

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-245-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. política criminal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Reflexionar criminologias e política criminal em tempos de sindemia é sempre um desafio. Desafio esse aceito por diversos discentes e docentes no II Encontro Virtual do CONPEDI. Em tempos de excepcionalidade traz a tona debates diversificados, frente as novas demandas impulsionadas pela condição sanitária imposta desde março de 2020 no Brasil.

Inicialmente, Roberto e Tatiana Veloso discutiram os problemas da pandemia e os seus impactos em termos de violência de gênero. A seguir, a partir de um recorte antirracista, foi discutido fundamental tema da vulnerabilidade intensa das mulheres negras no sistema carcerário.

Ronaldo Alves Marinho da Silva, Carlos Alberto Ferreira dos Santos e João Batista Santos Filhos analisaram o tema da vulnerabilidade das mulheres negras na sociedade e no sistema carcerário brasileiro. A seguir, Gusthavo Bacellar, a partir da noção de associação diferencial, analisou as relações ente violência doméstica e a criminalidade urbana.

Paulo Joviniano e Karla Prazeres discutiram as imputações penais e tratamento da política criminal legislativa em relação aos crimes cibernéticos e digitais. Dos mesmos autores. temos uma discussão acerca dos princípios de direito penal implícitos e sua fundação político-criminal em nossa Constituição.

O tema do estelionato e o seu tratamento jurídico-penal no Pacote Anticrime, na sequência, foi trabalhado por Camila Tavares de Albuquerque. Também sobre a Lei 13.964/2019, Patrick Braga e Francisco Santos problematizaram a (dê)sproporcionalidade da inclusão da hipótese de qualificadora do crime de furto quando do uso de explosivo que cause perigo comum enquanto hedionda.

Em seguida, Liziane Menezes de Souza e Renata Almeida da Costa debateram a exposição de dados pessoais de acusados pelo Estado, a partir de abordagem empírica. As interpretações sobre a teoria da dupla imputação, na definição da autoria de delitos em matéria ambiental, foram analisadas por Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves.

Matheus Felipe de Castro e Helinto Schuster investigaram sobre os elementos que levará à criação da chamada "nova" lei de abuso de autoridade, a partir de um viés crítico-garantista.

Após, Ythalo Loureiro discute as possibilidades de desmilitarização das polícias militares desde um modelo constitucional de segurança pública.

Dando prosseguimento, temos a pesquisa de Alexandre Rodrigues acerca da administrativização do direito penal e a sua (des)necessidade na chamada sociedade do risco. Na sequência, o fenômeno da corrupção, no Brasil, a partir das perspectivas criminológicas, é debatido por Marco Fonseca, Claudio Guimarães e Márcio Teixeira.

Carolina Carraro Gouvea analisa os fundamentos da pena a partir das teorias justificacionistas. Por fim, Ronaldo Silva, Carlos Santos e João Batista Santos analisam a fracassada política antidrogas e o papel das políticas públicas na discussão das drogas.

Temos um conjunto de textos heterogêneo, plural e orgânico que enaltecem o papel do pesquisador do Direito em tempos pandêmicos. O sistema de justiça criminal, que invisibiliza o desafio da doença nas prisões, destino último dos processos de criminalização, precisa ser discutido a partir de olhares qualificados como os trazidos nos textos abaixo.

Desejamos uma ótima leitura!

Profa. Dra. Thaís Janaina Wenczenovicz - UERGS/UNOESC

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Criminologias e Política Criminal I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A GÊNESE DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ALGUNS ELEMENTOS QUE LEVARAM À CRIAÇÃO DA LEI 13.869/2019

THE GENESIS OF THE AUTHORITY ABUSE LAW: SOME ELEMENTS THAT LEAD TO THE CREATION OF LAW 13.869/2019

Helinton Schuster ¹
Matheus Felipe De Castro ²

Resumo

O presente estudo busca investigar os elementos que culminaram na aprovação da Lei 13.869/19. Pautando-se no método indutivo, através de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e documentais, analisaram-se pressupostos teóricos da Criminologia Crítica, debates parlamentares e o texto legal para verificação das razões para a criação da Lei, e os próprios elementos que as embasaram. Verificaram-se duas ordens de razões: concretas, vinculadas com a Operação Lava Jato, e abstratas, baseadas na garantia do Estado de Direito. As razões demonstraram-se ilusórias ante a baixa potencialidade da Lei em conter abusos, apontando para uma função simbólica/discursiva da Lei.

Palavras-chave: Lei de abuso de autoridade, Política criminal, Operação lava jato

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to investigate the elements that resulted in the approval of Law 13.869/19. Based on the inductive method, through bibliographic, jurisprudential and documentary research, theoretical assumptions of Critical Criminology, parliamentary debates and the legal text were analyzed to verify the reasons for creating the Law, and the elements that based them. Two orders of reasons were verified: concrete, related to Operação Lava Jato; and abstract, based on the guarantee of the rule of law. The reasons proved to be illusory considering the low potential of the Law in restraining abuse, pointing to a symbolic /discursive function of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of authority law, Criminal policy, Lava jato operation

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. E-mail: helinton_sk@hotmail.com.

² Doutor em Direito pela UFSC e pós-doutorado em Direito pela UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito/UFSC e do Programa de Pós-Graduação em Direito/UNOESC. E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Aprovada em 2019, a nova Lei de Abuso de Autoridade gerou amplas discussões acerca das razões e fatos que culminaram na sua aprovação. Diversas mídias e analistas apontaram a Operação Lava Jato como uma das principais razões de sua criação; parte apontava para a existência de reais abusos durante a Operação, aos quais a norma respondia com criminalização; outros afirmavam tratar-se de um evidente revanchismo, buscando a contenção da atividade legal dos servidores públicos na persecução penal, como meio de proteção aos parlamentares investigados na Operação.

O presente estudo busca investigar justamente a gênese da norma, expressão ampla que busca abranger os principais elementos que levaram à sua criação, sejam justificativas abstratas que legitimaram a norma, sejam abusos efetivamente praticados, ou ainda a finalidade protetiva contra atividade legítima na persecução penal. Tudo isto é, sem dúvida, estudar o processo de criminalização da Lei de Abuso de Autoridade. A partir dessa discussão, apresenta-se o problema do estudo, a saber: quais os elementos que levaram à criação da Lei 13.869/19? Buscar-se-á, no decorrer do presente estudo, responder ao problema de modo a trazer ao interprete elementos para interpretação histórico-evolutiva e teleológica da norma.

O estudo será pautado no método indutivo, com base em pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, e documentais, analisando-se certos pressupostos teóricos necessários à compreensão da Lei, a partir da Criminologia Crítica; após, analisar-se-ão os debates parlamentares e o texto legal para verificação das razões expressas e implícitas envolvidas na criação da norma; por fim, serão analisados os elementos que embasaram as razões levantadas.

1 DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Para a devida compreensão dos elementos que levaram à criação da Lei de Abuso de Autoridade, este capítulo se disporá a analisar conceitos relacionados ao sistema penal em que esta se insere, o processo de criminalização que a envolve, e a função da norma penal.

1.1 DO OBJETO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Iniciar um estudo acerca da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019) e partir de um conceito de direito administrativo, campo próprio da

regulamentação do poder de polícia, tem certa carga de ironia. Ora, como prevê o próprio texto inicial do Projeto de Lei que deu ensejo à Lei em análise, o abuso de autoridade surge entremeio à execução dos fins do Estado através de seus agentes, atuação pautada na legalidade administrativa; em lugar dos fins do Estado na atuação do agente público, contudo, vê-se ou excesso no exercício das atribuições voltadas a tal finalidade (excesso de poder) ou - finalidade diversa da buscada ao atribuir-se o poder ao agente público (desvio de poder) (BRASIL, 2017a, p. 13). No âmbito administrativo, tais vícios são espécies do gênero abuso de poder; quando o abuso de poder também configura crime, por ser assim tipificado, a ele se confere o nome de abuso de autoridade. Não há, assim, uma diferença substancial entre os atos de abuso de poder e os atos de abuso de autoridade, já que estes correspondem apenas à parcela daqueles que é tipificada como crime (DI PIETRO, 2017, p. 322).

A consequência imediata disto é que a Lei de Abuso de Autoridade trabalha com atos de poder. Ora, o conceito de poder é de extrema discussão nas ciências sociais, de modo que serão feitos aqui apenas alguns apontamentos. Para Hobbes, por exemplo, o poder, em si, seria o conjunto de meios de que dispõem os sujeitos; meios tais que poderiam ser atribuídos a alguém, que então o deteria (HOBBS, pgs. 80 e 151, 2014). Lado outro, a concepção de poder em Foucault, hoje muito aceita nas ciências sociais, é baseada não em critérios jurídicos, mas em um exercício efetivo de sujeição entre os indivíduos; não tratar-se-ia o poder de algo estático, que se tem, mas um exercício (FOUCAULT, 2003, p. 182), de tal modo que a legislação que regula o poder não está efetivamente a atribuir poder, mas meramente planejando seu exercício, o que pode aplicar-se a diversos ramos do Direito, inclusive o Direito Penal (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

O conceito de poder adotado pela Lei de Abuso de Autoridade é muito semelhante à concepção de Hobbes, já que ela pune “os abusos de autoridade cometidos por agente público, [...], abuse do poder que lhe tenha sido atribuído” – art. 1º (BRASIL, 2019). Para a Lei, assim, poder é uma qualidade de que dispõe o agente estatal em razão de sua função regularmente legitimada pelo Direito. O poder que a Lei está relacionada é, contudo, um poder específico: o chamado poder punitivo. A especificidade do poder punitivo em relação ao poder em geral está na finalidade sancionatória do seu exercício. Ora, o “sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente” (ZAFFARONI, 2001, p. 16), planejamento este que é realizado pelo Direito Penal. Assim, quando o poder estiver a ser exercido para fins de punição, isto é, com finalidade sancionatória das condutas dos indivíduos, será chamado de poder punitivo (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 66). Por consequência, a Lei de Abuso

de Autoridade tem como objeto a criminalização de atos de exercício de parcelas de poder punitivo atribuídos a agentes estatais.

1.2 DA LINHA TEÓRICA DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO: CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O fato de a lei aqui tratada ocupar-se de atos de poder dos agentes estatais faz questionar acerca da razão pela qual é necessária. Para além de afirmações superficiais acerca da razão da criminalização contida na Lei de Abuso de Autoridade, há uma linha teórica que leva em conta justamente o processo de criminalização, voltando-se ao estudo do fenômeno criminoso não etiológicamente, mas estudando a reação social ao delito. Além disso, esta linha teórica se preocupa com o exercício do poder, seja pelas instituições do Estado, ou por diversos entes e instituições no sentido do controle da conduta dos indivíduos (BARATTA, 2011, p. 209-211). Não há dúvidas, portanto, da relevância desta linha para investigar as razões da criação de uma norma criminal que trata justamente de abusos jurídicos durante a prática de atos de poder.

Esta linha teórica é chamada Criminologia Crítica. Com efeito, a Criminologia Crítica trouxe à questão criminal um novo enfoque. Alessandro Baratta (2011, p. 49) ao tratar do tema no livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, discorreu extensivamente sobre a forma como novas linhas teóricas, até chegar-se à Criminologia Crítica, foram combatendo a até então dominante “ideologia da defesa social”, que se baseava em uma noção de sociedade consensual; isto é, uma sociedade em que as maiorias partilhavam dos mesmos valores, e o crime surgiria como situação anormal violadora destes valores por todos partilhados. Referida ideologia esteve presente desde a criminologia clássica, senão antes, como aponta Zaffaroni, ao perceber no *Malleus Maleficarum* de 1484, a identificação de um inimigo perseguido pelo Direito Penal (2007, p. 86), se estendendo à Modernidade pelas mãos da criminologia positivista. O fato é: a criminologia voltava-se ao estudo tão somente do crime e do sujeito criminoso, dado que estes eram os elementos anormais em uma sociedade compreendida como consensual. A criminologia crítica mudou esta visão, e voltou seus estudos a outro objeto: o controle social.

1.3 A RELAÇÃO ENTRE CONTROLE SOCIAL, SISTEMA PENAL E DIREITO PENAL

Este novo objeto de estudos da criminologia, o controle social, como o próprio nome transparece, se refere ao controle exercido pela sociedade na conduta dos indivíduos. Os criminólogos críticos dividem-no em formal e informal. Será formal ou institucionalizado, quando exercido por uma instituição, como as Polícias, o Poder Judiciário, o Ministério Público, etc; quando informal, está a ser exercido por outros entes, como a família, mídia, religião, dentre outros (ANDRADE, 2012. p. 133). O controle social institucionalizado pode ainda ser dividido em não punitivo (a exemplo do direito privado) e punitivo; este, por sua vez, divide-se em formalmente punitivo, aquele no qual declaradamente busca-se a punição (em suma, o sistema penal) e formalmente não punitivo, mas que ainda assim a punição está presente, como são exemplos as casas psiquiátricas, e a institucionalização de idosos e adolescentes (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 65-66).

Perceba-se onde se insere o Sistema Penal: sistema penal é o nome dado ao controle social formalmente punitivo exercido tanto através da atividade do legislador (normas penais constitutivas do Direito Penal) quanto da atividade do público, da polícia, dos juízes, dos promotores e funcionários da execução penal. Há, portanto, uma relação de espécie e gênero do controle social com o sistema penal; isto é, o controle social pode ser exercido de diversas formas e, uma delas, é através do Sistema Penal que compreende todas estas atividades elencadas (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 65-66).

O Direito Penal, por fim, compreendido aqui como lei penal, está inserido no sistema penal como um de seus elementos, fazendo parte, por conseguinte, do controle social exercido pelo Estado no processo de criminalização. Esta criminalização é dividida pelos criminólogos críticos em três principais etapas: a *criminalização primária*, que corresponde ao mecanismo da produção das normas criminais pelo legislador, a *criminalização secundária*, isto é, o mecanismo da aplicação das normas, seja investigando fatos criminosos seja processando-os em juízo, e ainda a fase executória da pena ou medida de segurança. Não é difícil notar que o resultado da criminalização primária é o próprio Direito Penal compreendido como conjunto das leis penais (BARATTA, 2011, p. 161).

1.4 A FUNÇÃO REAL DO DIREITO PENAL

Ora, se o Direito Penal é resultado de um processo de criminalização por parte do legislador, significa dizer que o legislador *seleciona* condutas para serem criminalizadas ao criar as normas. Eis, então, outro conceito que não se pode perder de vista: a *seletividade*. A noção de seletividade se originou da Criminologia Crítica, pois, ao partir do pressuposto da

existência de conflitos sociais, e não de uma sociedade consensual na qual há certos violadores do consenso, percebe-se o crime como uma seleção realizada por sujeitos que estão inseridos neste conflito; seleção que naturalmente vai ao encontro de seus interesses. Vera Regina Pereira de Andrade ao abordar a seletividade (2012, p. 137-138), afirma que:

A mencionada seletividade pode ser formulada nos seguintes termos: todas as pessoas, e todos os estratos sociais, faixas etárias, etnias e gêneros, [...] *praticamos* frequentemente, fatos definidos como crimes, contravenções ou infrações administrativas e *somos*, por outro lado, vítimas destas práticas[...] (grifos da autora).

Se há alguns séculos essa seletividade era realizada declaradamente, identificando um inimigo a ser combatido (bruxas, hereges, colonizados, etc.), hoje continua presente, mas mascarada por uma função simbólica do sistema penal e da pena. Isto é, em lugar de declarar o inimigo a ser combatido, declara-se função diversa, seja de ressocialização, retribuição, *and on*, *and on*, quando o que se busca, no fundo, não é isto, mas selecionar o inimigo a ser combatido (ZAFFARONI, 2007, p. 88).

Ora, esta seletividade é hoje exercida justamente no processo de criminalização: na criminalização primária, ao selecionarem-se condutas consideradas criminosas; após, na criminalização secundária, no momento em que as agências executivas (Polícias, Ministério Público, etc) realizam a seleção dos sujeitos a serem criminalizados. Não só o Direito Penal, portanto, mas todo o Sistema Penal, notadamente nas atuações das agências executivas, estão comprometidos com essa função (ZAFFARONI, 2007, p. 27). Isso significa, para a Criminologia Crítica, contrariar todo o discurso jurídico-penal dominante. Cairiam por terra quaisquer das pretensas funções do Sistema Penal em todas as suas consequências: desde a previsão do crime pretensamente voltado à proteção do bem jurídico, até as funções da pena aplicada, com as supostas retribuição e prevenções gerais e especiais, estas, positivas e negativas. Isto porque toda a norma estaria ainda baseada na ideologia da defesa social, com muitos dos pressupostos da criminologia clássica, que nada tinha de amparo no real, mas em uma série de racionalizações internas¹ (ANDRADE, 2012, p.135-136 e ZAFFARONI, 2007, p. 88).

É a isto que Vera Regina Pereira de Andrade se refere quando aponta que “a seletividade é [...] a função real e a lógica estrutural do funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais”. Para ela, a clientela da prisão revela a construção da

¹ Referência aos requisitos apresentados por Zaffaroni no livro ‘Em busca das penas perdidas’ para a legitimação do Direito Penal, apontando haver necessidade de, além de uma coerência interna do discurso jurídico-penal, também haver correspondência na realidade (2001, p.16).

criminalidade, incidindo sobre a pobreza e a exclusão social, de forma majoritária de cor não branca e masculina (ANDRADE, p. 2012, p. 137-138). Não há outra conclusão: os efeitos reais do sistema penal e, por conseguinte, do Direito Penal demonstram sua função, e não mera racionalização interna da norma. Racionalizar ilusões é nada dizer sobre o real.

Pois bem. Os pressupostos teóricos supra permitiram compreender as funções que os principais elementos do Sistema Penal exercem no processo de criminalização; possível, a partir disto, passar à análise específica da criminalização da Lei de Abuso de Autoridade.

2 RAZÕES EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS DA CRIAÇÃO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

As leis de abuso de autoridade têm certa carga histórica. A Lei anterior, n. 4.898/65, que teve seu projeto proposto no ano de 1956 e apenas 9 anos depois foi aprovada, após o golpe militar, usava o discurso declarado de barrar “violências policiais generalizadas, sobretudo no interior do país” (BRASIL, 1956, p. 4), mas exercia função inversa ao criar mecanismos de exposição pessoal da vítima ao Sistema Policial que tornavam incrível a denúncia de abusos. Semelhantemente, a nova Lei n. 13.869/19, proposta em 2017, após cerca de dois anos sem qualquer movimentação, foi aprovada às pressas, em regime de urgência (BRASIL, 2017a). Isto, crê-se, não é sem razão: parece haver certas razões políticas e jurídicas que culminaram em sua aprovação às pressas; razões tais serão a seguir analisadas, primeiramente mediante análise dos debates parlamentares e, após, interpretação do texto legal (BRASIL, 2019).

2.1 DOS DEBATES

O Projeto de Lei nº 85/2017 que deu ensejo à Lei em comento foi apresentado no Senado. As discussões iniciaram-se pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e nas primeiras discussões já foi possível visualizar certas razões vinculadas à criação da norma. O Senador Roberto Requião, por exemplo, ao relatar o projeto discorreu sobre a não relação do projeto em questão com a Operação Lava Jato, apontando que o projeto abrange qualquer agente público e não somente aqueles vinculados à Operação, ou, seus termos “estamos disciplinando abuso de autoridade; qualquer autoridade” (BRASIL, 2019a). Posteriormente, em manifestação acerca do projeto, o Senador Humberto Costa apontou que (BRASIL, 2019a) apesar de os acontecimentos recentes da Lava Jato terminarem por justificar a Lei, ela não surgiria com vistas a isto, mas a quem é diuturnamente desrespeitado pelos abusos de

autoridade. Desde o início, portanto, houve um interesse dos senadores em afastar alegações de relação do projeto com a Operação Lava Jato.

Aliás, o senador Álvaro Dias asseverou que não encontrava entre as prioridades do nosso povo a matéria discutida. Segundo ele, havia outras prioridades, como por exemplo a Operação Lava Jato, e sua conclusão com resultados que atendam as expectativas da população brasileira. Concluiu apontando que este cenário em que estava sendo discutido o projeto não era o ambiente adequado para sua discussão; sugeriu “esperar a conclusão da Operação Lava Jato”, pois, segundo ele, “numa outra fase, sim, com a inspiração recolhida nos atos praticados durante este período, no decurso destes processos, nós teríamos, certamente, maior inspiração para a elaboração de uma legislação adequada”. Como é perceptível, o discurso deixa implícito que estariam ocorrendo abusos durante a Operação Lava Jato, mas que seu combate não seria do interesse da população brasileira, razão pela qual seria necessário aguardar o seu término para, com inspiração nos abusos nela praticados, aprovar a Lei de Abuso de Autoridade (BRASIL, 2019a).

Também a Senadora Vanessa Grazziotin apontou que o projeto não estava combatendo a Lava Jato, mas que combateria abusos que efetivamente estariam ocorrendo na Operação, ou, em seus termos “o combate tem que seguir, o que não pode é ser seletivo; o que não pode é cometer abusos ou ilegalidades; é essa a questão” (BRASIL, 2019a). Posteriormente, o relator Senador Roberto Requião fez menção de alegações de que a Lei serviria para acobertar ricos e poderosos e as rebateu, dizendo que a norma é voltada “ao pequeno, àquele que só tem a lei para protegê-lo” e ainda “esta lei não tem nada a ver com a Lava Jato, mas tem a ver com a decência; com a dignidade do Direito (BRASIL, 2019a). Note-se que o Senador mais uma vez parece tentar desvincular o projeto com a Operação Lava Jato, trazendo como razão para a criação da norma uma fundamentação muito mais genérica.

Já a Senadora Gleisi Hoffmann, apontou vinculação direta com a Operação Lava Jato, justificando-a nos reais abusos de autoridade praticados, pois, segundo ela, no poder judiciário (BRASIL, 2019a): “busca-se combater crimes sem obedecer as regras processuais [...] e o Direito é confundido com a política; as garantias individuais são coisas consideradas renunciáveis em nome de uma suposta eficiência”.

Durante os debates em Plenário do Senado, em que pese a maior parte das discussões tenha se limitado a análises textuais, certas razões para a criação da norma podem ser apontadas. O Senador Cristovam Buarque apontou que a aprovação do projeto inviabilizaria a conduta de juízes, procuradores e polícias “na luta contra o tráfico, contra o estupro e contra a corrupção também; e sobretudo, “tá” claro que isso tem a ver com a Lava Jato[...]”. Empós, o Senador

Jorge Viana discorreu no sentido de a Lei 4.898/65, aprovada no período de ditadura militar, tratar-se-ia de lei feita para proteger aqueles que abusavam de autoridade, de modo que precisaria de atualização; o argumento foi rebatido pelo Senador Cristovam Buarque, que apontou que a redemocratização ocorreu em 1988, mas que o legislativo apenas teria despertado quando os parlamentares estão sendo algemados, julgados e presos. Afirmou ser necessário aguardar a finalização da Operação Lava Jato para aprovação de “uma verdadeira lei de abuso de autoridade [...] porque essa tem toda a cara, cheiro, de ser uma lei de proteção de autoridades [...]”. Ainda, o Senador Roberto Requião apontou que é favorável ao projeto para defesa do garantismo do direito brasileiro, afirmou que o projeto não tem “nada com Lava Jato [...] estarei aqui para defender investigações limpas, e dentro do limite legal, para que este processo, que destampou a tampa da caixa preta da política brasileira [...] continue dentro dos limites da lei”. Como é perceptível, alguns dos argumentos reconhecem que há vinculação com a Operação Lava Jato, mas não no sentido de limitação de condutas legítimas e legais, mas uma atuação ilegal e abusiva que aparentemente estaria a ocorrer (BRASIL, 2019b).

Já na Câmara dos Deputados, atribuído novo número ao projeto - nº 7596/2017 - os debates apenas se iniciaram em plenário, já que, como visto, não passou por qualquer comissão em razão do regime de urgência. Nas discussões no Plenário, o Deputado Edmilson Rodrigues, votando a favor da matéria referindo-se a um dos tipos penais do projeto, disse “quando Daniel Dantas foi preso, começou-se a falar nessa história das algemas, porque era poderoso, mas ele não poderia ser constrangido por ser poderoso”. O Deputado Ivan Valente, por sua vez, afirmou ter conhecimento das arbitrariedades praticadas no país e que seu próprio partido teve uma sede invadida pela polícia. Complementou declarando “queremos investigação, aprofundamos tudo na Lava Jato; nós vimos os abusos que foram cometidos, inclusive as denúncias contra promotores e juízes no Intercept Brasil”. De modo semelhante, o Deputado Eli Borges também apontou abusos concretos, vinculando-os à Operação Lava Jato, citando políticos que foram algemados e mostrados midiaticamente sem razão (BRASIL, 2019c). O discurso dos deputados, como é perceptível, foi mais aberto, citando diretamente abusos praticados durante a Operação Lava Jato, e buscando legitimar a criação da norma como meio de investigar atos de tal ordem.

Analisando-se os debates, pode-se retirar duas ordens de razões para a criação da Lei de Abuso de Autoridade, a saber: a) abusos concretos citados como razão à criação da norma. b) razões abstratas legitimadoras da criação da Lei de Abuso de Autoridade. As primeiras, abstratas, são assim chamadas porque foram levantadas pelos parlamentares genericamente, sem citar abusos específicos em casos concretos. As segundas, concretas, referiram-se

exatamente a abusos praticados durante a Operação Lava Jato². Pode-se afirmar isto, já que os discursos supra expostos por diversas vezes citaram expressamente processos e prisões da própria Operação Lava Jato (BRASIL, 2019a).

2.2 DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO LEGAL

Para além das razões levantadas expressamente nos debates durante a deliberação do projeto, a própria interpretação gramatical e teleológica da norma (Lei 13.869) permite vislumbrar, junto dos demais elementos já apontados, razões para a criação da Lei de Abuso de Autoridade. A este respeito, vale notar a exigência de dolo específico para a consumação de todos os delitos ali descritos; conforme prevê o Art. 1º, §1º da Lei, apenas configura-se o crime se houver “finalidade específica de **prejudicar outrem** ou **beneficiar a si mesmo** ou a **terceiro**, ou, ainda, por mero **capricho** ou **satisfação pessoal**” (grifos nossos). Esta previsão, que aliás não foi contestada nos debates parlamentares, demonstra a finalidade do legislador de criminalizar condutas efetivamente abusivas; isto é, criminaliza-se uma subversão da função, portanto, configuradora de reais abusos de poder e nunca da função legalmente exercida. Esta previsão da norma não afasta a possibilidade de haverem parlamentares envolvidos na sua feitura que tivessem finalidade de proteção contra atos legítimos de modo a barrar investigações contra si (ponto que seria impossível analisar sem cair-se em conjecturas e opiniões sobre elementos subjetivos dos parlamentares). Contudo, demonstra que estas finalidades não ficaram insculpidas e não serão satisfeitas através desta norma, que exige obrigatoriamente a ilegalidade e a abusividade das condutas (BRASIL, 2019d).

Outro ponto de relevância é visualizar quais são os sujeitos ativos das condutas criminalizadas; desta forma, poder-se-á verificar a quais agentes estatais e respectivas funções é voltada a norma. A este respeito, o Artigo 2º (BRASIL, 2019f) estabelece um sujeito ativo muito amplo, abrangendo todos agentes públicos (GRECO e CUNHA, 2019, p. 19-21) de forma muito semelhante ao Art. 327 do Código Penal. Ocorre, entretanto, que ao se visualizar os crimes em espécie previstos na Lei, o direcionamento não é genérico como proposto nos primeiros artigos. Dos vinte e três artigos nos quais descritos os tipos penais, todos abrangem as atividades dos agentes envolvidos na persecução e execução penal, mas apenas nove (Arts.

² Há três exceções a esta regra: a) houve citação de decisão que culminou na prisão de uma mulher junto de outros 20 homens na região norte do país, fato que foi tipificado no art. 21 da Lei; b) a citação de abusos praticados por policiais contra indígenas no dia anterior à votação do projeto junto ao Plenário do Senado; contudo, por tratar-se de fato isolado e que não legitimou a norma amplamente nos debates, senão muito episodicamente, não tratou-se como razão da criação da norma. c) citação de invasão, pela polícia, de sede de partido na qual ocorria reunião lícita, fato tipificado no Art. 35 que fora vetado.

15, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 e 38) abrangem conduta praticadas em outras áreas investigativas que não a penal, e dentre estes alguns abrangem as Comissões Parlamentares de Inquérito (GRECO e CUNHA, 2019, ps. 86-294). Os artigos estão voltados, em sua maioria, portanto, à conduta dos agentes envolvidos no processo de criminalização secundária e terciária, majoritariamente os magistrados, delegados, membros do Ministério Público, policiais e agentes penitenciários. Ademais, mesmo aqueles artigos que abrangem também outras esferas, estão sempre voltadas a caráter investigativo das condutas abusivas (BRASIL, 2019d).

Ora, se comparado à diversidade de funções públicas possivelmente exercidas e que não foram abrangidas pela norma, o seu direcionamento salienta-se: médicos, prefeitos, secretários, ministros, governadores, vereadores (em função não fiscalizatória), e uma diversidade incontável de funções administrativas nos diversos órgãos elencados no Art. 2º quando não em função investigativa, só para citar alguns; todas estas funções passam de largo pela Lei de Abuso de Autoridade; quando, excepcionalmente, as abrange minimamente, não é em sua função ordinariamente exercida, mas sempre em caráter investigativo, seja penal, civil ou administrativo (BRASIL, 2019d). Em suma, há seguramente um direcionamento da norma para funções investigativas, em sua maioria criminal.

Além de o texto da norma demonstrar a finalidade de punição de reais abusos de poder e do direcionamento da criminalização para atividades investigativas, demonstra também a vinculação da Lei com a própria Operação Lava Jato, já que prevê tipos penais citados nos debates parlamentares como abusos praticados na Operação Lava Jato. São exemplos o artigo 10, acerca da decretação de condução coercitiva sem previa intimação de comparecimento ao juízo; artigo 38, acerca da antecipação do responsável pela investigação, e ainda os vetados artigos 14, acerca de filmar ou permitir que se filme preso ou detento, e ainda o artigo 17 acerca do uso de algemas quando não houver resistência à prisão. Isto não significa dizer que não haja outros tipos penais vinculados à aludida operação, mas que os debates parlamentares não as apontaram expressamente; exatamente por esta razão e para verificar a ocorrência concreta de abusos, será analisada, no capítulo seguinte, parcela dos supostos abusos praticados durante a Operação Lava Jato e sua eventual vinculação com os tipos penais da Lei de Abuso de Autoridade (BRASIL, 2019d).

Os pontos até então levantados, portanto, demonstraram que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu em íntima vinculação com a Operação Lava Jato; afastaram-se, a partir da interpretação do texto, finalidades dos parlamentares em barrar a persecução penal legal, remanescendo as ordens de razões apontadas no tópico anterior: a) razões concretas, consistentes em sua grande maioria nos abusos praticados durante a Operação Lava Jato; b)

razões abstratas consistentes, em suma, na necessidade de uma norma geral, abstrata e impessoal para conter os abusos e garantir a efetividade do Estado de Direito;

3 RAZÕES CONCRETAS: OS ABUSOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Os abusos praticados durante a Lava Jato são, em verdade, uma pequena parcela do que juristas vinham apontando de uma mudança estrutural no processo penal brasileiro. Apontava-se, por exemplo, para a criação de forças-tarefas no Ministério Público; o deslocamento da atuação dos promotores da esfera civil para a criminal; negociação sem interferência direta do juiz por parte do Ministério Público com a promulgação da Lei 12.850/13; a autorização, pelo STF, de condução de inquéritos penais por parte do Ministério Público, e ainda, o que se chamava de “uma espécie de fragilização das fronteiras institucionais entre Poder Judiciário, MP e Polícia (KERCHE, 2018). Houve quem apontou ser evidente a violação do sistema acusatório nesta aproximação e cooperação entre os órgãos, bem como a inserção de um regime negocial em um campo do Direito cuja lógica não é esta (CASTRO, 2018). Tratam-se de mudanças embasadas na legalidade, mas, sem dúvida, mudanças.

As inovações, entretanto, não se retiveram aos limites da legalidade. Diversas outras, que efetivamente caracterizaram ora *meras* ilegalidades, ora reais abusos de poder, foram apontadas; dentre elas: a manipulação das regras de competência jurisdicional para julgamento no mesmo juízo; valoração e produção de provas de modo a violar o sistema acusatório; prisões preventivas ilegais para fins de forçar delações; (LOPES, 2020, os. 73-142) além de notórios vazamentos, e exposição midiática dos investigados. Frente a tal sorte de condutas ilegais e abusivas, houve quem apontou que “a Lava Jato predispôs o Judiciário brasileiro como um instrumento político de extermínio de uma força política nacional que se encontrava no comando do Executivo e dos empresários nacionais que se articulavam em torno dessa força” em certos casos configurando verdadeiro *lawfare* (CASTRO, 2016). Evidentemente, seja pela imprensa, seja pelos parlamentares, ou mesmo nas decisões da Suprema Corte, tal sorte de atos não passou despercebida. Doravante, tais abusos serão objeto de sumária análise.

3.1 DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A VALORAÇÃO DA PROVA

Um dos pontos a destacar é a utilização da delação premiada de modo ilegal, causando-se provas decorrentemente ilícitas/ilegítimas. Pode-se apontar, aqui, duas formas de utilização

da delação neste sentido: a) Utilização da delação como elemento único para a denúncia; b) Delação firmada com desrespeitos à legalidade.

O primeiro está em direta relação com a Lei 12.850/13, que estabelece proibição de condenação com base apenas nas declarações do agente colaborador. Até a entrada em vigor do pacote anticrime não havia proibição legal específica para oferecimento da denúncia apenas com base nas delações; o que havia, lado outro, era a previsão no art. 3º da Lei 12.850 de que delações constituem meio de obtenção de prova e não provas em si mesmas (BRASIL, 2013); ora, sabe-se que a diferença entre provas e elementos informativos está na submissão dos elementos ao contraditório para sua produção (LIMA, 2020a, p.176). Ocorre que o raciocínio aplicado às provas é facilmente estendido aos elementos informativos: colaborações premiadas não são elementos informativos, mas meios de obtê-los. Evidentemente, daí decorre que, uma vez recebida denúncia com base apenas em declarações do colaborador, está-se a recebê-la sem qualquer base mínima; ausente, portanto, a justa causa exigida pelo Art. 395 do Código de Processo Penal (LOPES, 2020, ps. 110-120).

O segundo ponto diz respeito à ilegalidade de certas delações. Consubstancia-se em benefícios concedidos fora das hipóteses legais e na previsão de higidez das provas em caso de retratação do acordo, sem distinção se poderão as provas serem ou não utilizadas em desfavor do réu ou de terceiros (LOPES, 2020, p.119). O ponto foi destacado em julgamento da Questão de Ordem na Petição 7.074/DF, pelo Ministro Gilmar Mendes, que destacou a inobservância dos parametros legais que deveriam reger o acordo. Segundo ele, o Ministério Público foi, em todos os acordos realizados, de forma progressiva, fazendo uma nova legislação (BRASIL, 2015, p. 34 e 45).

Perceba-se que ambas as situações acima assinaladas apontam para hipóteses em que a prova produzida a partir dos acordos ilegais firmados serão ilegais ou ilegítimas por derivação, nos termos do Art. 157, §1º do Código de Processo Penal. Seja pela utilização isolada e indevida para oferecimento da denúncia, seja por ilegalidades no próprio texto do acordo, há ilegalidades voltadas à obtenção de provas nos procedimentos/processos criminais. A Lei de Abuso de Autoridade, em resposta, tipificou a obtenção de prova por meio manifestamente ilícito em seu artigo 25 (BRASIL, 2019d).

3.2 DA PRISÃO PREVENTIVA

Uma das ilegalidades que mais gerou controvérsia foi a utilização de prisão preventiva como instrumento de coação para firmarem-se acordos de colaboração premiada. Prendia-se

apesar de não presentes os requisitos e fundamentos para decretação da prisão, forçando a delação. Vale citar que o Art. 4º da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) prevê a necessidade de voluntariedade do acordo de delação premiada firmado. Decerto, a utilização da prisão preventiva como meio de coação para firmar acordos, além de por si só ilegal e nula (já que fora dos casos previstos para cabimento da prisão) também gera outra nulidade autônoma: um ato processual com vício de consentimento. Neste sentido, o STF assim já decidiu no Habeas Corpus n. 125555/PR, em decisão do Ministro Teori Zavaski:

Não houve[...] a indicação de atos concretos atribuídos ao paciente que demonstrem sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal [...]. No ponto, a custódia cautelar do paciente está calcada em uma presunção de fuga, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Corte [...]" (BRASIL, 2015, p. 12-14).

Note-se: a decretação da prisão preventiva em tais casos, isto é, quando o julgador é sabedor de que não estão presentes as hipóteses legais e ainda assim a utiliza como meio a conseguir colaboração, veio tipificada no Art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade (BRASIL, 2019d).

3.3 ABUSOS COM NOTORIEDADE MIDIÁTICA

Há também outras condutas que não chegaram à análise da Suprema Corte, mas cuja notoriedade não permite ignorá-las neste estudo. Um dos casos é a decretação da condução coercitiva do ex-presidente Lula sem previa intimação para comparecimento em juízo; outro, ainda, a divulgação, pelo então Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, de áudios não relacionados com prova que se pretendia produzir nos autos de processo em que figurava como réu o ex-presidente. Além disso, também é notória a divulgação das acusações contra Lula pelo Procurador da República Dalton Dallagnol antes mesmo de formalizada a acusação (CONJUR, 2018), todas condutas agora tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade, respectivamente em seus artigos 10, 28 e 38 (BRASIL, 2019d).

4 RAZÕES ABSTRATAS: FUNDAMENTOS QUE PRETENDEM LEGITIMAR A NORMA

Os abusos concretos supra analisados são uma das ordens de razões apontadas nos debates parlamentares como vinculados à criação da Lei de Abuso de Autoridade. A segunda,

de ordem muito mais abstrata, diz respeito, em suma, na necessidade de uma norma geral, abstrata e impessoal para conter os abusos e garantir a efetividade do Estado de Direito. Este capítulo visará analisar estas razões ou justificações, tendo como base os fundamentos estabelecidos pela Criminologia Crítica (vide capítulo 1).

4.1 A PRETENSA CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO

As razões abstratas supra elencadas dizem muito sobre a realidade do Sistema Penal a que a Lei de Abuso de Autoridade pretende aplicar-se. Isto porque, defender abertamente a necessidade uma norma abstrata para a contenção de abusos de poder durante o processo de criminalização implica uma admissão de que há, no seio do Estado, uma série de abusos sendo cometidos. É dizer: há excessos de poder punitivo perpassando às comportas da legalidade, e que não recebiam necessariamente sanção. Admitir isto é repetir o que já se dizia acerca do Estado, de que este “frequentemente [...] age transgredindo a lei-regra que edita, desviando-se da lei. Todo sistema autoriza, em sua discursividade, delineado como variável de regra do jogo que organiza, o não respeito pelo Estado-poder de sua própria lei” (POULANTZAS, 2000, p. 82). Isto apenas se confirma pelo fato de os agentes estatais que atuam nas funções passíveis de criminalização pela Lei, notadamente Polícias, Judiciário e Ministério Público, foram duramente contrários a ela; com efeito, justificaram-no pela suposta limitação de sua atividade, conforme pode-se verificar nas ADI’s 6238, 6239, (STF, 2019a) e 6266 (STF, 2019b). Ora, se uma lei de abuso de autoridade que apenas pune excessos cometidos durante a função é contrária à atividade destes agentes públicos, está-se a admitir que a sua atividade é contrária à legalidade. Dizer o contrário é alegar que carreiras que trabalham continuamente interpretando e aplicando a lei defenderam interpretação da Lei que nenhum doutrinador ousou defender³, no sentido de que puniria a atividade dos agentes dentro dos limites da legalidade.

Aliás, impossível não pensar que estas ilegalidades legitimadas possam ser voltadas à perseguição de dissidentes ou criação de inimigo, como já apontava Zaffaroni. Foi assim nos *Maleus Malleficarum*, de 1484, que via nas bruxas os inimigos a serem perseguidos; depois, foi assim com hereges; com colonizados; com o combate às drogas, e é assim hoje com a corrupção.

³ Dentre os autores analisados no presente trabalho estão: Rogério Greco e Rogerio Sanchez Cunha (2019, ps. 14-15), Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 54), e Gabriela Alves Campos Marques e Ivan Luís Marques da Silva (2020, p. 14), nenhum dos quais defendeu haver possibilidade de condenações por atos legais durante as atividades, vez que a lei exige expressamente um elemento subjetivo dificilmente aferível o que esvaziaria tal possibilidade. Apontaram, ao máximo, haver zonas de não taxatividade da norma que poderiam dificultar a atuação daqueles agentes, não tendo defendido, entretanto, que houve real criminalização da atividade cotidiana dos agentes públicos.

Basta lembrar o argumento de um parlamentar que pretendia aguardar a Operação Lava Jato terminar para garantir o interesse social, para depois, com base nos abusos praticados, fazer uma norma contra abusos de autoridade. Isto é legitimar abusos e ilegalidades com vistas a um inimigo; é exemplo muito concreto de pensamento comum e imperante na atualidade, pretendendo representar o interesse social de combate à corrupção como seu inimigo selecionado (ZAFFARONI, 2007, p. 88). Contudo, não o único, pois sabe-se que os normalmente selecionados pelo Sistema Penal, sobre os quais estas ilegalidades legitimadas recairão em última instância, são na maioria homens pobres e não brancos (ANDRADE, p. 2012, p. 137-138). É este o meio pelo qual larga-se à irracionalidade, historicamente, o poder punitivo: como as bruxas e os hereges eram queimados sem grande racionalidade limitadora deste poder, também os atuais “inimigos” o serão, dando lugar, cada vez mais, ao Estado de Polícia a que Zaffaroni tanto se referia (2007, p. 169-170).

Assim, ao menos segundo os debates parlamentares, a Lei de Abuso de Autoridade surgiria no sentido de conter estas ilegalidades legitimadas e, por conseguinte, o excesso de poder punitivo sendo exercido irracionalmente, de modo a garantir maior efetividade do Estado de Direito. Isto não quer dizer, contudo, que este seja o caso. Com efeito, já se discorreu que a norma penal sempre vem acompanhada de funções declaradas que não necessariamente condizem com seus reais efeitos (ANDRADE, 2012, p. 135). Aparentemente, esta Lei não é diferente.

4.2 HABILITAR OU CONTER PODER PUNITIVO?

Dizer que a Lei de Abuso de Autoridade surgiu para contenção de abusos consistentes em excessos de poder punitivo largados à irracionalidade e aplicados genericamente aos selecionados do Sistema Penal, é dizer que esta é umas das razões abstratas de sua criação. Noutros termos, a Lei de Abuso de Autoridade *surgiu para* cumprir esta função declarada. Assim, a razão para sua criação aponta diretamente para a função que a Lei vem pretensamente exercer. Como apontado, entretanto, esta função declarada não parece, *a priori*, definir os reais efeitos da Lei. Há alguns fatores que sugerem não haver real efetividade na norma em análise.

O primeiro destes fatores é a natureza da ação penal dos crimes previstos na Lei. Ora, sabe-se que, em razão da natureza pública incondicionada da ação penal dos delitos, conforme prevê a Lei em seu Art. 3º, os próprios agentes que atuam na criminalização secundária é que realizam a criminalização. Serão polícias que investigarão; promotores que denunciarão; e juízes que julgarão seus pares. Apesar de existir a possibilidade de ação penal privada

subsidiária, é cediço que a hipótese toma lugar apenas se o órgão acusador permanecer inerte; lado outro, se arquivar o procedimento investigativo, não há possibilidade de ação por parte da vítima. Deverá ela recorrer ao órgão superior do Ministério Público, neste caso o Procurador Geral de Justiça, nos termos do Art. 28 do Código de Processo Penal (LIMA, 2020a, p. 242). Isto torna extremamente dificultosa a persecução penal, já que sujeita a uma espécie de proteção corporativa nem sempre dolosa, mas com explicações psicanalíticas relacionadas à psicologia das massas (FREUD, 1921, p. 27-28.).

Outro fator é a imensa dificuldade na comprovação do elemento subjetivo específico exigido pelo Art. 1º da Lei (BRASIL, 2019). Note-se que esta exigência torna necessário ao órgão acusador dispor de elementos informativos bastantes para não apenas afirmar o dolo do agente, mas qual a sua finalidade ao executar a conduta, pois, se isto não for demonstrado *a priori*, dará ensejo à rejeição da denúncia por manifesta inépcia, nos termos do Art. 395, inc. I, do Código de Processo Penal (GRECO e CUNHA, 2019, p. 13). Aparentemente, os parlamentares pretendiam assim restringir o alcance da norma apenas para condutas efetivamente abusivas. Outros meios mais eficazes, entretanto, poderiam ser adotados, como restringir o alcance das expressões contidas nos tipos penais, dando maior taxatividade à norma, cuja ausência foi ponto muito criticado doutrinariamente (LIMA, 2020b, p. 54), sem exigência da configuração do dolo específico. Preferiu-se, contudo, exigir requisito dificilmente demonstrado na prática.

Estes fatores podem ou não ser confirmados na aplicação prática da Lei, mas conduzem, prontamente, à conclusão de que a norma em questão não terá a efetividade que dela se espera. Em razão disso, a afirmação feita por Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 136), acerca do Sistema Penal, toma maior sentido: “enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) [...] cumpre, de modo latente, outras funções reais”. Não há como não pensar que uma norma declaradamente voltada à contenção dos excessos de poder punitivo possa também servir a esta finalidade: discursivamente pretende a contenção, mas sua inefetividade intrínseca e que será demonstrada na *práxis*, aponta para uma funcionalidade novamente seletiva e estigmatizante que reproduz desigualdades e assimetrias sociais – de classe, de gênero, de raça (ANDRADE, 2012, p. 137). Discursivamente, o Brasil estará a conter excessos de poder punitivo; no real, toma lugar a irracionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo do presente estudo foi investigar os elementos que levaram à criação da Lei de Abuso de Autoridade. Analisaram-se certos pressupostos teóricos a partir da Criminologia Crítica, linha da Criminologia que se ocupa do processo de criminalização; após, analisaram-se os debates parlamentares e o texto legal para verificação das razões expressas e implícitas envolvidas na criação da norma; por fim, nos dois capítulos finais, foram analisados os elementos que embasaram as razões levantadas.

Esta análise permitiu verificar: a) a função primordialmente seletiva do Sistema Penal, que utiliza-se do Direito Penal como meio de habilitação do poder punitivo; b) a existência de duas ordens de razões para a criação da Lei de Abuso de Autoridade, abstraídas de manifestações expressas durante os debates parlamentares e implícitas no texto legal, configurando razões de ordens concreta e abstrata; c) As razões concretas consistem em sua grande maioria nos abusos praticados durante a Operação Lava Jato, dos quais destacam-se violações à legalidade em colaborações premiadas, na valoração da prova, prisões preventivas ilegais instrumentalizadas a fim de garantir delações, dentre outros abusos com notoriedade midiática; d) razões abstratas baseadas, pretensamente, na necessidade de uma norma geral, abstrata e impessoal para conter os abusos e garantir a efetividade do Estado de Direito, razões estas que demonstraram-se ilusórias quando comparadas à possibilidade de produção de efeitos da Lei em análise, ante sua baixa potencialidade de contenção de abusos.

Os resultados acima apontados demonstram que a Lei de Abuso de Autoridade não foge à função habilitadora do Direito Penal. Os pressupostos iniciais deste estudo deixaram claro que o Direito Penal serve à habilitação do poder punitivo voltado à seletividade de uma clientela muito específica e configuradora de verdadeiro inimigo do direito penal; historicamente, os inimigos selecionados modificaram-se, e hoje estão escancaradamente identificados ora em uma classe política corrupta, ora em uma população majoritariamente pobre, masculina, e de coloração não branca. Com base no combate aos inimigos é que práticas abusivas buscam legitimar-se discursivamente, configurando excessos de poder punitivo. Assim, a Lei em análise vem pretensamente conter estes excessos; primeiro, ao vir como resposta a abusos praticados notadamente contra a classe política e, conforme visto, legitimados no seio do Estado; depois, pretensamente protegendo a população em geral – selecionados.

Assim, as razões para a criação da Lei de Abuso de Autoridade apontam diretamente para a função de contenção de excesso de poder punitivo contra os atuais inimigos aos quais

direcionado do Sistema Penal. Razões tais, entretanto, ao que se pode afirmar *a priori*, não passam de ilusões acerca da função que a Lei exercerá. Com efeito, a previsível falta de efetividade da norma aponta pra uma funcionalidade da norma muito diversa da que se pretende expressamente. Uma norma que pretende conter abusos de poder punitivo quando, no real, não passa de folhas de papel, tem uma função discursiva legitimante mais forte do que qualquer anterior. Se antes as legitimações discursivas limitavam-se às mídias, às práticas e discursos penais, aos debates parlamentares e manifestações sociais, agora estão baseados na legalidade. A norma que visava proteger os inimigos do direito penal, em verdade, larga o poder punitivo à irracionalidade, enquanto continua a manter o discurso de proteção. Assim, repete-se na Lei uma máxima verdadeira para todo o Direito Penal: racionalizar ilusões, é nada dizer sobre o real.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.898/1965**. Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4898-9-dezembro-1965-368996-norma-pl.html>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 85 /2017**. Define os crimes de abuso de autoridade; tipifica as condutas praticadas com abuso de autoridade por membro de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. 2017a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 7.596/2017**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. 2017b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**: 13ª Reunião Ordinária da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª Legislatura. Brasília, DF, 26 abr. 2019a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/multimidia/evento/72646>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Plenário do Senado**: 50ª Sessão Deliberativa Ordinária da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª Legislatura. Brasília, DF, 26 abr. 2019b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/multimedia/evento/72650>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Plenário**: Sessão Deliberativa Extraordinária. Brasília, DF, 14 ago. 2019c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/56876>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 set. 2019d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Questão de ordem no inquérito nº 4.130/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar no habeas corpus nº 1255.555/PR**. Relator: Min. Teori Zavascki, 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dll/hc-renato-dique-teori-zavascki.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.2017, n. 136, p. 293-319.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Abrenuntio Satanae!* A colaboração premiada na Lei 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 171-219, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36921991/Abrenuntio_Satanae_A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_na_Lei_12_850_2013_um_novo_paradigma_de_sistema_penal_contratual. Acesso em: 02 de jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 22. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Ditos e escritos, Vol. 4. Tradução: Vera Lucia Avellar Ribeiro. Org. Manoel Barros da Motta. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

FREUD, Sigmund. **Além do Princípio de Prazer, Psicologia de Grupo e outros trabalhos**: Vol. XVIII. 1 ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. CUNHA, Rogério Sanches. **Abuso de autoridade**: lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

KERCHE, Fábio. Ministério Público, Lava Jato e Mãos Limpas: Uma Abordagem Institucional. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, no.105, dez. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452018000300009&lang=en#B5. Acesso em: 26 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020a.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 8 ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020b.

LOPES, Iara Maria Machado. **O sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

MARQUES, Gabriela Alves Campos. SILVA, Ivan Luís Marques da. **A Nova Lei de Abuso de Autoridade**: Lei 13.869/2019 – Comentada artigo por artigo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.82.

Polêmicas do caso Lula: grampos, condução coercitiva e PowerPoint. **CONJUR**. 23 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/polemicas-lula-grampos-conducao-coercitiva-powerpoint>. Acesso em: 26 ago. 2020.

STF. **Supremo recebe mais duas ações contra Lei de Abuso de Autoridade**. Brasília, 14 out. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426393&ori=1>. Acesso em: 26 ago. 2020.

STF. **Delegados da Polícia Federal contestam no STF Lei de Abuso de Autoridade**. Brasília, 29 nov. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431252>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 – Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.