II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – Goías
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

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-221-7
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. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, repetindo o sucesso do primeiro evento realizado pelo CONPEDI em ambiente eletrônico, reuniu pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos, com a segurança e a responsabilidade exigidas pelo contexto delineado pela pandemia da Covid-19.

Aqui, temos a honra de apresentar os artigos oriundos de pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", na tarde do dia 7 de dezembro de 2020.

No trabalho intitulado "A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI", Marcelo de Almeida Nogueira, Jackeson dos Santos Lacerda e Luiza Moreira Cordeiro Tavares analisam como os casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri são constantemente explorados pela mídia e como esta prática jornalística possibilita a emissão de opiniões e conceitos prévios que podem influenciar na formação da opinião pública.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides, no trabalho intitulado "A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO", investiga o testemunho do policial militar como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal.

O trabalho de autoria de Fábio André Guaragni e Douglas Rodrigues da Silva, sob o título "AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O APROVEITAMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL", aborda a (i)licitude da prova oriunda de apreensão e monitoramento de equipamentos e meios eletrônicos disponibilizados pela empresa aos empregados, no curso de investigações internas decorrentes de programas de compliance, apontando alguns limites de aproveitamento da prova.

Já o trabalho "COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO", da lavra de Enrique Omar Rocha Silva Rocha e Marcelo Nunes Apolinário,

analisa, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in)constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro.

Em "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS", Rafael Fecury Nogueira e Willibald Quintanilha Bibas Netto debruçam-se sobre a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A pesquisa busca avaliar se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra tal prática.

Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva apresentam um estudo teórico-empírico da prisão preventiva como garantia da ordem pública nas cinco Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir da análise de 605 acórdãos julgados entre 2019 e 2020, nos quais se decretou ou se manteve a medida, análise que permitiu aos autores concluir que as prisões são animadas por critérios extralegais, tais como o merecimento, a suposta periculosidade do sujeito ou para credibilidade da justiça. O texto recebeu o título "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA".

O trabalho "GARANTISMO E A REGULAÇÃO DOS PODERES: ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO", de Melina de Albuquerque Wilasco, revisita conceitos cunhados pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a fim de verificar como o constitucionalismo garantista pode colaborar com o debate acerca da crise do sistema carcerário.

Em "LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA", Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque analisam a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, buscando contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena.

Sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REVOGAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIAS NAS ADCS 43, 44 E 54, A VONTADE DO POVO OU DA VONTADE DO JUIZ", Wesley Andrade Soares investiga

em que medida há ativismo judicial e/ou mutação constitucional que intente pela prisão em segunda instância, perquirindo sobre uma possível sobreposição entre ativismo judicial e mutação constitucional que seria responsável por impulsionar a legalidade de uma execução antecipada da pena.

Por fim, no texto intitulado "O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO", Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves analisam a aplicação jurídico-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Os autores investigam a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, são os votos dos organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição 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 Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS

HISTORICAL EVOLUTION OF ABUSE OF AUTHORITY IN BRAZIL: CRITICAL ANALYSIS AND PERSPECTIVES.

Rafael Fecury Nogueira
Willibald Quintanilha Bibas Netto

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A presente pesquisa segue a metodologia exploratória, com abordagem qualitativa e o emprego de pesquisa bibliográfica, além da análise comparativa entre os diplomas específicos a respeito do abuso de autoridade e entre os diversos tipos penais relativos ao abuso de autoridade na história legislativa brasileira. A análise a regulamentação do abuso de autoridade no Brasil, visando concluir se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra o abuso de autoridade.

Palavras-chave: Abuso de autoridade, Crime, Evolução

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the historical evolution in Brazil regarding the laws of abuse of authority. This research follows the exploratory methodology, with a qualitative approach and the use of bibliographic research, in addition to the comparative analysis between the specific diplomas regarding the abuse of authority and between the different types of penalties related to the abuse of authority in Brazilian legislative history. The analysis will surround the law to regulate the crimes of abuse of authority.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of autorithy, Crime, Evolution

1. INTRODUÇÃO

No dia 5 de setembro de 2019, foi sancionada a lei 13.869, regulamentando os crimes de abuso de autoridade no Brasil, revogando a antiga Lei 4.898 de 1965 que outrora regulamentava o tema.

A lei de abuso de autoridade objetiva punir criminalmente as condutas de agentes públicos que utilizarem o seu poder, atribuição ou autoridade de forma abusiva, equivocada ou arbitrária, em desacordo com os limites legais impostos. Trata-se, assim, de um ordenamento que intenciona punir as classes detentoras de poder no Brasil, tutelando o mais frágil em relação ao tradicionalmente mais privilegiado no Brasil.

O presente artigo objetiva analisar a evolução histórica da disciplina penal brasileira acerca do abuso de autoridade, levantando-se, nessa perspectiva, a seguinte problemática: ao longo de sua história, o Brasil está avançando na reação ao abuso de autoridade?

Para efetivar essa empreitada acadêmica, o presente artigo analisará os aspectos históricos das condutas que puniam o abuso de poder para se estudar a Lei 4.898/65, a pioneira legislação sobre abuso de autoridade no Brasil e, sobretudo, analisar os aspectos gerais da nova Lei 13.869/20, que atualmente disciplina os crimes de abuso de autoridade no Brasil, bem como os tipos penais em evidência no aludido diploma. A partir dessa análise do modelo pátrio, analisar-se-á esse percurso histórico do combate ao abuso de autoridade no Brasil para se concluir se estamos evoluindo nesse particular e em que medida.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a legislação penal brasileira, bem como a revisão bibliográfica acerca do tema, visando analisar de forma crítica a eficácia do modelo brasileiro de repressão ao abuso de autoridade. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo fundamental a análise histórico-evolutiva entre os diversos diplomas penais brasileiros em tema de abuso de autoridade a fim de se aferir se efetivamente o Brasil tem avançado ou não no combate ao abuso de autoridade.

2. A PROTEÇÃO DO CIDADÃO E O ABUSO DE AUTORIDADE: ESCORÇO DE UM PERCURSO HISTÓRICO

Os estados modernos, desde o século XVII com as revoluções burguesas, passaram a conferir *status* de cidadania ao indivíduo, dando-lhe direitos em face do Estado e, por consequência, limitando, em grande medida, o poder estatal. As revoluções burguesas,

especialmente, a Inglesa, Americana e Francesa são, portanto, paradigmas para a concepção da cidadania e instituição dos direitos fundamentais (LIMA, 2016, p. 96).

Com a concepção das teorias contratualistas, que enfatizaram a primazia do indivíduo sobre o Estado, reforça-se a ideia de que o Estado deve servir ao cidadão e a ele deve direitos, influenciando as Declarações americana e francesa de 1776 e 1789, respectivamente. Esse dado histórico levou Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco a afirmarem que "se situa na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o *Bill of rights* de Virgínia (1776), o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais" (2009, p. 266), momento em que se efetiva a positivação desses direitos do homem, não mais se justificando apenas filosófica e/ou politicamente.

Essa noção de cidadania e de proteção dos direitos fundamentais é consolidada pelo movimento de internacionalização desses direitos, tendo como marco as duas Grandes Guerras mundiais, momento a partir do qual se reconhecem vários eventos como precedentes históricos dessa consolidação, a saber: as manifestações de Direito Humanitário, a criação da Organização Internacional do Trabalho e a formação da Liga das Nações.

O grande legado da Segunda Guerra foi a percepção do desprezo do ser humano pelo aparato estatal, demonstrado pelo Holocausto de 6 milhões de judeus e pelas 70 milhões de vidas perdidas da Ásia e da Europa entre 1939 e 1945. Nesse contexto, tem-se a formação da Organização das Nações Unidas em 1945, vocacionada à multilateralidade dos debates, partícipes abertos ao concerto mundial propugnando um projeto de paz e segurança internacional duradoura entre os povos e nações, como se depreende dos objetivos descritos no artigo 1º da Carta da ONU[1].

A partir daí, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, passando a ser uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, com a consagração de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A proteção universal dos direitos fundamentais se desenvolve após a estruturação do sistema internacional das Nações Unidas, no esteio da Declaração, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

[1] "Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz".

No âmbito das Américas, em 1948, surge a Organização dos Estados Americanos (OEA), mesmo ano em que é editada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na nona conferência internacional americana em Bogotá, consagrando uma série de direitos fundamentais do cidadão.

Em 22 de novembro de 1969, foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que inaugurou o sistema regional de proteção aos direitos humanos, prevendo, inclusive, órgãos permanentes para a defesa dos direitos: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse retrospecto histórico, tem-se a evolução, lenta e gradual, da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado, culminando com a atual Constituição Federal de 1988, consagradora de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro.

O tratamento penal do abuso de autoridade se insere nessa esteira evolutiva da proteção dos direitos da cidadania, do indivíduo, especialmente, da liberdade, intimidade, dignidade, domicílio e sigilo profissional, entre outros. Isso porque, no plano teórico, quanto mais se combater os excessos e abusos de autoridade, mais se estará protegendo o cidadão em face do poder estatal, que, indubitavelmente, precisa ser controlado.

Na legislação brasileira já se verifica preocupação com o abuso de autoridade desde o Código criminal do Império de 1830, passando pelo Código de 1890 e pelo vigente Código de 1940, até alcançarmos a primeira Lei de abuso de autoridade brasileira em 1965, a Lei 4.898, que inovou ao prever um diploma específico acerca do tema para, enfim, chegar-se à atual Lei 13.869/19, que consagra os crimes de abuso de autoridade com ampla regulamentação.

Sem embargo dessa constatação, o Brasil, especialmente em face de suas profundas desigualdades sociais, é um país marcado por vulnerar direitos fundamentais do cidadão (STRAPASSON *et al*,, 2014, p. 440), tendo sido levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos cinco vezes e condenado quatro vezes por violações aos direitos humanos.

As condenações ocorreram no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, em sentença de 4 de julho de 2006[2]; no caso Escher e outros vs. Brasil, em sentença de 6 de julho de 2009[3]; no

[2] Esse famoso caso se refere à morte de Damião Ximenes Lopes, deficiente mental, após três dias de internação na Casa de Repouso Guararapes, decorrente de seguidas agressões físicas por funcionários daquele hospital psiquiátrico. O Brasil foi condenação por violação ao direito à vida e à integridade pessoal previstos nos artigos 4,1; 5,1 e 5,2, da Convenção, além da violação das garantias judiciais e de proteção judicial dispostas nos artigos

caso Garibaldi vs. Brasil, em sentença de 23 de setembro de 2009[4] e no caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, em sentença de 24 de novembro de 2010[5].

Com efeito, na esteira do que se afirmou acima sobre a evolução dos direitos fundamentais e da proteção do cidadão, no final de 2019 entra em vigor a Lei 13.869/19, a nova lei de abuso de autoridade no Brasil, como um verdadeiro marco na efetivação dos direitos fundamentais e no autocontrole do poder estatal em face do indivíduo.

A nova lei de abuso de autoridade é mais abrangente em relação à sua antecessora, prevendo mais tipos penais e, consequentemente, um maior raio de proteção do cidadão.

3. PERCURSO HISTÓRICO DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL

Consoante já afirmado, o diploma pioneiro sobre abuso de autoridade surgiu em 1965 com a Lei 4.898. Antes, porém, disso, a figura do *abuso de poder* já era conhecida no Brasil desde o Império, estando prevista no Código criminal do Império de 1830.

No Código de 1830 havia uma circunstância agravante para os crimes cometidos com abuso de poder por *empregados públicos* (artigo 275), além de alguns tipos penais próprios praticados com esse abuso. Assim, eram crimes a violação de carta destinada a particular com

---

8,1 e 25,1, da Convenção em relação à Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares de Damião Ximenes Lopes. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

[3] O caso Escher se refere à interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, dirigentes das organizações sociais Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON), ambas vinculadas ao MST, realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná e posteriormente divulgadas aos meios de comunicação de trechos selecionados dos diálogos interceptados. O Brasil foi condenado pela Corte por violação ao direito à vida privada e ao direito à honra e à reputação previstos no artigo 11 da Convenção, além da violação ao direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana.

[4] O caso Garibaldi se refere à responsabilidade decorrente de descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998 durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná. O Brasil foi condenado pela Corte por violação ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1º, 1 da mesma, em prejuízo dos familiares da vítima.

[5] Esse caso se refere à responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985). O Brasil foi condenado por violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e , também, por violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

abuso de poder pelo empregado público (artigo 129, 9º), além de outros cometidos por empregados públicos como, Expedir ordem ou fazer requisição ilegal (artigo 142), Exceder a prudente faculdade de repreender, corrigir ou castigar, ofendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escrito algum subalterno ou dependente ou qualquer outra pessoa, com quem se trate em razão de ofício (artigo 144) e Cometer qualquer violência no exercício das funções do emprego ou a pretexto de exercê-las (artigo 145).

Interessante o fato de que o Código criminal de 1830 definia a figura do abuso de poder como *o uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses públicos ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade pública o exija* (artigo 2º, 3º).

Por sua vez, o Código de 1890, na seção dos crimes de excesso ou abuso de autoridade e usurpação de função pública, praticamente repetiu os crimes previstos no Código de 1830 de Expedir ordem ou fazer requisição ilegal (artigo 228), Exceder a prudente faculdade de repreender, corrigir ou castigar, ofendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escrito algum subalterno ou dependente ou qualquer outra pessoa, com quem se trate em razão de ofício (artigo 230) e Cometer qualquer violência no exercício das funções do emprego ou a pretexto de exercê-las (artigo 231).

O Código Penal de 1940, em sua redação original, também disciplina o abuso de autoridade em três passagens. A primeira, como circunstância agravante para quem comete o crime com *abuso de autoridade* (artigo 61, II, *f*,), a segunda também como agravante para quem comete qualquer crime com *abuso de poder* (artigo 61, II, *g*) e a terceira como figura típica específica, prevendo-se o crime de *exercício arbitrário ou abuso de poder* no capítulo dos crimes contra a administração da justiça (artigo 350).

O crime do artigo 350 do Código Penal, revogado expressamente pela Lei 13.869/19, criminalizava, em suma, quem ordenasse ou executasse prisão sem as formalidades legais, prolongasse a execução de pena ou de medida de segurança de além do tempo regular, submetesse pessoa presa a vexame ou a constrangimento ilegal e quem efetuasse diligência com abuso de poder.

Vê-se que o legislador de 1940 distinguiu as figuras do *abuso de autoridade* e *abuso de poder* em relação às agravantes e reforçou a proteção contra o abuso de poder com um tipo penal próprio, revelando clara preocupação com esse tipo de prática nefasta. Necessário, portanto, compreender, ainda que brevemente, essas duas figuras insertas na parte geral, bem como, o aludido tipo penal.

A primeira circunstância agravante consiste na prática do crime com *abuso de autoridade* ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (artigo 62, II, *f*)[6], levando a doutrina a vincular essa circunstância ao âmbito das relações privadas. Segundo Heleno Fragoso, "a autoridade que aqui se considera é a que decorre de relações privadas que estabelecem dependência da vítima em relação ao agente" (FRAGOSO, 2004, p. 423). No mesmo sentido a lição de Luiz Regis Prado, para quem "o abuso de autoridade ocorre quando o agente excede ou faz uso ilegítimo do poder de fiscalização, assistência, instrução, educação ou custódia derivado de relações familiares, de tutela, de curatela ou mesmo de hierarquia eclesiástica" (PRADO, 2005, p. 531).

A segunda agravante consiste na prática do crime com *abuso de poder ou violação de dever* inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (artigo 61, II, *g*). Nesse caso, entende-se que cargo e oficio definem atividades públicas, enquanto que o ministério se liga a atividade religiosa e a profissão define atividade que exija habilitação especial (SANTOS, 2007, p. 576).

A doutrina não define o que é o abuso de poder, apenas mencionando o uso ilegal do poder atribuído a determinada autoridade (OLIVEIRA, 1998, p. 419). Por óbvio que essa agravante não incidirá em crime praticado por agente público quando o abuso do dever/autoridade seja inerente ao crime, a exemplo do peculato ou da corrupção passiva.

O crime de exercício arbitrário ou de abuso de poder previsto na redação original do Código, em seu já revogado artigo 350, que tipificava ordens e execução de prisão sem as formalidades legais, prolongamento de execução de pena ou de medida de segurança de além do prazo legal, submissão de pessoa presa a vexame ou a constrangimento ilegal e a realização de diligência com abuso de poder, segundo a doutrina especializada, já havido sido derrogado pela Lei 4.898 de 1965, mantendo-se apenas em vigor o inciso IV do artigo 350, que punia o cumprimento de diligência com abuso de poder (FREITAS *et al*, 2001, p. 172).

Vê-se que a tutela penal em face do abuso de autoridade já existe no Brasil desde 1830 e foi reafirmada em 1940, não sendo correto afirmar que ela surgiu apenas em 1965. O que ocorreu com a Lei 4.898/65 foi um reforço dessa proteção com uma lei própria, buscando chamar a atenção da sociedade brasileira para um problema antigo e, sobretudo, sempre atual.

É necessário, pois, analisarmos, de forma sistemática, a Lei 4.898 de 1965 e seus respectivos avanços então verificados para se que possa aferir se a nova Lei 13.869/19 constituiu ou não um avanço na tutela penal do cidadão em face do abuso de autoridade.

[6] Registre-se que em 2006, com a Lei 11.340, incluiu-se nesse agravante a prática de crime com violência contra a mulher na forma da lei específica (artigo 61, II, *f*).

3.1. ENTRE A VELHA E A NOVA LEI BRASILEIRA DE ABUSO DE AUTORIDADE: O CIDADÃO ESTÁ MAIS PROTEGIDO?

Consoante visto acima, a partir de 1965 o Brasil passa a contar com uma legislação específica no combate ao abuso de autoridade e para a proteção do cidadão. É necessário, portanto, analisar neste item o contexto histórico-político de criação da Lei 4.898 para se entender as razões pelas quais se voltaram a discutir no Brasil a necessidade de edição de um novo diploma após mais de 50 anos.

3.1.1. A LEI 4.898 DE 1965 E SUA REGULAMENTAÇÃO

Conquanto o tratamento do abuso de autoridade não fosse novidade no ordenamento jurídico pátrio, não se pode negar que a edição da Lei 4.898/65, tratando a matéria de forma específica, configurou um avanço no combate aos crimes no âmbito do abuso de poder/autoridade, especialmente com o simbolismo que marcou esse diploma à época.

A regulamentação legal específica do abuso de autoridade no Brasil data da década de 50, quando se iniciam os debates legislativos que culminou com a primeira lei brasileira de abuso de autoridade, a Lei 4.898/65. Embora a lei tenha sido sancionada em 1965, ela deriva do projeto de lei 952 de 1956, tramitando por aproximadamente dez anos.

A lei 4.898/65 surge como um relevante marco de proteção do cidadão em face do abuso do poder estatal, concluindo Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas que essa lei "tem como finalidade prevenir os abusos de autoridade, dando, a quem quer que seja, o meio necessário para fazer valer os direitos e garantias previstos na Constituição, sendo um instrumento da mais alta importância na defesa dos direitos do homem" (2001, p. 20). Inegavelmente, esse diploma surge para coibir as investidas abusivas de agentes estatais contra os cidadãos (ROSA *et ali*, 2020, p. 31), buscando uma regulamentação até então inédita no Brasil.

Sendo a Lei 4.898 de 1965, poder-se-ia pensar ser um contrassenso uma lei de combate ao abuso de autoridade exatamente no começo de um regime militar implementado no Brasil a partir de 1964. Em outras palavras, seria crível indagar como uma lei de abuso de autoridade seria sancionada exatamente por um governo que viria a restringir direitos do cidadão e garantias fundamentais e que editaria Atos institucionais que culminaram com a cassação de Parlamentares e de Ministros do Supremo Tribunal Federal, apenas para se ater ao âmbito dos abusos institucionais verificados durante os governos militares no Brasil.

A razão para uma Lei de abuso de autoridade em pleno começo de regime militar se dá com o contexto político brasileiro do final da década de 50, momento em que o Brasil ainda se ressentia com os efeitos políticos do Estado Novo de Vargas e das graves restrições a garantias individuais causadas por essa ditadura. Assim, pode-se afirmar que a Lei de abuso de autoridade de 1965 foi sancionada com os "olhos voltados" a um passado próximo.

Segundo o próprio autor do projeto de lei 952, Deputado Bilac Pinto, que posteriormente foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, "o objetivo que nos anima é o de complementar a Constituição para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em numerosíssimos Municípios brasileiros".

No mesmo sentido, asseverou o relator do projeto, Deputado Adauto Lúcio Cardoso, também posteriormente nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, que "sua transformação em lei valerá por uma conquista de extraordinária importância na evolução de uma sociedade política como a nossa, na qual até hoje, para milhões de criaturas, os direitos e garantias individuais têm tido existência puramente nominal".

A lei 4.898/65 previu o direito de representação para a apuração da responsabilidade penal, civil e administrativa contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos. Esse direito de representação poderia ser exercido perante a autoridade superior àquela que cometeu o abuso e que pudesse sancioná-la administrativamente e, também, ao representante do Ministério Público com atribuição para exercer a ação penal em face do autor do abuso de autoridade.

Veja-se que o que se denominou de direito de representação já estava consagrado na Constituição de 1946 com a garantia do acesso à justiça, que abrange o direito de petição perante órgãos da administração (artigo 141, § 4º). No entanto, não se nega que a Lei 4.898/65 reforça essa prerrogativa, estimulando a iniciativa do cidadão ao nomear as autoridades com atribuição para receber essa representação por abuso de autoridade. Mais um aspecto simbólico propiciado pela então nova lei de abuso de autoridade, incentivando uma cultura reacionária aos abusos criminosos.

Em sua tipologia penal, a lei estabeleceu os crimes de forma ampla, sem delimitar os tipos penais como se tem normalmente em leis penais, identificando-se apenas os bens jurídicos tutelados. Assim, o artigo 3º, da Lei 4.898/65 define como crime de abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência, à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício do culto

religioso, à liberdade de associação, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, ao direito de reunião, à incolumidade física do indivíduo e aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (esse último incluído pela Lei nº 6.657/79).

Por sua vez, o artigo 4º define os tipos penais ao estabelecer as condutas puníveis. Assim, constituem crimes de abuso de autoridade contra o direito de liberdade, ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder (*alínea a*), deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa (*alínea c*), deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada (*alínea d*), levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança (*alínea e*) e prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade (*alínea i*) (última alínea incluída pela Lei nº 7.960/89).

A lei previu, ainda, dois tipos penais contra o patrimônio da pessoa presa, cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei quanto à espécie ou quanto ao seu valor (*alínea f*) e recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa (*alínea g*).

Deve-se destacar um tipo penal inovador e importante definido pela lei de 1965, consistente na violação direta da própria dignidade do preso: submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei (*alínea b*).

Finalmente, previu-se um tipo penal genérico praticado pelo agente público, definindo-o como o ato lesivo à honra ou ao patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal (*alínea h*).

Reforçando o simbolismo proporcionado pela Lei 4.898/65, a lei previu um procedimento penal específico (artigos 12 a 24), distinguindo a sua persecução penal dos demais crimes, o que demonstra o marcado simbolismo desse diploma.

É possível afirmar que a Lei 4.898/65 se constitui num avanço democrático em face do abuso de autoridade? Certamente sim, pois, ela teve o mérito de, além de simbolizar o combate contra o abuso de autoridade com um diploma legal exclusivo, definiu as condutas penais típicas, ampliando-se o espectro de sua proteção para o cidadão, estabeleceu o direito de representação e um procedimento penal próprio, reduzindo, em tese, as dificuldades do cidadão de acesso aos órgãos/agentes incumbidos de sancionar essas condutas abusivas.

Entretanto, a Lei 4.898/65 teve o grande demérito de atribuir sanção penal extremamente baixa ao prever a pena de dez dias a seis meses para os crimes nela previstos, o que inegavelmente ofuscou o intento punitivo simbolizado por essa lei.

A Lei de abuso de autoridade atravessou toda a segunda metade do século XX como uma ilustre desconhecida, registrando-se, lamentavelmente, poucos casos de sua aplicação prática e, menos ainda, de condenações por seus tipos penais, levando a doutrina a concluir que a Lei 4.898/65 era tímida em face das penas quase insignificantes e que facilmente prescreviam (SOUZA, 2020, p. 13), pois, até o ano de 2010, os crimes com pena máxima inferior a um ano de reclusão prescreviam em dois anos.

A pouca (ou nenhuma) efetividade da Lei 4.898/65, somada ao seu desconhecimento por parte da coletividade, levou à necessidade de se discutir a criação de um diploma mais consistente e efetivo no combate ao abuso de autoridade. É nesse contexto que surge a recentíssima Lei 13.869/19, que regulamenta os crimes de abuso de autoridade no Brasil.

3.1.2. A NOVA LEI 13.869/19 E SUA REGULAMENTAÇÃO

Conquanto já se tenha afirmado que a Lei 4.898/65 não alcançou a efetividade buscada, iniciou-se um movimento de atualização da legislação de abuso de autoridade, sendo necessário perquirir o contexto histórico-político dessa atualização.

As discussões legislativas que efetivamente culminaram com a promulgação da Lei 13.869/19 iniciaram em 2016[7] com a apresentação do projeto de Lei do Senado 280, de autoria do Senador Renan Calheiros, posteriormente prejudicado após a aprovação de Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 85 de 2017, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues. Esse último projeto foi o aprovado e convertido na Lei 13.869/19.

O contexto juspolítico em que iniciam as discussões legislativas para a atualização da Lei 4.898/65, a saber, o incremento de operações no âmbito da força-tarefa denominada Lava-jato alcançando, inclusive, membros do Congresso Nacional, sem dúvida impulsionou esse processo legislativo, o que se atesta pela rapidez na aprovação do projeto.

[7] Antes disso, em 2007, o então Senador Demóstenes Torres propôs o projeto de Lei do Senado 171/07, visando atualizar a Lei 4.898/65, sendo aprovado pelo Senado em 2009. Encaminhado à Câmara dos Deputados, não foi deliberado, sendo apensado ao Projeto de Lei 6.361 de 2009 e, posteriormente, ao projeto de 7.596 de 2017.

De outra banda, esse mesmo contexto juspolítico motivou críticas da doutrina à origem espúria da aprovação desse projeto (GRECO *et al*, 2020, p. 13), levando Renato Brasileiro de Lima a asseverar que

> Contaminado por centenas de casos de corrupção e sob constante alvo da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário na operação "Lava Jato", o Congresso Nacional deliberou pela aprovação 'a toque de caixa' do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção. Prova disso, alias, e não parece ser mera coincidência, é que a sessão conjunta do Congresso na qual foram derrubados 18 itens dos 33 vetados pelo Presidente da República ocorreu menos de uma semana depois que o Min. Roberto Barroso determinou o cumprimento de mandados de busca e apreensão no Congresso Nacional contra o então líder do governo, Senador F.B.C. (LIMA, 2020, p. 24)

Ainda que haja algum fundamento sobre a origem possivelmente espúria, egoísta ou vingativa da Lei 13.869/19, não é motivo para se questioná-la, não se podendo deslegitima-la em razão da intenção de um ou de uns Parlamentares. A lei é inegavelmente oportuna e necessária por força do *déficit* de respeito aos direitos e garantias fundamentais e pela ausência de cultura constitucional verificados no Brasil[8]. Embora haja equívocos na Lei 13.869/19, não há como negar a sua legitimidade para a proteção do cidadão.

A Lei 13.869/19, logo após a sua sanção e antes mesmo de entrar em vigor, foi objeto de sete Ações diretas de inconstitucionalidade por parte de partidos políticos, associações de classe de Delegados de Polícia, de membros de Ministérios Públicos, de Magistrados e de auditores fiscais[9].

Sem entrar no mérito de quaisquer dessas ADI's, esse dado revela algum sintoma de reação ou questionamento ao controle do poder da autoridade no Brasil, atestando um receio, que pode ser fundado ou não, de efetivação da lei de abuso de autoridade.

Abusos de autoridade são praticados em detrimento de direitos fundamentais do cidadão, de pessoas do povo, certamente em situação de vulnerabilidade perante o Estado e,

---

[8] Um exemplo perfeito da ausência de cultura constitucional no Brasil se dá com a Lei 10.792 de 2003, responsável por alterar o parágrafo único do artigo 186, do Código de Processo Penal para garantir o respeito ao direito ao silêncio e/ou vedar a sua interpretação em prejuízo do réu. Isso quando a própria Constituição, desde 1988, em seu artigo 5º, LXIII, já consagrava expressamente o direito ao silêncio do preso. Um triste exemplo da necessidade de se alterar uma lei ordinária para se concretizar uma garantia constitucionalmente prevista.

[9] ADI 6302, proposta pelo partido PODEMOS); ADI 6238, proposta pela CONAMP, ANPT e ANPR; ADI 6239, proposta pela AJUFE; ADI 6240, proposta pela ANFIP; ADI 6234, proposta pela ANAFISCO; ADI 6236, proposta pela AMB e ADI 6266, proposta pela ADPF.

como se afirmou, a lei é oportuna e necessária. Justificando a nova Lei 13.869/19, Maria Luiza Gorga adverte que

> *Percebe-se que, desde sempre, há claro conflito entre os direitos dos cidadãos e os arbítrios e excessos de agentes estatais, de tal modo a justificar a edição de norma que pune tais agentes em todos os âmbitos cabíveis, trazendo inclusive a seara criminal, em demonstração de que, em tais casos, sua gravidade é tal que suplanta o princípio da subsidiariedade que rege as normas penais* (2018, p. 134).

É preciso compreender que a vítima dos crimes de abuso de autoridade pode ser, definitivamente, qualquer pessoa, independentemente de estar mais ou menos sujeita a praticar crime e mesmo que pretenda estar totalmente à margem do direito penal. É fundamental, ainda, entender que os agentes públicos que incidirão nos tipos penais da lei de abuso de autoridade não são aqueles que atuam nos limites de suas atribuições/competências e nem aqueles que vierem a cometer qualquer deslize funcional.

A Lei 13.869/19 visa punir o agente que abusa do poder que lhe é atribuído pela função que exerce, que exorbita dolosamente da autoridade que lhe é conferida pela lei ou pratica ato contrariando frontalmente a lei de forma intencional. A nova lei não veio, portanto, punir o agente que age de forma regular ou que justifica a interpretação de uma norma de determinada maneira. Com efeito, a criminalização do abuso de autoridade consagra os direitos e garantias individuais do cidadão como bens jurídicos de elevada importância e reconhece a insuficiência de outros ramos do direito para a contenção desse tipo de conduta (ROSA *et ali*, 2020, p. 37).

A partir dessa compreensão sobre a Lei 13.869/19, é necessário analisar os seus crimes e os bens jurídicos tutelados, bem como os agentes públicos abarcados por ela para, ao final, constatar-se se ela constitui efetivamente um avanço da cidadania.

3.1.3. A LEI 13.869/19: TIPOLOGIA PENAL E OS SUJEITOS DO CRIME

Chamaremos a análise dos crimes e dos bens jurídicos tutelados pela Lei 13.869/19 de tipologia penal, entendendo-se essa análise como fundamental para observação a evolução em relação à Lei 4.898/65, que será feita em conjunto com a análise dos agentes públicos a serem abarcados pela nova lei.

Não há espaço nesse artigo para a exposição e análise de cada tipo penal, o que demandaria bem mais do um artigo específico, razão pela qual se optou por fazer a análise tipológica conforme se fará em seguida.

A Lei 13.869/19 prevê vinte e seis crimes em seu bojo, além de vários subtipos penais assemelhados, sendo definidos e divididos da seguinte forma: três crimes relativos ao direito de liberdade (artigos 9º, 10 e 12), quatro crimes relativos ao exercício do direito de defesa do imputado (artigos 18, 19, 20 e 32), cinco crimes relativos à andamento de investigação criminal (artigos 16, 23, 24, 29 e 31), três crimes relativos à dignidade da pessoa humana (artigos 21, 27 e 30) e dois crimes relativos à liberdade individual (artigos 13 e 33).

Além desses crimes, há outros crimes relativos à fruição de garantias fundamentais diversas, como o crime relativo à inviolabilidade do domicílio (artigo 22), à proteção da intimidade (artigo 28), à proteção do sigilo de comunicação e dados (artigo 41) e ao sigilo profissional (artigo 15), à proteção do patrimônio (artigo 36), à Presunção de inocência (artigo 38), à obtenção/uso de prova ilícita (artigo 25), ao direito à duração razoável do processo (artigo 37) e às Prerrogativas da advocacia (artigo 43).

Assim, a partir dos bens jurídicos tutelados pela Lei 13.869/19, verifica-se um claro incremento em relação à abrangência dos bens jurídicos tutelados, projetando a punição dos crimes de abuso de autoridade para condutas antes não criminalizadas, com destaque para os crimes contra o andamento da investigação, contra o direito de defesa e contra as prerrogativas da advocacia.

Questão de grande relevância e que tem causado ampla discussão na doutrina é sobre o elemento subjetivo do tipo nesses crimes. Segundo o artigo 1º, § 1º, da Lei 13.869/19, configurar-se-á o crime de abuso de autoridade quando as condutas forem 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*. Tratam-se dos chamados elementos subjetivos especiais do tipo que, além do dolo (direito ou eventual), são exigidos para a configuração dos crimes previstos na Lei 13.869/19 (TAVARES, 2020, p. 334).

Os elementos subjetivos do crime para *satisfação pessoal* e para a *beneficiar a si mesmo ou a terceiro* já são conhecidos no Direito penal brasileiro nos crimes de prevaricação (artigo 319)[10] e de fraude em certames de interesse público (art. 311-A)[11], respectivamente.

[10] **Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício**, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, **para satisfazer interesse ou sentimento pessoal**. (sem destaques no original).

Restam, assim, como novidade da Lei 13.869/19, a prática do crime para *prejudicar outrem* ou *por mero capricho*. Definiremos esses elementos conforme esses dois grupos.

O elemento subjetivo *satisfação pessoal* é compreendido como um interesse de qualquer natureza, não necessariamente econômica, enquanto o sentimento pessoal é definido por Guilherme Nucci como "a disposição afetiva do agente em relação a algum bem ou valor" (2014, p. 1294). Para Gustavo Badaró, satisfação pessoal "é aquela que gera contentamento no agente, por representar algo que se desejava ou esperava. Podem ser variadas as razões de satisfação pessoal: a teimosia ou obstinação, a veleidade, a maldade ou crueldade, o preconceito, o desejo de humilhar, etc". (2020, p. 25).

O problema não é a sua definição, e sim a sua comprovação. Definitivamente, tem sido difícil a tarefa de se comprovar além da dúvida razoável essa satisfação ou interesse pessoal no crime de prevaricação, tratando-se de um elemento puramente subjetivo, concordando-se com a assertiva feita por Renee do Ó Souza de se tratar de "expressão aberta que pode gerar manipulações e ambivalências significativas, dificuldade que desembocará no ônus da prova" (2020, p. 20).

Isso tem levado a própria jurisprudência a trancar ações penais ou a absolver os réus quando a denúncia não o descreva. No Supremo Tribunal Federal, v. STF - HC 81504-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 31.05.2002 e Ação Penal 447, Relator Ministro Carlos Britto, Pleno, DJ de 29/05/2009. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, v. HC 390.950–SP, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ de 24/05/2007.

Em relação ao elemento subjetivo *beneficiar a si mesmo ou a terceiro*, pode ser compreendido como qualquer benefício auferido pelo agente ou por um terceiro não partícipe ou coautor do crime, de natureza patrimonial ou não, havendo necessidade da demonstração desse benefício específico.

Há, ainda, dois outros elementos subjetivos previstos pela nova Lei 13.869/19, consistentes na prática do crime para *prejudicar outrem* ou *por mero capricho*. Em relação ao primeiro, é difícil imaginar a prática de um crime sem que seja para causar prejuízo a outrem, ainda que seja apenas em face do Estado nos crimes que não possuam vítima individualizada. Contudo, não se trata do prejuízo natural decorrente de um crime, mas de um prejuízo próprio visado pelo agente com a prática do crime em face de um indivíduo.

---

[11] **Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem**, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de concurso públicos e outros (artigo incluído pela Lei 12.550/11)

Um exemplo desse elemento subjetivo na própria lei de abuso de autoridade está no artigo 23, que prevê: "Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade". Nesse caso, portanto, já está previsto no próprio tipo penal o elemento subjetivo especial de *prejudicar outrem*, devendo-se apenas demonstrá-lo.

Por fim, a lei 13.869 prevê como elemento subjetivo do crime de abuso de autoridade, o *mero capricho*. Por mero capricho, entende Renato Brasileiro de Lima ser "a vontade repentina desprovida de qualquer justificativa, uma obstinação arbitrária" (2020, p. 31). Para Gustavo Badaró é aquele "sem justificativa, fruto de uma mudança súbita de pensamento, algo com uma motivação fora do comum, excêntrica ou extravagante". (2020, p. 25).

Praticar um crime por mero capricho significa praticar um crime por mera liberalidade, sem razão ou motivo aparente, apenas por praticar, sem propósito algum. Aquele que comete um crime pelo mal em si que o crime causa como, por exemplo, matar um animal por não gostar de animal, poluir um rio por não gostar da natureza, entrar numa rixa empolgado pelo momento, o cleptomaníaco que furta um objeto sem qualquer necessidade. Enfim, são crimes sem qualquer razão, praticados por mero capricho do agente.

Diferente dos demais elementos subjetivos, a demonstração da prática do crime por mero capricho não será tarefa das mais difíceis, por duas razões.

A primeira porque se tratam de crimes, em tese, praticados por magistrados, membros do Ministério Público, Delegados de Polícia, ou seja, bacharéis em direito, e por policiais em geral, que, embora não formados em direito, possuem algum conhecimento jurídico, mormente de direito penal, que lhes é ministrado nas academias de formação e aperfeiçoamento policial. Assim, sendo técnicos em direito ou possuindo conhecimento jurídico-penal, impensável praticar um crime de abuso de autoridade sem conhecer razoavelmente bem a lei.

A segunda porque o *mero capricho* será elemento subjetivo residual da Lei 13.869/19, *i.e.*, havendo a prática do crime e não se demonstrando ter sido cometido para se beneficiar ou a terceiro, não demonstrando ter sido praticado para prejudicar outrem ou para a satisfação pessoal do agente, restará, em tese, demonstrado ter cometido o crime por mero capricho, o qual não exige essa motivação explícita, como os três outros elementos subjetivos do tipo.

Por essas razões afirmamos que, ao contrário do que se possa pensar, o elemento subjetivo do *mero capricho* não dificultará a comprovação do crime, ao contrário, permitirá eventuais condenações na ausência dos demais elementos.

As penas previstas para os crimes aumentaram em relação à legislação antecessora, alternando-se as penas de um a quatro anos e de seis meses a dois anos para quase todos os crimes. As exceções se dão em dois crimes, o de violação a direito ou prerrogativa de advogado, com pena de três meses a um ano, e o crime de realizar interceptação das comunicações sem autorização judicial ou com quebra do sigilo previsto na Lei 9.296/96, que teve a sua pena aumentada para dois a quatro anos. Todos os crimes preveem multa.

Como efeitos da condenação, mantiveram-se na essência os mesmos em relação à Lei 4.898/65, verificando-se apenas distinções terminológicas entre os diplomas. Assim, têm-se os seguintes efeitos da condenação (não automáticos) na Lei 13.869/19: a indenização do dano causado pelo crime, a inabilitação para o exercício do cargo, mandato ou função por 1 a 5 anos e a perda do cargo, mandato ou função. (artigo 4º).

Em relação aos sujeitos do crime, *i.e.*, os agentes públicos a serem alcançados por ela, diferente da Lei 4.898/65, que se dirigia fundamentalmente a policiais e apenas em duas hipóteses a magistrados, a Lei 13.869/19 alargou expressamente esses sujeitos.

O artigo 2º, da Lei 13.869/19 prevê que o sujeito ativo do crime de abuso de autoridade pode ser qualquer agente público da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios. Ademais, reforçando essa disposição, incluiu, entre outros, servidores públicos e militares ou equiparados, membros do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, membros do Ministério Público e membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Nesse aspecto, têm-se possíveis de serem praticados por magistrado os crimes previstos nos artigos 9º, 10º, 15, 20, 28, 29, 36, 37 e 43. Possíveis de serem cometidos por membro de Ministério Público os crimes previstos nos artigos 30 e 43**.** A serem possivelmente praticados por autoridade policial, têm-se os crimes dos artigos 12, 15, 16, 18, 19, 23, 25, 27, 28, 29, 31, 32, 38, 41 e 43. Enfim, como possíveis de serem praticados por policiais em geral, têm-se os crimes descritos nos artigos 13, 16, 22, 24 e 25.

Por fim, vê-se que não havia preocupação social com os efeitos da Lei 4.898, como se verifica com a Lei 13.869, o que se constata até mesmo pela produção acadêmica de ambos os diplomas, com pouca doutrina dedicada àquela e com um verdadeiro “arsenal doutrinário” de

mais de uma dezena de obras dedicadas a ela em pouco mais de um ano de existência. Isso, entre os aspectos já expostos, atestam que esse diploma legal é oportuno e necessário.

CONCLUSÕES

O abuso de autoridade sempre foi punido no Brasil, desde 1830, não sendo uma novidade em termos de legislação penal, como a Lei 13.869/19 parecer fazer crer no imaginário social. Pela repercussão que esse novo diploma legal vem causando, constata-se que a Lei 4.898/65 era uma ilustre desconhecida não só do cidadão, mas, também, dos agentes públicos e dos operadores do direito.

O desconhecimento da existência de uma legislação de abuso de autoridade está ligado aos poucos casos de condenação por esses crimes, consoante facilmente se verifica na jurisprudência por meio da pesquisa no site de qualquer Tribunal brasileiro. Somado a isso, também se verificam poucos casos de condenação por crimes que exigem elementos subjetivos assemelhados, como o crime de prevaricação, em que é imprescindível para a configuração do crime ter sido ele praticado para satisfazer interesse pessoal.

A dificuldade de obtenção da prova desse elemento subjetivo do tipo tem sido um fator relevante para que se verifiquem poucas condenações por crime de prevaricação.

Em relação à lei 13.869, a exigência dos elementos subjetivos do tipo consistentes em praticar o crime para *beneficiar a si ou a outrem*, *prejudicar outrem* ou para *satisfação pessoal* tornariam a lei inócua e de pouca efetividade. Contudo, ao prever que basta a exigência do elemento *mero capricho* para a prática de crime, a partir da locução *ou*, reduzirá a dificuldade de obtenção de prova de elementos tão complexos e de difícil comprovação.

Nesse particular, concluímos que, cometida a conduta típica pelo agente público descrita na Lei 13.869, ainda que não demonstrado qualquer elemento subjetivo, restará evidenciado o mero capricho, *i.e.*, o crime sem justificativa ou sem razão, não se admitindo que alguém versado em direito pratique o ato sabendo de sua desconformidade legal.

De fato, especialmente pela amplitude dos seus tipos penais e pela indicação expressa dos sujeitos do crime, a Lei 13.869 possui todos os predicados para ganhar a almejada efetividade. Assim, é necessário que aproveitemos o momento de “explosão” midiática dessa nova lei para que a coletividade a conheça e exija a sua observância a fim de se obter uma vitória da cidadania, não de uma classe ou outra.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo. **Comentários à Lei de abuso de autoridade**. Coord. Gustavo Badaró e Juliano Breda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. 16ª ed. Rio de janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GORGA, Maria Luiza. **Os abusos e as violências do estado contra o indivíduo: conceituação, presente e futuro**. Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciência Criminais, nº 26, 2018.

GRECO, Rogerio; CUNHA, Rogerio Sanchez. **Abuso de autoridade**. 2ª ed. Juspodivm, 2020.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Revoluções burguesas: contribuições para a conquista da cidadania e dos direitos fundamentais**. Revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. v. 7, n. 12 (2016).

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova lei de abuso de autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4ª ed. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Edmundo. **Comentários ao Código Penal**. Parte geral. Rio de janeiro: Forense, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Alessandra Alvares Bueno da; BICALHO, Felipe José Dias; LEITE, Gisele Batista; RODRIGUES, Glaison Lima. **Lei de abuso de autoridade: uma análise sob a ótica de agentes públicos e advogados**. São Paulo: Tirant lo blach, 2020.

SANTOS, Juares Cirino dos**. *Direito penal: parte geral***. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen juris, 2007.

SOUZA, Renee do Ó. **Abuso de autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. **O direito em contradição: direitos humanos, atuação estatal e população em situação de rua**. Revista de Políticas Públicas, São Luís, v. 18, n. 2, p. 439-456, jul./dez. 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.