento subjetivo tem elevada importância para evitar que o servidor, receoso de eventual responsabilização criminal, abstenha-se de cumprir seu dever de ofício, especialmente em face de circunstâncias que levem a crer que isso é exigido. Se o funcionário agir impulsionado pela vontade de atingir o fim público, não comete crime de abuso de autoridade.¹⁸⁴

Tal análise, por vezes, revela-se espinhosa, como no caso do policial que revista pessoa que, vestindo um pesado agasalho em um dia ensolarado, caminha de um lado para o outro, nervosamente, em frente a um banco.¹⁸⁵ O Supremo Tribunal Federal já legitimou a atuação policial em situação assemelhada (HC 81.305/GO), mas a zona de penumbra entre o estrito cumprimento do dever legal e o abuso de autoridade no caso em exame exemplifica a dificuldade que envolve tal ponderação.

Há, entretanto, casos de mais fácil interpretação. Gabriela Marques e Ivan Marques trazem o exemplo do agente público que, ao adentrar um domicílio em situação de aparente flagrância, não pode ser rotulado como um criminoso, pois havia razões fáticas para crer na ocorrência de crime no interior da residência.¹⁸⁶ Se, após o ingresso, não houver prova de dolo específico do agente (finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal), a própria Lei de Abuso de Autoridade afasta a tipicidade formal da conduta, de acordo com os autores.

¹⁸² Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 22.

¹⁸³ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 20.

¹⁸⁴ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 19.

¹⁸⁵ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 19.

¹⁸⁶ MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019. p. 27.

Como aponta Samer Agi,¹⁸⁷ a última hipótese (mero capricho ou satisfação pessoal) é a que causa maior receio na comunidade jurídica, eminentemente entre os agentes públicos, que temem retaliações pela interpretação possível de conceitos abertos. Refere o autor que todo agente público, ao agir, pode sentir alguma satisfação pessoal. Há uma satisfação pessoal em cumprir seu dever, em perceber-se agente da mudança no mundo, no país, em sua cidade. O que é inadmissível, prossegue, é que a consequência se transmute em causa. Não pode o agente público agir para se satisfazer, ainda que a satisfação pessoal possa ser consequência da atuação do agente para satisfação do interesse público. Veda-se a autopromoção, a busca do endeusamento para posteriormente concorrer a algum cargo eletivo, por exemplo.¹⁸⁸

Quanto ao artigo 1º, parágrafo 2º, trata-se de previsão que garante à autoridade certa margem para valoração das condutas, à luz do espaço de conformação possível e permitido pelo exercício interpretativo do direito e valorativo de fatos e provas. Necessária a presença do parágrafo, especialmente em razão da inexatidão, do relativismo, da textura aberta da linguagem e do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, examinados no presente trabalho, bem como da liberdade cognitiva e decisória regentes do sistema judicial.¹⁸⁹

Segundo Renee Ó Souza, o parágrafo em exame possui natureza jurídica mista, ora atuando como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão da imputação objetiva.¹⁹⁰

Consabido que a hermenêutica do direito varia muito de acordo com o intérprete. Hermenêutica é um ramo da filosofia que trabalha a teoria da interpretação de textos escritos, especialmente nas áreas da literatura, religião e direito.¹⁹¹ Por isso, a divergência na interpretação da lei ou na avaliação do fato não pode caracterizar abuso de autoridade. Por exemplo, se o delegado de polícia toma uma atitude em relação ao indiciado e o juiz ou o promotor entenderem o contrário,

¹⁸⁷ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 17.

¹⁸⁸ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 17.

¹⁸⁹ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Brasília: JusPODIVM, 2019. p. 24.

¹⁹⁰ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Brasília: JusPODIVM, 2019. p. 24.

¹⁹¹ ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020. p. 19.

poderão alterar a decisão da autoridade policial, mas não poderão responsabilizá-la por tal crime.¹⁹²

Por outra banda, Sanches e Greco fazem a seguinte advertência:

Ponderamos, porém, que divergências de interpretação ou avaliação, quando patentemente teratológicas, absolutamente anormais, absurdas, assombrosas, não poderão socorrer a autoridade. Vamos imaginar um diretor de penitenciária, interpretando o princípio constitucional da isonomia, entende que nada justifica, no século atual, homens e mulheres cumprirem penas em estabelecimentos distintos, colocando ambos os sexos na mesma cela. Essa sua interpretação ao artigo 5 da CF é monstruosa. Se ficar demonstrada a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, responderá pelo abuso (art. 21).¹⁹³

Rechaçando os argumentos críticos à lei, Carlos Valder sustenta que “O crime de hermenêutica suscitado pelos promotores e juízes é mera obra de ficção, porque brotada da mente fértil de seus mentores”. E prossegue: “Não há menor intenção de se criminalizar a metodologia usada pelos atores da cena jurídica – no caso promotores e juízes – em razão do procedimento de interpretação e aplicação da lei”.¹⁹⁴

Feitas as devidas colocações acerca do artigo 1º, tem-se que o artigo 2º ostenta a seguinte redação:

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.

Como se vê, o legislador conferiu amplitude máxima ao conceito de agente público, abarcando inclusive um mesário nas eleições ou até mesmo um estagiário do poder Judiciário até o presidente da república. Ainda, tornou indiferente a

¹⁹² ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium. 2020. p. 20.

¹⁹³ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 13.

¹⁹⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 39.

condição de servidor público, considerando-se agente público não apenas o funcionário concursado para exercer cargo ou função pública, mas também aquele que foi contratado temporariamente e sem remuneração.¹⁹⁵ Englobou também os eleitos (como os políticos) e aqueles investidos de qualquer outra forma para mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade que sejam abrangidos pelo *caput* do artigo em comento.

Quanto ao sujeito passivo, embora não esteja expresso na lei, entende-se que há dupla subjetividade passiva.¹⁹⁶ O Estado figura como sujeito passivo imediato. Já o particular é sujeito passivo mediato, porque teve um direito fundamental, como a liberdade ou a honra, violado.¹⁹⁷

No tocante ao objeto jurídico, note-se que ele também é encontrado em duplicidade. De um lado, o bem jurídico tutelado é a administração pública, o seu normal funcionamento. De outro, os direitos fundamentais do cidadão, como a liberdade, a honra e a imagem.¹⁹⁸

O artigo 3º, a seu turno, nada mais é do que a reprodução da regra geral do sistema processual penal brasileiro.¹⁹⁹ Inclusive, o Presidente da República o vetou, por entendê-lo desnecessário. Seguem as razões do veto:

A ação penal será sempre pública incondicionada, salvo quando a lei expressamente declarar o contrário, nos termos do art. 100 do Código Penal, logo, é desnecessária a previsão do *caput* do dispositivo proposto. Ademais, a matéria, quanto à admissão de ação penal privada, já é suficientemente tratada na codificação penal vigente, devendo ser observado o princípio segundo o qual o mesmo assunto não poderá ser disciplinado em mais de uma lei, nos termos do inciso IV do art. 7º da Lei Complementar 95, de 1998. Ressalta-se, ainda, que nos crimes que se procedam mediante ação pública incondicionada não há risco de extinção da punibilidade pela decadência prevista no art. 103 cumulada com o inciso

¹⁹⁵ ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020. p. 21.

¹⁹⁶ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 22.

¹⁹⁷ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 22.

¹⁹⁸ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 22.

¹⁹⁹ “Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada. § 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. § 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.”

IV do art. 107 do CP, conforme precedentes do STF (v.g. STF. RHC 108.382/SC. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. T1, j. 21/06/2011).²⁰⁰

Caso o Ministério Público não ofereça a denúncia no prazo legal, o ofendido terá o prazo de seis meses para ofertar a queixa-crime substitutiva da denúncia, sob pena de decadência. O Ministério Público, entretanto, poderá aditar ou repudiar a queixa proposta pela vítima, oferecendo outra denúncia. Consoante Igor Pinheiro, a ação penal privada subsidiária da pública representa um claro mandado constitucional anticorrupção e deve ter o seu uso incentivado em qualquer hipótese.²⁰¹

Sobre a aparente desnecessidade do artigo 3º, por corresponder à regra geral do sistema brasileiro, Gabriela e Ivan Marques pontuam que:

A repetição dos textos legais nessa lei não foi mero acaso, e sim algo proposital, como um mecanismo de segurança para que se possa realmente apurar os casos de abuso de autoridade existentes, mandando um recado para o único titular da ação penal de que não serão aceitos engavetamentos de investigações sem um posicionamento oficial do Ministério Público: denunciar, requerer arquivamento ou requisitar novas diligências. O que causa medo no legislador é a simples omissão, viabilizando o decurso do tempo sem nenhuma atitude.²⁰²

O artigo 4º da Nova Lei de Abuso de Autoridade tem a seguinte redação:

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.

No que pertine à necessidade de motivação nos casos dos incisos II e III, Renee Ó Souza assevera que:

²⁰⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm#:~:text=%E2%80%9CA%20a%C3%A7%C3%A3o%20penal%20ser%C3%A1%20sempre,do%20caput%20do%20dispositivo%20proposto.&text=107%20do%20CP%2C%20conforme%20precedentes,RHC%20108.382%2FSC.> Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁰¹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020. p. 51.

²⁰² MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 39.

Na prática, a facultatividade eleva o ônus argumentativo do magistrado, que deve, analiticamente, demonstrar que, além de se tratar de hipótese que autoriza a aplicação deste efeito extrapenal, que este se mostra adequado ao caso concreto. Nesse sentido é que se deve interpretar a afirmação de que são efeitos não automáticos que necessitam ser motivadamente declarados na sentença.²⁰³

No artigo 5º, o legislador definiu as penas restritivas de direitos:

Art. 5º As penas restritivas de direitos substitutivas das privativas de liberdade previstas nesta Lei são:

I - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

II - 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;

III - (VETADO).

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

Elas podem autônomas ou cumulativas, constituindo direito do condenado, e não faculdade do juiz, devendo ser consultados os requisitos do Código Penal (artigo 44).²⁰⁴ Antes, todavia, deve-se verificar se há possibilidade de suspensão condicional do processo ou até transação penal (que não gera efeitos de reincidência, nem aparece na certidão de antecedentes).

Sobre a natureza das penas alternativas, Samer Agi assevera que:

Como estamos diante de delitos abusivos funcionais, deve a prestação fixada ter por intento inculcar na mente do condenado a necessidade de atuar conforme o ordenamento, respeitando os limites legais e os direitos fundamentais do cidadão. A pena de prestação de serviços à comunidade é a que mais se aproxima das finalidades que o discurso oficial atribui à sanção, quais sejam, a retribuição (ao mal do crime o mal da pena) e a prevenção, particularmente a prevenção especial positiva (ressocialização do apenado).²⁰⁵

Complementarmente, Paulo Alves sublinha que:

Em que pese a lei dizer que o condenado deve prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas como escolas, creches e hospitais, estes não são compatíveis com o cumprimento de tal medida porque nas escolas de primeiro e segundo grau há crianças e adolescentes, nas creches bebês e crianças de um a três anos e nos hospitais pacientes que são vulneráveis a qualquer tipo de contaminação. Por isso, o legislador deveria determinar que o condenado prestasse serviços comunitários

²⁰³ Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 53.

²⁰⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 51.

²⁰⁵ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Iuris, 2019. p. 34.

somente em entidades policiais civis e militares onde ficaria devidamente monitorado e vigiado pelas autoridades competentes.²⁰⁶

O artigo 6º, o artigo 7º e o artigo 8º apenas reafirmam a independência das ações criminais, cíveis e administrativas. Isso significa que o resultado da ação civil/administrativa não interfere na esfera criminal. Todavia, a decisão em âmbito criminal quanto à materialidade e à autoria não é mais passível de discussão, ao passo que a sentença absolutória apenas faz coisa julgada no cível se ancorada em excludente de ilicitude. Em um exemplo prático, o agente público pode ser absolvido do crime de abuso de autoridade em uma situação de inequívoca falta funcional, como no caso de desleixo (preguiça).²⁰⁷ Como já se expôs, se não houver dolo específico, não haverá crime.

Antes de esmiuçar os crimes em espécie previstos na nova lei, importante salientar que a jurisprudência sempre se posicionou no sentido de que a maioria dos crimes funcionais deveriam ser processados no Juizado Especial Criminal. Divergências há, no entanto, quanto ao rito cabível para os crimes cuja pena máxima ultrapassa dois anos.²⁰⁸ Frise-se, por fim, que não há previsão de pena de reclusão para nenhum dos crimes, apenas detenção e multa.

4.2.1 Crimes em espécie dotados de elementos normativos sujeitos à interpretação

Contida no primeiro artigo do capítulo VI (“Dos Crimes e das Penas”), a norma do artigo 9º é alvo de críticas por parte da doutrina. Tal artigo, vale dizer, sofreu veto presidencial, o qual veio a ser derrubado pelo Congresso Nacional. Atente-se para os termos do artigo:

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.

²⁰⁶ ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020. p. 25.

²⁰⁷ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 72.

²⁰⁸ Igor Pereira Pinheiro, André Clark Nunes Cavalcante e Emerson Castelo Branco entendem que se deve empregar o rito dos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, pois se trata de atos de corrupção *lato sensu* e de crimes funcionais, de modo que sem a condição de agente público não são consumados. (PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 60.)

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.

Vejam-se agora as razões do veto:

A propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime 'decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais', gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comporta interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta.²⁰⁹

Pois bem, para Paulo Alves, o legislador quis com tal artigo algemar as mãos do juiz ao ameaçá-lo de prisão, deixando-o sem condições funcionais e psicológicas para exercer suas funções.²¹⁰ Nessa linha, dispõe o autor que a inserção de tais dispositivos no texto de lei constitui afronta ao Poder Judiciário, "e o intento do Legislativo teria sido 'mostrar o seu poder sobressaindo aos demais.' Nada mais que isso."²¹¹

Nessa mesma toada, Igor Pinheiro²¹² aponta para a inexistência de qualquer parâmetro objetivo para se chegar a uma conclusão segura e pré-determinada do que seja "manifesta desconformidade". Refere que, para que não se declare inconstitucionalidade do artigo em comento, a única hipótese segura para uma interpretação conforme a Constituição Federal concerne aos casos em que o julgador determinar prisão contra enunciado expresso de uma Súmula Vinculante ou contra tese fixada em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo.²¹³

André Cavalcante se manifesta nos seguintes termos acerca do *caput* do artigo 9º:

²⁰⁹ Disponível em: <[²¹⁰ ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020. p. 30.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm#:~:text=%E2%80%9CA%20a%C3%A7%C3%A3o%20penal%20ser%C3%A1%20sempre,do%20caput%20do%20dispositivo%20proposto.&text=107%20do%20CP%2C%20conforme%20precedentes,RHC%20108.382%2FSC.> Acesso em: 03 nov. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²¹¹ ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020. p. 32.

²¹² PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 16.

²¹³ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 17.

A redação aberta escolhida pelo legislador, contudo, não permite que se identifique, com um mínimo de segurança, quando uma decisão rompe a linha natural da divergência de entendimento jurídico sobre determinado conjunto fático-probatório e passa a ser uma decisão ‘em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.’ Não há qualquer indicação superficial de parâmetros podem ser utilizados como balizas interpretativas que permitam que se chegue a essa conclusão com clareza lógica. (...) A atual redação do art. 9º redação só permite, quando muito, que se vislumbre a incidência do tipo em casos absolutamente teratológicos, como na decretação de prisão preventiva em processos cíveis, administrativos ou trabalhistas.²¹⁴

Examinando o parágrafo único, prossegue o autor:

Sobre o parágrafo único, que padece de indeterminação ainda maior, não especificando qualquer critério cronológico fixo ou objetivo para o que seria ‘prazo razoável’, relegando tal exame ao subjetivismo do julgador, seria necessário que o legislador estabelecesse parâmetros para aferição do limite de tempo, fixando – a título de exemplo – que seria após ultrapassar 3, 8 ou 20 vezes o prazo regimental previsto.²¹⁵

Nucci, por outro lado, envereda por caminho argumentativo contrário, asseverando inexistir qualquer afronta ao Poder Judiciário. O doutrinador frisa que “manifesto” é algo notório, patente, inegável.²¹⁶ E prossegue nos seguintes termos:

Em direito, convenhamos, o que pode ser tachado de **manifesto**? Quase nada. Portanto, a aplicação da nova lei de abuso de autoridade é quase nula; Poder-se-ia argumentar que o conceito de manifestamente ilegal é duvidoso. Acredito que o termo é forte o suficiente (manifestamente) para indicar o caminho da interpretação, mas é fundamental relembrar dois pontos: a) a finalidade específica de prejudicar terceiro ou se favorecer; b) não se pode punir a divergência de interpretação. Então, como atingir o agente público? Senão inviável, impossível.²¹⁷

Em linha de raciocínio semelhante, Ruchester Marreiros Barbosa evoca outros dispositivos legais do Código Penal e do Código de Processo Penal para defender a inexistência de qualquer vício de inconstitucionalidade no artigo 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade.²¹⁸ Nas palavras do autor:

²¹⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020. p. 75.

²¹⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte. Ed. JH Mizuno. 2020. p. 73.

²¹⁶ NUCCI, Guilherme. A Nova Lei de Abuso de Autoridade. *Guilherme Nucci*, 05 out. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²¹⁷ NUCCI, Guilherme. A Nova Lei de Abuso de Autoridade. *Guilherme Nucci*, 05 out. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²¹⁸ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A Nova Lei de Abuso de Autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto. *Revista Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em:

A expressão “*manifestamente*” também é utilizada largamente nas normas penais e processuais penais, como na previsão da coação moral irresistível do artigo 22 do CP – *Se o fato é cometido sob coação irresistível (...), não manifestamente ilegal (...)*, ou em redação semelhante sobre a retratação do agente nos crimes contra a honra, previsto no artigo 143 – *O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena*. No Código de Processo Penal também encontramos no artigo 100, §2º, “*se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente.*”, e o que reputamos mais importante, porquanto sujeita uma pessoa à acusações infundadas, é a previsão de rejeição da denúncia ou queixa, “*quando manifestamente inepta*”, (artigo 395, I); e na absolvição sumária, quando se verificar *a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato*; ou “*a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;*” (artigo 397, I e II); além do artigo 593, III, “d” que autoriza apelação no Júri, quando “*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*” e a hipótese de habeas corpus na hipótese de coação ilegal “*quando o processo for manifestamente nulo;*” (artigo 648, VI). Nunca foram considerados manifestamente inconstitucionais.²¹⁹

Examinando detidamente os contornos gramaticais e semânticos do artigo 9º, levando em consideração aquilo que, nos capítulos anteriores, se entendeu como grau de aceitabilidade da abertura dos tipos penais e confrontando diferentes opiniões doutrinárias acerca do dispositivo, ainda parece pouco crível que o Parlamento, certamente dotado de apoio técnico-jurídico, tenha utilizado termos tão vagos e genéricos em matéria de Direito Criminal. Tanto o *caput* como os incisos do parágrafo único, repletos de zonas nebulosas, tendem a gerar juízos valorativos conflitantes, derivados de um grau de subjetivismo inaceitável.

Outro dispositivo que gera polêmica em razão de sua abertura e suposta vagueza é o artigo 20. Por tal motivo, interessa ao presente trabalho. Veja-se sua redação:

Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

<<https://www.conjur.com.br/2019-out-01/academia-policial-abuso-autoridade-inconstitucionalidade-nao-tanto>> Acesso em: 03 nov. 2020.

²¹⁹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A Nova Lei de Abuso de Autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto. *Revista Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-01/academia-policial-abuso-autoridade-inconstitucionalidade-nao-tanto>> Acesso em: 03 nov. 2020.

O veto presidencial, também derrubado pelo Parlamento, ancorou-se nas seguintes razões:

O dispositivo proposto, ao criminalizar o impedimento da entrevista pessoal e reservada do preso com o réu do seu advogado, mas de outro lado autorizar que o impedimento se dê mediante justa causa, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, trata-se de direito já assegurado nas leis nº 7.210, de 1984 e 8.906, de 1994, sendo desnecessária a criminalização da conduta do agente público, como no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, destinado a isolar presos de elevada periculosidade”.

Pois bem, o que poderia ser entendido por “justa causa”? Entende-se que seria necessário um rol taxativo de situações passíveis de punição, ou até mesmo de condutas que não o sejam. Ora, como já foi enfatizado nos capítulos iniciais, a subsunção de uma conduta a uma norma penal não há de permanecer sujeita aos subjetivismos inerentes a cada intérprete.

Nunca é demais lembrar que, no nosso Estado Democrático de Direito, ainda vigora o princípio da *ultima ratio*, que – consoante o Supremo Tribunal Federal – deve reger o sistema penal pátrio.²²⁰

Outro dispositivo que se encontra entre os mais polêmicos é o artigo 31, com a seguinte redação:

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

Embora, surpreendentemente, não tenha sido objeto de veto presidencial, trata-se de tipo penal cujos termos revelam-se por demais abertos, em afronta à taxatividade, ultrapassando o que se poderia chamar de uma “indeterminação aceitável”.

De acordo com Igor Pinheiro, o mais adequado seria – no lugar de usar a expressão “injustificadamente” – empregar o advérbio “imotivadamente”, pois aí

ter-se-ia um porto seguro, que seria a ausência de ato formal da prorrogação da persecução. Além disso, deve-se lembrar que a demora injustificada de investigação pode ser combatida judicialmente pela via do

²²⁰ Vide HC 107638 de 2011, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o qual consagrou o entendimento de que “A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social”.

habeas corpus (precedente citado), cuja previsão é válida pois opera em favor do cidadão contra o Estado, e não para fins de punição!²²¹

Examinando o dispositivo sob ângulo diverso, Renee Ó Souza fornece mais elementos para a discussão:

Além disso, como se sabe, de um lado, aos olhos do investigado ou fiscalizado, a demora para conclusão dessas atividades estatais sempre lhes será motivo de consternação e, de outro, nem sempre as condições de trabalho oferecidas aos agentes públicos lhes permitem atuar no tempo devido e necessário para a conclusão tempestiva do caso. [...] Para a caracterização da infração, imprescindível seja demonstrada a ocorrência do elemento normativo do tipo “injustificadamente”, o que ocorrerá quando não houver razões fáticas e jurídicas para tanto. De um modo geral, haverá motivo justo para estender a investigação a necessidade de robustecer o acervo probatório mediante atividades investigativas capazes de elucidar, na melhor medida possível, a autoria e materialidade da infração sob apuração”. E continua: “É justamente a variabilidade de situações que permitem esse juízo de valor que dão coro às críticas ao tipo penal em estudo porque algumas das justificativas utilizadas pelos agentes públicos para prorrogar uma investigação, mesmo que adequadas e animadas pelo interesse público, serão, indubitavelmente, inaceitáveis para os investigados. Essa ambivalência interpretativa enseja uma dubiedade de duvidosa constitucionalidade”.²²²

Nessa senda, Sanches e Greco também enfatizam o alto fluxo de trabalho da autoridades, realidade que, na prática, dificultaria a aplicação do artigo 31, senão vejamos:

Em verdade, ao tempo da edição do Código, em 1941, os índices de criminalidade, se comparados aos atuais, eram infinitamente inferiores, a se admitir, por isso, que em prazo tão exíguo, de 30 dias, fosse terminado o inquérito policial, quando solto o indiciado. Atualmente, o imenso fluxo de trabalho que acomete as polícias, em sua maioria equipadas deficientemente, sob o aspecto material, impede, na prática, a observância desse lapso temporal.²²³

Superadas essas premissas, impende mencionar o artigo 36, que conta com a seguinte redação:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

²²¹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 20.

²²² Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 207.

²²³ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 269-270.

Tem-se um crime de conduta mista.²²⁴ O legislador descreve um fazer (conduta comissiva) seguido de um não fazer (conduta omissiva). Em que pese também não tenha sido vetado pelo Presidente da República, trata-se, de maneira ainda mais clamorosa do que os artigos supramencionados, de dispositivo cuja constitucionalidade é amplamente debatida na doutrina, estando em vias de ser avaliada em Ação Direita de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante.

Parece claro que o advérbio “exacerbadamente” reveste-se de inexatidão, vagueza e subjetivismo, em um grau para além do admissível. Certo é que acarreta insegurança jurídica, colocando em xeque a própria autonomia e independência do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos de investigação em geral, tendo em vista que seus membros poderão sentir-se cerceados justamente pela falta de previsibilidade objetiva no que diz respeito à moldura típica da conduta.

Em verdade, o tipo penal sequer permite que se tome conhecimento da conduta vedada, uma vez que ausentes parâmetros de avaliação a respeito da diferença entre o que seria um “mero” bloqueio excessivo e um bloqueio “exacerbadamente” excessivo. De mais a mais, o artigo não especifica a partir de qual momento poder-se-ia inferir que o intérprete intencionalmente deixou de retificar a medida.

André Cavalcante questiona: “seria com o encerramento do prazo legal para proferir a decisão? Quando proferisse nova decisão mantendo o bloqueio? Quando extrapolasse duas, cinco ou dez vezes o prazo legal para decisão? Novamente não há qualquer parâmetro”. E prossegue: “Trata-se de dispositivo manifestamente inconstitucional, que possui uma das piores redações entre os tipos penais da lei de abuso de autoridade, sendo lamentável que o parlamento tenha aprovado algo tão aberrante”.²²⁵

De igual forma, Igor Pinheiro é incisivo ao prever consequências nefastas do advento da norma prevista no artigo 36, pontuando que, não havendo declaração de inconstitucionalidade ou interpretação que reduza o grau de insegurança jurídica, pode haver uma reação em cadeia no sentido de as autoridades judicantes e

²²⁴ AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Juris, 2019. p. 91.

²²⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020. p. 153.

investigativas passarem a se omitir por medo de serem admoestadas levemente, de modo a perder tempo e dinheiro com a defesa. De acordo com o jurista, não é difícil antever os prejuízos para a efetividade da prestação jurisdicional e para a própria segurança pública.²²⁶

De outro lado, Bruno Ricardo Cogan e Marco Antonio Marques da Silva, embora entendam que a técnica legislativa empregada no artigo 36 deixou a desejar, minimizam a polêmica, sublinhando que “tudo indica que a consumação dê-se com o indeferimento injustificado de retificação do ativo financeiro feito indisponível, todavia a lei fala simplesmente em deixar de corrigir; e se deve lembrar que a inobservância dos prazos legais já é praxe no Brasil, portanto usá-los como elemento normativo do tipo será inócuo”. Nas palavras dos autores, “criticar a vagueza do termo exacerbadamente faz-se desnecessário”.²²⁷

Por fim, examina-se o artigo 37:

Art. 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

De novo, inexistem parâmetros objetivos para o que seja uma demora demasiada e injustificada, ficando a cargo de cada julgador, com uma margem de interpretação por demais ampla, defini-la por ocasião da análise dos casos individualmente considerados.

Fato é que o Congresso Nacional poderia, sim, definir critérios, estipulando, por exemplo, que “demora demasiada” seria aquela que ultrapassasse duas, cinco ou vinte vezes o prazo previsto para apresentação do voto-vista. Também poderia ter elencado quais seriam justos motivos para a demora. Exemplificativamente, férias, doenças graves e acidentes parecem motivos bem razoáveis. Outra ideia, apontada por Igor Pinheiro, seria explicitar a necessidade de cada órgão colegiado

²²⁶ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, 2020. p. 23.

²²⁷ COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. Considerações sobre o Abuso de Autoridade: Desenvolvimento Histórico e Atualidades. *Revista Direito UFMS*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2019, p. 290.

editar ato normativo de caráter geral, descrevendo parâmetros objetivos a serem aplicados sobre os processos que tramitam naquela instituição.²²⁸

4.3 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como não poderia ser diferente, diversas foram as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal a questionar a compatibilidade da Nova Lei de Abuso de Autoridade com a Constituição Federal. Até o presente momento, foram sete ADIs a contestar a iniciativa do Parlamento na Corte, solicitando, ao todo, a revisão de cerca de 20 artigos.²²⁹

Tais ações passaram à relatoria do ministro Alexandre de Moraes. A redistribuição das ADIs ocorreu após o decano da Corte e relator originário, ministro Celso de Mello (já aposentado), ter se declarado suspeito para os julgamentos por razões de foro íntimo.²³⁰

A Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco), em Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF (ADI nº 6.234), recebida em 26/09/2019, foi a primeira a contestar a constitucionalidade da nova lei, logo após sua publicação e antes mesmo de sua entrada em vigor. Na ação, a entidade sustenta tratar-se de uma tentativa de intimidação das autoridades, desde as que investigam ou fiscalizam até o juiz que sentencia. Para a associação, trata-se de uma forma de retaliação à justiça que compromete o combate à corrupção, bem como a correta administração tributária do Estado.²³¹

De mais a mais, aponta-se a subjetividade conferida pela norma ao conceito de abuso de autoridade, porquanto seus termos – que teriam alto impacto na seara tributária - são abertos e comportam interpretações e enquadramentos díspares.²³²

²²⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020. p 156.

²²⁹ Informação disponível em: <<https://www.anfip.org.br/artigo-clipping-e-imprensa/conheca-as-7-aco-es-no-stf-contra-a-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁰ VALENTE, Fernanda. Alexandre de Moraes será relator de ações sobre lei contra abuso de autoridade. *Revista Consultor Jurídico*, 21 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/alexandre-relator-aco-es-lei-abuso-autoridade>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424884>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424884>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Consoante a entidade, os artigos 27, 29 e 31 devem ser declarados inconstitucionais, pois estabelecem penas de privação de liberdade em situações como a instauração de investigações sem que haja indício da prática de irregularidades ou estender injustificadamente a investigação em prejuízo do investigado ou fiscalizado.

Em consulta ao sistema eletrônico do STF, todavia, constata-se a declaração de ilegitimidade da parte para a propositura da ação, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito. A decisão transitou em julgado em 28/08/2020.²³³

Por sua vez, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou a ADI nº 6.236 questionando o artigo 9º, parágrafo único, incisos I, II e III; os artigos 10, 19, 20, 27 e parágrafo único; e os artigos 30, 32, 33, 36, 37 e 43, da Lei 13.869, sendo a petição inicial recebida em 28/09/2019.²³⁴

A AMB invocou o artigo 5º, *caput* e incisos XXXIX, LIV, o artigo 93, inciso IX e o artigo 95, incisos I, II e III, todos da CRFB, sustentando que a lei criminaliza condutas próprias da atuação jurisdicional do magistrado, de modo a ferir a independência judicial.²³⁵

Ainda, frisou que a possibilidade de os juízes terem sua conduta classificada como criminosa sob o argumento de que teriam agido com a “finalidade específica de prejudicar outrem, de beneficiar a si mesmo ou a terceiro” ou “por mero capricho pessoal” torna a atividade judicial uma atividade de risco inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Segundo a AMB, “a independência judicial restará gravemente maculada, em razão do receio que terá o magistrado de proferir decisões em situações que outros poderão compreender como típicas de algum crime de abuso de autoridade.”²³⁶

Por fim, ressaltou que as condutas ora criminalizadas já eram consideradas infração na esfera administrativa, conforme previsão da lei orgânica da Magistratura, salientando que o Conselho Nacional de Justiça já realiza fiscalização da atuação do

²³³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5782871>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁴ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁵ Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/noticias/stf-admite-atuacao-cfoab-amicus-curiae-adi-6236>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425011>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

magistrado. De tal forma, a nova lei atentaria contra os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.²³⁷

A terceira, a ADI nº 6.238, foi ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, pela Associação Nacional dos Procuradores da República e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho.

Nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 09/10/2019, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação dos Procuradores da República (ANPR) sustentam que os tipos penais da nova legislação “são extremamente vagos, imprecisos, indeterminados e abertos, possibilitando as mais diversas interpretações do que constituiria crime de abuso de autoridade”.

Para tais entidades, os novos dispositivos legais ferem os princípios próprios do serviço público, a exemplo do princípio da eficiência, da publicidade, da moralidade e da legalidade, para além da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, da liberdade de expressão e da separação dos Poderes.²³⁸

Os artigos contestados na petição inicial são o 25, o 27, o 30, o 31, o 32, o 33, o 38 e o 43. Analise-se trecho da petição em que ataca o artigo 27:

Observa-se que a expressão ‘à falta de qualquer indício’ é subjetiva, vaga. Não se pode impedir o Ministério Público de exercer uma de suas principais atribuições, que é investigar. O que seria exatamente ‘indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa’? Tipo penal extremamente aberto e que certamente gerará imensa insegurança jurídica na atuação dos membros do Ministério Público, pois passível de inúmeras interpretações.

O tipo penal acima transcrito busca criminalizar o exercício do poder de requisição e uma das mais importantes funções do Ministério Público, que é o exercício da investigação penal ou administrativa, seja através de Procedimento Investigatório Criminal (PIC) ou do Inquérito Civil.²³⁹

A quarta ação a contestar a constitucionalidade da Lei 13.869/2019 foi a ADI nº 6239, proposta pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, que alega que parte dos dispositivos avança indevidamente no espaço próprio de atuação dos membros do Poder Judiciário, através da criação de tipos penais incidentes sobre sua conduta no exercício da prestação jurisdicional.

²³⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425011>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁸ Disponível em: <<http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426393>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²³⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. Belo Horizonte: JHmizuno, p. 132-133.

A entidade ainda assevera que a criminalização das condutas de magistrados enfraquece o Poder Judiciário e viola os princípios e garantias constitucionais, a exemplo do livre convencimento motivado.

Na ADI em exame, ajuizada em 09/10/2019, a Ajufe contesta especificamente os artigos 9º, 10, 20, 25, 36 e 46 da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Digno de nota que o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto entregou parecer à Ajufe, sendo o referido documento juntado à ADI em 29/10/2019, conforme consta no sistema eletrônico da Suprema Corte.²⁴⁰ Na visão do jurista, “a lei inibe a prestação jurisdicional e a independência do magistrado, que se vê criminalizado por uma interpretação dada a norma geral”.

O ministro ainda refere que “nenhum diploma jurídico infraconstitucional pode ter a pretensão de ditar as coordenadas mentais do juiz-juiz, ou instância judicante colegiada, para conhecer do descritor e do prescritor dessa ou daquela norma geral a aplicar por forma tipicamente jurisdicional”.

Protocolada em 14/10/2019, a quinta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6240) foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip).

Sustenta-se que os artigos 27, 29 e 31 da Lei 13.689/2019 inibem o poder de tributação da administração pública, ao impor sanções em situações em que – no entendimento da associação – a autoridade atua no livre exercício da função na qual foi investida. De acordo com os auditores, a lei não é clara ao conceituar abuso de autoridade e representa uma perda significativa no poder de arrecadação do Estado.²⁴¹

Nos termos da petição inicial, “a carreira se sente acuada e amedrontada com a possibilidade de sofrer com denúncias vazias, a qualquer instante, no exercício regular de suas atribuições”.²⁴²

Em consulta ao sistema eletrônico do STF, entretanto, constata-se a declaração de ilegitimidade da parte para a propositura da ação, com a consequente

²⁴⁰

Disponível

em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5792383>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁴¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427628>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁴²

Disponível

em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5795682>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

extinção do processo sem resolução do mérito. A decisão transitou em julgado em 25/08/2020.²⁴³

Na sexta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6266), ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), protocolada em 22/11/2019, a associação, na mesma linha das ADIs anteriores, argumenta que a Lei 13.869/2019 é genérica ao tipificar como crime diversas condutas, sem, no entanto, especificar por que devem ser consideradas abuso de autoridade. De acordo com a petição inicial, muitas dessas condutas já eram vedadas pelo ordenamento jurídico, e os novos comandos legais ameaçariam e intimidariam os agentes estatais, sobretudo os membros da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário.²⁴⁴

Consoante a associação, cria-se um cenário de insegurança jurídica, uma vez que os agentes ficam sujeitos a punição em razão do exercício de sua função a penas de até quatro anos de prisão e à perda do cargo. Nos termos da inicial, “isso representa um retrocesso à atividade investigatória da Polícia Federal, já tão prejudicada por déficit de servidores públicos, insuficiência e obsolescência de equipamentos.”²⁴⁵

Nos pedidos, requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 13, inciso III; artigo 15, parágrafo único, inciso I; artigo 16, *caput* e parágrafo único; artigo 20, *caput* e parágrafo único; artigos 9º e 30; artigo 32; artigo 38 e artigo 43, todos da Lei 13.869/19.

De acordo com o partido político Podemos, que protocolou a sétima Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6302) para questionar dispositivos da nova Lei de Abuso de Autoridade, esta representa o enfraquecimento das autoridades dedicadas ao combate à corrupção e à defesa dos valores fundamentais. Consoante se argumenta, muitos dispositivos ofendem garantias previstas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura (Loman) e a independência do Poder

²⁴³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344290009&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁴⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431252>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁴⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5820018>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Judiciário, ao permitirem a penalização de magistrados pelo simples fato de interpretarem a lei.²⁴⁶

A teor da petição inicial, protocolada em, 08/01/2020, a lei “deixa de conceituar de forma clara e objetiva o abuso de autoridade, o que impossibilita a correta interpretação sobre o seu alcance e conteúdo.”²⁴⁷

Por fim, pede-se a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 9º, 11, 19, 25, 27, 30 e 34 da Lei nº 13.869/2019, sob pena de violação ao regime democrático (artigo 1º, V, da CRFB/88), aos princípios da harmonia e interdependência dos Poderes (art. 2º da CRFB/88), bem como por não estarem em harmonia à Lei Orgânica da Magistratura e à do Ministério Público, que – nas palavras do partido - garantem prerrogativas invioláveis.

²⁴⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434709>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

²⁴⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5841828>>. Acesso em 03 nov. 2020.

5 CONCLUSÃO

Não se pode questionar a importância de uma legislação que coíba delitos de abuso de autoridade, como forma de garantia da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente aos cidadãos. Isso porque o exercício do poder não é um privilégio outorgado em benefício de seu titular, mas sim um serviço sujeito à prestação de contas, tendo uma vinculação finalística pré-determinada à satisfação do interesse público.

Pode-se afirmar, à luz do que se expôs, que não há poder limitado sem mecanismos de responsabilização, os quais caracterizam um verdadeiro Estado de Direito Democrático. O republicanismo opõe-se à arbitrariedade, e não há dúvidas de que excessos são cometidos em território brasileiro por magistrados, policiais, entre outros agentes públicos. Como a lei anterior acerca da matéria – promulgada em pleno regime militar - previa punições irrisórias, direcionava-se a menos autoridades e, portanto, revelava pouca eficácia social, impunha-se a elaboração de uma nova lei a reger a temática do abuso de autoridade.

Também resta nítido, no entanto, que a Lei 13.869/2019 carece de clareza redacional e de precisão linguística, faltando-lhe a determinação e a precisão exigidas em matéria penal, daí porque procedentes as críticas tecidas pela doutrina quanto à ocorrência de ofensa ao princípio da taxatividade e, em última análise, ao princípio constitucional da legalidade, cujos contornos foram exaustivamente explanados, inclusive sob uma perspectiva histórica. A esse propósito, não surpreende o ajuizamento de sete ações diretas de inconstitucionalidade a questionar diversos artigos constitutivos da nova Lei de Abuso de Autoridade.

Como se expôs nos tópicos referentes ao princípio da taxatividade e dos tipos penais abertos, soa utópica a defesa de um ordenamento jurídico constituído por leis redigidas a partir de elementos exclusivamente descritivos. Não se pode descurar que a ciência jurídica, por natureza, não é exata, podendo-se afirmar o mesmo em relação à linguagem humana, incapaz de eliminar completamente zonas de ambiguidade.

Não é recomendável - e nem possível - que o legislador afaste todos os conceitos valorativos, sujeitos à interpretação, uma vez que estes, quando positivados de forma comedida e oportuna, acabam por exercer a relevante função de arejar o sistema jurídico, adaptando-o à realidade dinâmica da vida em

sociedade. De mais a mais, evidente a impossibilidade de o legislador prever e descrever em minúcia todas as condutas passíveis de punição. Em uma justa medida não violadora da segurança jurídica, cláusulas gerais são importantes para evitar uma constante alteração legislativa.

Como visto, o prejuízo em relação ao uso de conceitos indeterminados se torna evidente no momento em que se percebem, no bojo das decisões dos intérpretes, visões desencontradas e desarmônicas em relação aos termos abertos. É justamente o que tende a ocorrer em relação à nova Lei de Abuso de Autoridade, que passou a vigorar em janeiro de 2020. De fato, a nova lei trouxe mais tipos penais e endureceu as penas – e isso é positivo para uma sociedade cuja principal chaga é a impunidade. Todavia, em virtude da tipificação dúbia de condutas e do disseminado emprego de locuções vagas, existe a possibilidade de que a Lei 13.869/2019 se torne instrumento de perseguição de agentes públicos que atuam diligentemente e que, exatamente por tal motivo, desagradam interesses de grupos poderosos.

Há a possibilidade – para não dizer probabilidade – de que a nova Lei de Abuso de Autoridade, tal como está em vigor atualmente, produza um efeito intimidativo sobre determinados agentes públicos, que deveriam, ao contrário, contar com prerrogativas institucionais asseguradoras do desempenho livre e protegido de ataques externos. Em outras palavras, pode haver uma reação em cadeia no sentido de as autoridades judicantes e investigativas passarem a se omitir por receio de serem admoestadas levemente, até como forma de retaliação às prisões levadas a efeito no âmbito da Operação Lava-Jato. Daí a necessidade de o Supremo Tribunal Federal examinar com atenção as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, suprimindo do texto legal os trechos ofensivos à taxatividade.

Examinando detidamente os contornos gramaticais e semânticos dos artigos 9º, 20, 31, 36 e 37, e levando em consideração aquilo que, ao longo do presente trabalho, se entendeu como grau de aceitabilidade da abertura dos tipos penais, percebe-se que a Nova Lei de Abuso de Autoridade está repleta de zonas nebulosas, tendentes a gerar juízos valorativos conflitantes, decorrentes de um grau de subjetivismo acima do aceitável. Como se expôs, alguns tipos penais sequer permitem que se tome conhecimento da conduta vedada, a outros faltam parâmetros objetivos, enquanto há aqueles que necessitariam de um rol taxativo de situações passíveis de punição.

Tais dispositivos, caso não sejam declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, tendem a ocasionar insegurança jurídica, colocando em xeque a própria autonomia e independência do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos de investigação em geral. Nesse caso, justificado será o sentimento de cerceamento justamente pela falta de previsibilidade objetiva no que tange à moldura típica das condutas, não sendo difícil antever os prejuízos para a efetividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcos Claudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.
- AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)*. Brasília: CP Iuris, 2019.
- ALVES FRANCO, Paulo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Imperium, 2020.
- BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. 3ª ed. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. A Nova Lei de Abuso de Autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto. *Revista Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-01/academia-policia-abuso-autoridade-inconstitucionalidade-nao-tanto>> Acesso em: 03 nov. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Pillares, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRANCO, Elcir Castello. Abuso. In: FRANÇA, Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. in: ASUA, Luis Jimenez de. *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.
- CALLEGARI, André Luís. Legitimidade Constitucional do Direito Penal Econômico: Uma Crítica aos Tipos Penais Abertos. *Revista dos Tribunais*, v. 851, set. 2006, p. 432–444.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. Considerações sobre o Abuso de Autoridade: Desenvolvimento Histórico e Atualidades. *Revista Direito UFMS*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Forense, 2018.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *A Medida Provisória e o Princípio da Legalidade*. São Paulo: RT 648/366-369, 1989.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*. Coord. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs. Porto Alegre, mai./ago. 2000, p. 41-55.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Impetus. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Seattle, p. 382-383. Kindle Edition.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código de Direito Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios Penais Constitucionais: o Sistema das Constantes Constitucionais. *RT - Fascículos Penais*, São Paulo, Ano 89, v. 779, 2000.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES. José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros. 2005.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal – Sistemas, Códigos e Microssistemas Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de Autoridade e o Reencontro com o Estado de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaio-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>> Acesso em: 03 nov. 2020.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso de Autoridade e sua Inadequação ao Crime de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade Penal e Princípio da Legalidade: o Dilema dos Elementos Normativos e a Taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85, out. 2010, p. 219-235.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NUCCI, Guilherme. A Nova Lei de Abuso de Autoridade. *Guilherme Nucci*, 05 out. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989262/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

OLIVEIRA, J. L. As Cláusulas Gerais no Tipo Penal e a Tutela da Liberdade. *Revista dos Tribunais*, vol. 613, nov. 1986, p. 282-284.

Ó SOUZA, Renee do. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: JusPODIVM. 2020.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2010.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada Artigo por Artigo: Análise Comparativa e Crítica*. São Paulo: JHmizuno. 2020.

PORCIÚNCULA, José Carlos. O Direito Penal, o "Sentimento do Povo" e o Nazismo Alemão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/porciuncula-direito-penal-sentimento-povo-nazismo>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos*. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal - Parte Geral – Volume Único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 57, São Paulo, 2006.

SILVA, Marcio Fioravante da. O Tipo Penal Aberto: Brevidades sobre os Crimes de Abuso de Autoridade e de Tortura. *Jusbrasil*. Disponível em: <<https://marciofioravante.jusbrasil.com.br/artigos/379823535/o-tipo-penal-aberto>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TRINDADE, André Karam. Quem Vigia os Vigilantes? A Questão da Responsabilidade dos Juízes. *Conjur*, 3, dezembro, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/diario-classe-quem-vigia-vigilantes-questao-responsabilidade-juizes>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

VALENTE, Fernanda. Alexandre de Moraes será relator de ações sobre lei contra abuso de autoridade. *Revista Consultor Jurídico*, 21 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/alexandre-relator-acoes-lei-abuso-autoridade>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

WELZEL, Hans. Culpa e Delitos de Circulação. *Revista de Direito Penal*, n. 3, p. 13-43, jul./set. 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doctrina Penal Nazi*. Valencia: Ediar, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.