

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-436-5

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4.

Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo “TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA”, os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho “MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema “O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL”, o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada “O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE “JUSTIÇA” ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA”, estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioria penal para apresentar a ideia do “fetiche de Justiça”, motivador da defesa da redução da maioria penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação “MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO”, levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo “A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL”, jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRIÁDE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo “A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE
THE NEW LEGISLATIVE PERSPECTIVES ON AUTHORITY ABUSE

Anderson Luiz Brasil Silva
Thiago De Oliveira Rocha Siffermann

Resumo

O nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Certamente o Estado deve duvidar de si mesmo sob influxo histórico das mais severas violações de direitos do qual foi protagonista. Na sociedade brasileira urge afastar a cultura do "você sabe com quem está falando".

Palavras-chave: Estado, Direito penal, Abuso de autoridade

Abstract/Resumen/Résumé

The level of civility of a state is not only recognized by the great tools of income distribution, but also, especially of the instruments that it makes available to the citizen so that he can assert the statements of his rights. Certainly the State must doubt itself under the historical influence of the most severe violations of rights of which it was the protagonist. In Brazilian society it is imperative to move away from the culture of "you know who you are talking to."

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Criminal law, Abuse of authority

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo informar de modo panorâmico o atual estágio legislativo em torno da Lei de Abuso de Autoridade já que grande parte das discussões são alijadas de fundamentos técnicos que possam viabilizar uma análise global do fenômeno. Possivelmente, a ausência de técnica para avaliar a questão com maior fundamentação se deva por o tema ser muito recente e sem grandes detalhamentos comparativos entre as legislações (a vigente e os projetos) exigindo inúmeras remissões à diplomas distintos.

A finalidade, portanto, do trabalho é oferecer tais condições para o estudioso e isso por meio de uma metodologia descritivo comparativa. Tal finalidade requer o entendimento de que deverá ocorrer uma benéfica oxigenação da lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965) a partir do projeto de Lei 280/2016 e o seu substitutivo 85/2017 (Nova Lei de Abuso de Autoridade), aquele de autoria do senador Renan Calheiros, este, o substitutivo, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues.

Essa orientação benéfica terá como limitação de abordagem os fundamentos dos detratores (Associação dos Magistrados do Brasil e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) do projeto da lei de abuso de autoridade, extraíndo tais fundamentações do bojo de notas técnicas insertas no projeto de lei 280/2016 e ordenando-as para só então dialeticamente ofertar uma síntese capaz de demonstrar que o paradigma constitucional, proposto na Carta de 1988, contem um rol garantístico profundamente mais extenso do que as previsões da ainda vigente Lei de Abuso de Autoridade (1965). Enfim, para as exigências constitucionais cronologicamente ideadas em 1988 não se pode esperar que diploma normativo tão anterior lhe faça jus, consubstanciada, portanto, uma infraproteção e a fragilidade da fundamentação daquelas associações que persistem contrárias a tal lei.

O trabalho será organizado com a seguinte estrutura: fundamento teórico-político para a propositura do Projeto de Lei 280/16, aspectos comparativos entre a Lei 4.898/1965, o projeto de lei 280/2016, considerando o projeto original e sua última emenda datada de 22 de fevereiro de 2017¹ e o projeto de lei substitutivo 85/2017 encaminhado para a Câmara dos Deputados e recebido no dia 10 de maio de 2017 sob o número 7596/2017, segue-se ao sucesso ou fracasso das notas técnicas frente as críticas

¹ Realizada pelo Relator Roberto Requião.

ao projeto de lei 280/2016 e por fim a perspectiva em prol de uma nova legislação segundo garantismo de Ferrajoli.

1 FUNDAMENTOS TEÓRICO-POLÍTICO PARA A PROPOSITURA DO PROJETO DE LEI 280/16

Em termos gerais, o Projeto de Lei 280, datado de julho de 2016 e de autoria do Senador Renan Calheiros, apresenta-se ideologicamente como um recurso normativo de responsabilização política do agente público no exercício de função pública juridicamente relevante e surge em marco cronológico posterior a um projeto de lei que alcançou notoriedade nacional - dez medidas (PL 4850/2016) contra a corrupção propostas pelo Ministério Público Federal² - que por sua vez surgiu após iniciada fases de maior impacto da chamada Operação Lavajato³. O projeto tem em seu bojo a atualização normativa

² De acordo com a página oficial do Ministério Público Federal, as dez medidas contra a corrupção podem ser resumidas a:

“Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores Eficiência dos recursos no processo penal Celeridade nas ações de improbidade administrativa Reforma no sistema de prescrição penal Ajustes nas nulidades penais Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2 Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado Recuperação do lucro derivado do crime”

3 Segundo o Ministério Público Federal: “O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou.

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

A envergadura de tal operação é constatável, também, por ter mais de 40 fases onde na primeira tem-se a prisão do doleiro Alberto Youssef, na segunda fase foi preso, entre outros, Paulo Roberto Costa, ex diretor de abastecimento da Petrobrás nos anos de 2004 a 2012 e daí seguem outras tantas fases com a prisão de políticos bastante conhecidos no cenário nacional, e pessoas ligadas as respectivas administrações de partidos políticos, por exemplo, Nestor Cervero, ex diretor da Petrobrás, João Vaccari Neto, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, José Dirceu, Guido Mantega, Antônio Palocci, Sérgio Cabral, todos estes entre os anos de 2015 e 2016 períodos em que Ministério Público e Senado atuam em análise aos Projetos de lei 4850 de 2016 e 280 de 2016.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

As empreiteiras - Em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma

perante a Lei 4.898/1965, fazendo a inserção de trinta dispositivos penalógicos exclusivos a agentes públicos, isto é, servidores públicos ou não servidores públicos desde que em exercício de função pública. Tal proposta, conforme a justificção presente no Projeto de Lei 280/16, objetiva a mudança do paradigma liberal-individualista autoritário da atuação da Administração Pública nas relações entre si e entre particulares⁴, a partir do ato normativo, instaurando-se um marco civil mínimo de regulamentação e responsabilização

concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo (veja aqui documentos). Funcionários da Petrobras - As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades.

Operadores financeiros - Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.

Agentes políticos - Outra linha da investigação – correspondente à sua verticalização – começou em março de 2015, quando o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”). São pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Elas foram citadas em colaborações premiadas feitas na 1ª instância mediante delegação do Procurador-Geral. A primeira instância investigará os agentes políticos por improbidade, na área cível, e na área criminal aqueles sem prerrogativa de foro.

Essa repartição política revelou-se mais evidente em relação às seguintes diretorias: de Abastecimento, ocupada por Paulo Roberto Costa entre 2004 e 2012, de indicação do PP, com posterior apoio do PMDB; de Serviços, ocupada por Renato Duque entre 2003 e 2012, de indicação do PT; e Internacional, ocupada por Nestor Cerveró entre 2003 e 2008, de indicação do PMDB. Para o PGR, esses grupos políticos agiam em associação criminosa, de forma estável, com comunhão de esforços e unidade de desígnios para praticar diversos crimes, dentre os quais corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Fernando Baiano e João Vacari Neto atuavam no esquema criminoso como operadores financeiros, em nome de integrantes do PMDB e do PT”.

4 A defesa do Estado Democrático de Direito, através do aumento da repressão normativa pode, contudo, gerar um paradoxo. Sobre tal paradoxo, a partir da perspectiva dos sistemas criminais modernos, é perspicaz a lição de ZAFFARONI e PIERANGELI, para quem: “O mais importante a assinalar é que, no decorrer dos últimos anos, opera-se o abandono do modelo tecnocrático, vale dizer, estabelece-se o convencimento de que o mesmo nada mais é do que um instrumento de repressão, de cunho fascista, que esconde a sua verdadeira ideologia através de técnica, da ciência objetiva e asséptica”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 202, 2011.

cível, administrativa e penal dos agentes públicos no exercício de função pública relevante⁵.

Insta narrar a ordem em que os eventos legislativos e as pautas políticas foram se agremiando, de um lado a tramitação do projeto de lei e seus defensores e de outro o influxo técnico político de seus opositores a exigirem uma narrativa peculiar a minuciosa para atingir o objetivo informativo deste trabalho.

Como exigências jurídico-políticas, surgem em antagonismo ao projeto de lei as notas técnicas da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e do Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) que são respectivamente de 17 de agosto de 2016 (nota técnica da Associação dos Magistrados do Brasil) e de 28 de novembro de 2016, esta foi juntada ao projeto de lei em 15 dezembro de 2016 (nota técnica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público). Tais notas, posteriores ao projeto também convivem no mesmo espaço temporal em que ocorreram duas emendas ao projeto de lei, a primeira datada de 12 julho de 2016, ainda anterior às notas técnicas, portanto, deveria ter sido analisada por elas e a segunda datada de 22 de março de 2017.

O apego a esta cronologia nos remete a necessária atenção aos deslindes das discussões em torno do projeto e evita equívocos, como aquele que é percebido ao tempo das construções realizadas pela AMB e pela CONAMP, pois, fazem referência expressa aos artigos do projeto original ao tempo em que já existiam emendas, algumas, inclusive atendendo aos pleitos extraoficiais da magistratura e do Ministério Público. Sabido que entre a emenda inicial e a nota técnica da CONAMP passaram-se mais de dois meses e entre a emenda e a nota técnica da AMB passou período superior a trinta dias, conclui-se que não conseguiram acompanhar e sequer tiveram a atenção necessária em sua abordagem.

Mais a frente, outra emenda foi formulada, em 22 de março de 2017, com grande observância em relação às requisições de alteração dos setores, da magistratura, do ministério público, sociedade civil organizada, partidos políticos diversos e representações de vários setores do funcionalismo público.

Salta aos olhos o desconhecimento dos acontecimentos legislativos, a prejudicar o juízo sobre o projeto e por conseguintes as notas técnicas. Hoje, posterior a este

5 Apesar da advertência de STRECK (2016), para quem: “Triste é o país que se diz democrático em que seja necessária uma lei para proibir agentes públicos de constranger pessoas presas a exibir seu corpo à curiosidade pública (artigo 11 do projeto) ou ser fotografada ou filmada, como um troféu, para divulgação aos meios de comunicação (artigo 12)”.

imbróglio, a tramitação do projeto 280/2016 foi considerada prejudicada, pois segundo o seu relator o projeto de lei 85/2017 possui texto congênere e mais adequado e já que estava tramitando em conjunto, foi escolhido para persistir no caminho para renovação da legislação.

Este projeto de lei 85/2017 foi recebido pela Câmara dos Deputados no dia 10 de maio de 2017 e agora esta sob o número 7596 de 2017.

Ademais, é de mencionar ainda que a justificção do Projeto de Lei 280/16 funda-se sob a argumentação da atualização da representação de abuso de autoridade, tendo em vista a proteção do Estado Democrático de Direito, ao pluralismo e à dignidade da pessoa humana, a partir da cominação efetiva da sanção penal.

De outra mão, vale ressaltar que projeto de lei recebeu pareceres e propostas de alteração, tendo a Associação de Magistrados do Brasil enfatizado a mácula ao princípio da legalidade, observando-se, o que chamam de “vaguidade dos tipos penais”, especificamente àqueles contidos nos artigos 9º, 10, IV, 12, 13, 14, 15, 28, 30, 31, além de reconhecer a existência de normatividade suficiente no ordenamento jurídico brasileiro para a repressão dos trinta tipos penais contidos no Projeto de Lei 280/16, bem como a nocividade do estabelecimento de exceções à regra da Ação Penal Pública Incondicionada.

Ainda, a referida Associação entende pela inconstitucionalidade parcial do Projeto de Lei, a ser apreciada preventivamente pelo Presidente da Casa Legislativa, pela Comissão de Constituição e Justiça, pelo Plenário da Casa ou pelo Veto Presidencial Jurídico ou Político ou pelo Poder Judiciário via Mandado de Segurança por violação ao devido processo legislativo, uma vez constatada o confronto entre os dispositivos do Projeto de Lei e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a qual somente poderia ser alterada por Lei Complementar -e não por Lei Ordinária. Finalmente, a Associação entende ainda que a aprovação do Projeto de Lei criaria um ambiente de aumento de insegurança do funcionário público no exercício da atividade estatal, entendendo, desta forma, pela sua não aprovação, pela incompatibilidade formal e material com o ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido, a Associação dos Juizes Federais do Brasil manifestou-se em contrariedade ao Projeto de Lei 280/16, ao juntar petição online com 73.504 (setenta e três mil, quinhentos e quatro) de cidadãos do Brasil, também contrários à promulgação do Projeto de Lei 280/16. Encapando a nocividade desse projeto de lei, a CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), por meio do Ofício 183.

54/2016, recebido em 15 de dezembro de 2016 pela Senadora Ana Amélia, enumera argumentos como impeditivos a continuidade do projeto.

A punição de condutas sem atenção ao dolo do agente, o que implicaria em responsabilidade penal objetiva, tipos penais sem clareza ou demasiado amplos permitindo subjetivismo afrontoso à legalidade, existência de conceitos indefinidos, existentes nos arts. 9, 10, 15, 17, 18, 30 e 38, que também repercutem sobre a legalidade que impera em matéria penal no quesito taxatividade, a criminalização da atividade investigativa e judicial do MP, todas questões severamente apontadas pela CONAMP em relação ao projeto de lei, o que o tornaria inconstitucional.

No teor do Projeto de Lei 280/16, vale ressaltar que foi apresentada pelo delegado Paulo Sérgio Martins, a Moção NQ 384, ressaltando a “necessidade de atualização da lei de abuso de autoridade, uma vez que aquela que hoje vige foi promulgada antes da Constituição Cidadã de 1988, ficando de fora a proteção de muitos dos direitos e garantias fundamentais ali constantes”. Contudo, o agente público enfatiza que “a nova norma não pode, no entanto, intimidar autoridades no cumprimento de suas obrigações, obstruir o andamento de investigações e limitar métodos investigativos”, mencionando, especificamente, o artigo 22, ao dispor sobre cláusulas indeterminadas como “terceiros não incluídos no processo judicial” e “motivação política”, o que, segundo o autor da Moção, estaria “abrindo brechas para que corruptos e corruptores utilizem a lei para escaparem ilesos”. (BRASIL, 2016)⁶

Importa manejar as explicitações sobre o projeto sem qualquer apego às construções que reflitam um cenário político ideológico, ou seja, mesmo que analisando

6 Por decorrência lógica do princípio da legalidade, afirma BITENCOURT (2011), quanto à inadmissibilidade de expressões vagas, equívocas ou ambíguas, isto é, tipos penais vagos, conforme asseverado por ROXIN (2008): “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Volume 1: parte geral, 2011. ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Civitas, p. 169, 2008.

Diferente dos tipos penais vagos, os crimes vagos são caracterizados pela existência do sujeito passivo da norma penal sem personalidade jurídica, isto é, quando o crime é praticado contra a sociedade como um todo, como no exemplo contido no artigo 210 do Código Penal. Já as normas penais em branco são aquelas que dependem de normas secundárias como complemento normativo de normas primárias. Por sua vez, os tipos penais abertos são normas penais não inteiramente descritas no tipo penal, dependendo-se do complemento valorativo pelo Poder Judiciário, como nos preceitos indeterminados nos quais são complementados por juízo de valor realizado pelo magistrado, o que pode resultar, de certa feita, em decisionismo judicial.

cada projeto como um movimento ideológico (Dez medidas contra Corrupção x Nova lei de abuso de autoridade) ímpar que busque fazer frente ou antagonismo a determinada questão social (Combate a Corrupção, operação Lavajato) este não é o objeto do presente trabalho que propõe entender as sérias necessidades de uma legislação moderna, segundo os preceitos da carta constitucional albergando a compreensão de que é necessário acabar de vez com a cultura do “você sabe com quem esta falando?”.

É preciso acabar - de parte a parte - com a cultura do "você sabe com quem está falando?" Uma disciplina como a que consta do projeto não se assimila de uma hora para outra. Ao contrário. Veja-se: tão-só a sua premência já aponta para estágio ainda discreto de civilidade. É preciso mudar a cultura. Para tanto, nos primeiros passos, uma legislação de escopo pedagógico é imprescindível, ainda que - insista-se- a sua necessidade deponha menos a favor do grau de civilidade da sociedade do que se poderia desejar. (BRASIL, 2016)⁷

2 O PROJETO DE LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E ALGUNS DOS RISCOS SURTIDOS A PARTIR DE SUA IMPLEMENTAÇÃO SEGUNDO AS NOTAS TÉCNICAS DA AMB E DA CONAMP

Conferida as alterações, o elenco das críticas oriundas das notas técnicas serão expostas e contrapostas de modo objetivo segundo os seus fundamentos, sendo separadas nos termos das seguintes questões:

- a) crítica à potencial responsabilidade penal objetiva
- b) crítica à existência de inúmeros conceitos jurídicos vagos, ou tipos penais demasiado abertos.
- c) criminalização da atuação investigativa e judicial do Ministério Público, como também dos juízes por interpretarem as leis segundo o seu juízo.
- d) crítica à alteração das possibilidades da ação penal
- e) inconstitucionalidade do projeto de lei

Quanto às críticas direcionadas pela CONAMP, diz-se na nota técnica

O Direito Penal Brasileiro, não admite a responsabilidade penal objetiva, pressupondo para a responsabilidade criminal do agente que ele tenha, por ato de vontade, praticado a conduta considerado ilícita e, quando se tratar de crime doloso, com a finalidade de violar o bem jurídico ali protegido. É dizer para responsabilizar o agente por crime doloso, é preciso demonstrar que o mesmo quis, desejou, agiu com vontade demonstrada de praticar o ilícito.

⁷ Já em 2009 por iniciativa do Deputado Raul Jungmann surge ao discussão e projeto que trata sobre uma nova lei de abuso de autoridade e em sua justificacão apresenta tal texto.

Mas, em que ponto a lei dá a entender eventual possibilidade e responsabilidade penal objetiva? Aparentemente há mera retórica, pois, todos os tipos penais dessumem-se da compreensão de que a conduta deve ser realizada com consciência e vontade, pois esta é a ontologia por detrás da responsabilidade penal, cuja matriz finalista é intransponível.

Já referenciamos neste artigo que o primeiro dispositivo do projeto de lei 280/2017 apresenta detalhamento não existente na lei de abuso de autoridade vigente, inclusive quanto ao dolo de quem “abusa do poder que lhe foi conferido”⁸.

Isso sugere uma observação equívoca, ou despropositada, muito mais ligada a um ideal panfletário do que a uma austera crítica jurídica por parte daqueles representações de magistrados e membros ministeriais que se opõe. Tal equívoco poderia ter sido superado, também, com a utilização de um procedimento hermenêutico que lançasse mão de uma simples leitura da exposição de motivos do projeto, justificção. Diz-se na justificção do projeto de lei:

Assim, o projeto de lei ora apresentado define como crimes de abuso de autoridade diversas condutas que têm o condão de atingir, impedindo, embaraçando ou prejudicando o gozo dos direitos e garantias fundamentais.

Como sabido, se a conduta deve ter o “condão de atingir (...) impedindo, embaraçando ou prejudicando”, deve ser uma conduta orientada finalisticamente para impedir, embaraçar ou prejudicar. Não há segredo ou controvérsia e isso jaz, quando que posterior à nota técnica e sua rasa oposição ao projeto de lei, neste ponto, surge a PL 85/2017 cuja justificção possui clareza meridional.

Ocorre abuso de autoridade quando o agente público exerce o poder que lhe foi conferido com excesso de poder (o agente atua além de sua competência legal) ou com desvio de finalidade (atua com o objetivo distinto daquele para o qual foi conferido). É sempre ato doloso, portanto.

Um referencial comum às duas notas técnicas (AMB e CONAMP) é o fato de assinalarem que os tipos penais existentes no projeto de lei são vagos.

Diversos mandamentos da legística não foram atendidos. Os tipos penais, em sua maior parte, são vagos, no modo como a doutrina criminal os qualifica de

8 Art. 1º Esta lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por membro de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abusa do poder que lhe foi conferido.

tipos penais abertos. Essa carência de pormenorização dos dados objetivos torna a sua caracterização suscetível de manipulação e macula o princípio da legalidade (AMB, pág. 1)

Ora, se para a prática de crime de abuso de autoridade é indispensável que o autor tenha desejado exorbitar, é fundamental ainda que os tipos penais sejam claros e não admitam qualquer grau de subjetivismo. (CONAMP, pág. 3)

Essa eventual vagueza dos tipos penais do projeto de lei 280/2016 justifica-se? Em uma análise comparativa é impróprio se afirmar um déficit descritivo no projeto de lei frente a lei de abuso de autoridade e se se imaginar que o projeto com todos os seus excessos vocabulares e maior delineamento ainda deva ser apontado como viciado e inconstitucional, por que não requerido por essas representações a inconstitucionalidade da lei de abuso de autoridade anterior?

No texto ministerial temos o apontamento dos tais “conceitos indefinidos” que dariam ampla margem para arbítrio em demasia da autoridade judicante.

Conceitos indefinidos como “fora das hipóteses legais ou sem formalidades” e “inequivocamente presentes seus requisitos” (art. 9º), “imediatamente” (art. 10), “receio objetivamente fundado” (art. 15), “retardar injustificadamente” e “deixa de tomar as providências tendentes a saná-los” (art. 17), “impedir sem justa causa” (art. 18), “sem justa causa fundamentada” (art. 30), “sem justa causa” (art. 38), representam uma verdadeira algema à atuação do agente público porque a subjetividade de quem interpretará sua conduta definirá se agiu conforme a lei ou não.

Expressões como tais trazem insegurança jurídica à atuação do agente estatal, que o entregará à mercê de pressões indevidas e mesquinhas, sob constante ameaça de configuração de seu trabalho como se abuso de autoridade fosse por mera avaliação subjetiva (...)

Da maneira como apresentado, o PLS 280 é terreno fértil a ingerências indevidas e consagrará a impunidade, por, com tal subjetivismo, imobilizar a atuação dos agentes do estado.

Reitera a Associação dos Magistrados do Brasil que

O art. 9 do PLS padece de incontornável inconstitucionalidade. Não apenas por mostrar-se com vagueza excessiva, mas, sobretudo, por não demarcar com exatidão a situação a que se direciona. Veja-se que ao prever como crime o fato de ordenar a prisão fora de suas hipóteses legais”, tanto se poderá pretender incriminar o magistrado, que, após a decretação de uma prisão preventiva, vê essa sua decisão alterada por algum Tribunal, como, também, o policial que realize uma prisão em flagrante eventualmente não homologada pela autoridade judicial.

Aqui não poderá haver tratativas sobre algumas questões dogmáticas como a diferença entre tipos penais abertos e tipos penais vagos, mas vale acentuar que ao longo de todo o Código Penal, essas mesmas expressões são recorrentes e até o momento o tipo penal na qual ocorrem não sofreu oposição em matéria de constitucionalidade.

Temos por exemplo o tipo penal do art. 150 §2º do Código Penal, no qual “Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, **fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei**, ou com abuso do poder.”

Igualmente o art. 350 do Código Penal intitulado como exercício arbitrário ou abuso de poder onde “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, **sem as formalidades legais ou com abuso de poder**”. apresenta redação muito aquém dos tipos descritos no projeto de lei de abuso de autoridade.

No caso do termo “injustificadamente” podemos perceber a sua aparição no tipo penal do art. 244 do Código Penal no parágrafo único, o que até então não ensejou qualquer apreço sobre a sua constitucionalidade.

Possivelmente a expressão “sem justa causa” é uma das mais recorrentes no texto da lei penal, aparecendo nos crimes de divulgação de segredo, art. 153, violação de segredo profissional, art. 154, abandono material, art. 244, abandono intelectual, art. 246 e induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, art. 248

Enfim, todas essas expressões são normalmente ocorrentes nas leis penais em vigor e muitas vezes serão compatíveis de serem assimiladas pelo tipo penal sob a compreensão de que o legislador não pode simplesmente fazer tipos penais estáticos e que se curvam a uma mera interpretação literal sobre pena de engessar o juízo em sua interpretação do fenômeno concreto criando imputações de responsabilidades quando na verdade inexistentes, ou deixando de lado a responsabilidade quando há.

Imagine-se como juiz diante de um caso de alta complexidade, oras, por óbvio em casos tais os juízos são múltiplos, mas, há questões muito objetivas que não podem ser omitidas sob o influxo de que ao juiz cabe avaliá-las. Por exemplo, ao juiz do processo é apresentado documento que demonstre que a pessoa presa tem o mesmo nome daquela constante do mandado de prisão, mas que a mãe é diversa, ou seja, um caso de homônimos. O juiz ciente disso simplesmente nega e com isso a defesa impetra o Habeas Corpus. Seria nesta hipótese o arbítrio do juiz imune a responsabilidade? O tipo penal deveria tratar especificamente desta situação colocando-a *ipsi literis* na lei? E quanto ao juiz determinar conversão de flagrante em preventiva colocando na sentença que reconhece por “fontes” (não constante dos autos) que trata-se de sujeito de alta periculosidade? Temos constituição, leis, súmulas e doutrinas majoritárias que vedam a ingerência do juízo em questões que sequer são pontuadas nos autos. Como fazer neste

caso? Uma cláusula implícita de irresponsabilidade porque qualquer realidade estaria sujeita ao subjetivismo do juiz?

Não há razão para o temor exacerbado ante o fortalecimento dos meios de controle das autoridades dentro de um estado democrático. Aliás, tais questões serão objeto do devido processo legal com respeito, também ao servidor juiz, ao servidor promotor, procurador, que tem acesso ao foro por prerrogativa de função de modo que caso ocorra possibilidades hermenêuticas, isso também será avaliado pelo juízo em relação ao suposto abusador da autoridade.

O art. 10, IV é apontado pela AMB como possuidor de “nenhum sentido normativo que possa lhe conferir idoneidade”, pois na redação original do dispositivo preconizava a responsabilidade de quem deixar de executar, **no próprio dia** em que expedido o respectivo alvará ou esgotado o prazo judicial ou legal, a soltura do preso.

À época podemos dizer que essa orientação realmente mereceria cuidados, pois, como afirma a AMB “na hipótese em que o preso a favor do qual se expediu o alvará à 08 hs da manhã, acaso permaneça preso até as 23 hs, nada aconteça. Já no caso em que o alvará foi expedido às 23 hs, e o preso apenas é liberado três horas depois, falar-se-ia em crime”.

Mesmo assim, soltar alguém cujo alvará já exista e exigir a soltura no mesmo dia, exprime o necessário zelo diante da magnitude do direito constitucional que busca-se resguardar.

Tal questão foi superada por meio do substitutivo que não mais apresenta a expressão “no mesmo dia”.

Em destaque neste o embate é a crítica a natureza da ação penal. O Projeto de Lei 280/16, em seu corpo normativo, prevê em seu artigo 3º o exercício da Ação Penal Condicionada a Representação ou a Requerimento do Ministro da Justiça, sendo possível, irretratável (§3º) o direito de representação devendo tal direito ser exercido em prazo Decadencial (§4º) de 6 meses da data que souber quem é o autor do crime. O artigo prevê ainda, caso não intentada Ação Pública Condicionada ou a Requerimento, a Ação Privada Subsidiária pelo particular no prazo de 15 dias corridos (§5º), a contar do recebimento do inquérito, observado o prazo decadencial de seis meses (§6º) para Ação Privada Subsidiária. Ainda, é possível observar no Projeto de Lei a menção à hipóteses de Ação Penal Incondicionada (§7º), no caso de pluralidade de vítimas ou risco à vida. O artigo 4º, por sua vez, prevê a obrigação de indenizar e/ou a perda de cargo ou função pública - condicionada à reincidência e independente da pena aplicada- como efeitos da

condenação do crime de abuso de autoridade, além da previsão das penas restritivas de direitos contidas no artigo 5º -prestação de serviços à comunidade, suspensão do exercício das atividades por prazo de 1 a 6 meses, proibição do exercício de atividade policial ou militar por 1 a 3 anos no município da culpa. No artigo 7º, por sua vez, é de se observar a relativa independência entre as matérias de julgamento, em que pese não poder-se mais questionar a existência de fato já decidido em juízo criminal, apesar da influência da coisa julgada penal em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, fazendo-se coisa julgada cível.

A partir da comparação dos tipos penalógicos contidos no Código Penal relativos aos crimes contra a Administração Pública praticados por funcionário público contra a Administração em geral e dos tipos penais contidos no Projeto de Lei 280/16, pode-se observar que, em muitos dos tipos penais contido neste último poderiam ser inseridos abstratamente no crime de prevaricação própria, contido no artigo 319 caput do Código Penal, tendo em vista a ocorrência de ignorância do cumprimento pelo funcionário público de seu dever funcional, buscando-se fazer prevalecer seus interesses individuais frente ao interesse coletivo.

Contudo, a partir da lição de DOS SANTOS (2008), é de se observar que os tipos penais, como condição própria do Estado Democrático de Direito, devem obedecer ao princípio de legalidade, concretizado a partir da: proibição da retroatividade da lei penal, proibição de analogia da lei penal in malam partem, proibição do costume como fonte da lei penal, proibição de indeterminação da lei penal. No caso específico, trata-se do princípio da legalidade em sua dimensão de proibição de indeterminação de lei penal, uma vez que, segundo DOS SANTOS (2008): “leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão do princípio da

culpabilidade”⁹. Assim, para a configuração dos tipos penais especificados, devem estar presentes fato antijurídico, típico e culpável¹⁰.

Desta forma, faz-se mister especificação dos tipos penais, resultantes da atualização normativa da Lei 4.898/65 pelo Projeto de Lei 280/16, de forma a minimizar a discricionariedade judicial no enquadramento das condutas criminosas aos tipos penais previstos, exigência fundamental de qualquer sistema jurídico ocidental fundado no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que pese o movimento garantista em busca de um Direito Penal mínimo, conforme será abordado posteriormente.

Uma questão de merecidíssimo destaque, cabendo aqui o superlativo é a tese de inconstitucionalidade parcial, capitaneada pela Associação de Magistrados do Brasil que afirma que

Nos casos especificamente alusivos a magistrados, há confronto de variados dispositivos do PLS com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a qual, ostentando a condição de Lei Complementar, obviamente sequer é passível de alteração por Lei Ordinária, como é o caso do PLS. A tal que por asserção bastaria citar o art. 41 da LC 35/79, que, expressamente, assenta que: “Salvo nos casos de impropriedade ou de excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.”

9 Continua SANTOS (2006): “o princípio da legalidade pressupõe um mínimo de determinação das proibições ou comandos da lei penal – em geral, conhecido como princípio da taxatividade, mas indissociável do princípio da legalidade, como, exigência de certeza-, cuja ausência inviabiliza o conhecimento das proibições e rompe a constitucionalidade da lei penal, regida pela fórmula *lex certa*”. DOS SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Lumen Juris, p. 23, 2008. No mesmo sentido, é a lição de ROXIN (2008), para quem “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”. ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Civitas, p. 169, 2008.

Na mesma esteira, apoiado em Luigi Ferrajoli e Luiz Regis Prado, a partir da análise da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, é a lição de DOTTI (2013), para quem “assente a limitação imposta ao poder punitivo estatal pela concepção garantista de Direito Penal, corroborada por alguns princípios fundamentais, como a legalidade penal e taxatividade das normas penais, a necessidade e humanidade das penas, a proporcionalidade, equidade e certeza das penas, da lesividade, da culpabilidade, etc. Evidentemente, o garantismo penal é uma reivindicação do Estado Democrático de Direito e que não se dirige apenas ao legislador. Dever haver sujeição do juiz à Constituição, em seu papel de garante dos direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos. Na certa opinião de Ferrajoli, nessa obediência à lei fundamental “está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría”. DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Revista dos Tribunais, p. 143, 2013.

10 Um dos elementos fundamentais para a incidência da norma penal é a concretização do princípio da taxatividade, o que, para DOTTI (2013): “A doutrina esclarece que enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica outra: a da necessidade da prévia lei ser escrita”. DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Revista dos Tribunais, p. 143, 2013.

Alega a Associação dos Magistrados do Brasil a inconstitucionalidade parcial do Projeto de Lei¹¹, e sobre isso basta notar que há total omissão em relação ao objeto da lei de abuso de autoridade, que é a autoridade e não o magistrado. As diretrizes da Lei Orgânica da Magistratura estão definidas pelo art. 93 da Constituição Federal que diz que a” lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura...”. Não há nesse dispositivo qualquer tratativa sobre matéria penal que esta reservada a competência privativa da União nos termos do art. 22 da Constituição Federal.

Certamente, o projeto que trata da responsabilidade penal de autoridades, não tem em seus tipos penais óbice ou conflito apto a determinar inconstitucionalidade se o paradigma de confronto é uma lei complementar sobre a qual não incide conteúdo de responsabilidade penal. O projeto não está apegado a figura do magistrado, mas sim a este enquanto autoridade que poderá abusar do mister que lhe foi conferido.

Se o magistrado “não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”, certamente deverá interpretar esse comando da LOMAN , art. 41, restritivamente, se que decisões com finalidade de prejudicar, abusando de seu poder, são o alvo do projeto de lei.

3 A NECESSIDADE DE UMA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE SEGUNDO A TESE GARANTISTA DE FERRAJOLI

Apesar dos argumentos contrários ao Projeto de Lei 280/16, é de se observar que a expansão da legislação penal é fenômeno perigoso, incidindo o aumento das hipóteses de responsabilização criminal, pode inserir-se em contraposição aos modelos normativos doutrinário contemporâneos de Direito Penal Mínimo, tal como proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni e Luigi Ferrajoli. Desta forma, com intuito de se evitar equívocos, é se recorrer à obra de Luigi Ferrajoli, enquanto obra-referência da teoria geral do garantismo penal.

11 Tal tese vai de encontro com o entendimento de PELUSO (2016), para quem: “Para além de críticas a outros aspectos, esse do projeto fere de morte a independência do Poder Judiciário e vai de encontro ao art. 41 da Loman (Lei Complementar 35/1979), que expressamente prescreve que, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, nenhum magistrado pode ser punido ou prejudicado pelo teor das decisões que proferir”. PELUSO, Vinicius de Toledo Pisa. PL do Senado sobre abuso de autoridade cria crime de hermenêutica.

Em *Diritto e Ragione*, Ferrajoli propõe-se a discutir os elementos e limites ético-filosóficos da punição, a partir das perguntas a) “por que existe a pena/por que se pune?” e b) “por que deve existir a pena/por que se deve punir?”. A primeira pergunta se subdivide em: a) por que existe o fenômeno da pena? e b) por que existe o dever jurídico da pena?. Como meio de validação dos pressupostos teóricos analisados em sua teoria garantista epistemológica, Ferrajoli vale-se da “Lei de Hume”, “segundo a qual não podem ser extraídas conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas” (p. 300).

O autor classifica as teorias ideológicas em naturalistas/realistas (derivação do dever ser do ser) e normativistas/idealistas (derivação do ser do dever ser), uma vez que ambas confundem ser e dever ser, bem como classifica as doutrinas de justificação, inserida como aquelas atinentes aos objetivos justificantes (voltados para critérios de justificação, de validade ético-político) e as justificações (ou não justificações), como a correspondência entre a finalidade assumida e as funções conhecidas, tendo este por objeto o próprio direito penal e as penas, pois devem satisfazer ou não os objetivos previamente assumidos com base nas funções justificadoras adotadas.

A ideologia normativista forma-se quando sua teorização decorre de uma justificação apriorística, ao passo que a ideologia naturalista, realiza-se a partir da insatisfação quanto aos objetivos acreditados (ressocialização, prevenção). Ferrajoli fala nas condições metaéticas de justificação, os quais seriam a avaliação do objetivo penal justificado e dos meios penais a serem justificados, a partir do reconhecimento do meio jurídico como um mal (custo social do direito penal), dado pela aceitação do postulado juspositivista da separação do direito da moral.

O segundo requisito refere-se à relação homogênea entre meios e fins penais, devendo o meio ser adequado ao fim, “de tal modo que os objetivos justificadores do direito penal sejam empiricamente realizáveis com as penas e não realizáveis sem estas” (p. 304), além de replicar adequadamente a objeção moral kantiana, segundo a qual cada pessoa constitui-se como um fim em si mesma.

Um modelo justificacional, segundo os requisitos de validade, para Ferrajoli, deve conter justificações relativas, condicionadas, a posteriori, parciais e contingentes, sob pena de incorrer em um modelo justificação deficitário.

No parágrafo 24, Ferrajoli propõe seu modelo garantista de direito penal, a partir de um modelo de direito penal mínimo, com objetivos de prevenção de delito e prevenção

de penas informais, isto é da prevenção geral de penas arbitrárias ou desmedidas, de forma a alcançar o máximo bem-estar possível dos não desviantes e mínimo mal-estar necessário dos desviantes (princípio iluminista da “pena mínima necessária”). Defende Ferrajoli a tese de descontinuidade originária do direito penal com o modelo anterior, baseado na vingança, dissociando-se o modelo de justiça privada, a partir de uma relação trilateral, dada por uma posição imparcial de uma autoridade judiciária. Ferrajoli justifica as penas como um meio necessário para o impedimento do exercício das próprias razões, isto é, da minimização da violência na sociedade, protegendo o lado mais fraco do arbítrio do lado mais forte.

É nessa concepção de proteção do lado mais fraco que pode-se concretar o ideal constitucional do projeto de lei de abuso de autoridade que inclusive apresenta sanções brandas, pois na maior parte dos tipos penais o preceito secundário se resume a pena de detenção que anuncia a impossibilidade de pena privativa de liberdade em regime inicial de cumprimento fechado, ocorrendo a possibilidade desse regime apenas nos tipos penais dos arts. 10 (existente como art. 26 do projeto de lei 85/2017) e 30¹² do projeto de lei 280 considerando a sua emenda.

Ferrajoli insere o fundamento do direito penal moderno como “necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela de dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições”.

Em outras palavras, o direito de punir do mais forte encontra-se limitado pela lei e objetiva a tutela do direito de todos –inclusive do acusado, encontrando a pena seu fundamento de validade enquanto “mal menor”, tendo em vista ser um dos objetivos do direito penal minimizar as lesões (lesividade), beneficiando o acusado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.

Define Ferrajoli seu modelo de garantismo na página 312, da seguinte forma: “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos, mediante regras do jogo igual para

¹² Este tipo penal não mais existe no projeto enviado a Câmara dos Deputados, cujo número original era o 85/2017 .

todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio de respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela maioria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e o próprio princípio majoritário.” (p. 312)

Finalmente, por esses fundamentos, pela especial condição das autoridades em geral frente aos que se submetem a elas, ou frente aos submetidos, pela necessária satisfação das garantias fundamentais com elementos que coíbam os excessos do estado, por meio de seus agentes, outrossim garanta a proteção do cidadão em sua plena condição de destinatário dessas garantias e pela mera constatação de que em 1965 não tínhamos sequer a percepção dos casos concretos que hoje nos aflige é que precisa-se com urgência de uma nova legislação.

CONCLUSÃO

Portanto, a partir das premissas expostas, pode-se sintetizar argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Projeto de Lei 280/16 perante à redução do decisionismo judicial e sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro no estado da arte atual.

Da comparação das hipóteses sancionatórias da Lei 4.898/1965 e do Projeto Lei 280/16, pode-se observar a expansão do rol de hipóteses de responsabilização criminal do agente público no exercício de função pública, bem como do aumento do rigor da punibilidade, em vistas a, como observado inicialmente, objetivar a mudança de cultura paradigmática autoritária que rege a Administração Pública, objetivando-se estabelecer hipóteses concretas de efetiva responsabilidade criminal do agente público em desvio de finalidade intencional da atividade de interesse coletivo.

Faz-se mister a especificação dos tipos penais, resultantes da atualização normativa da Lei 4.898/65 pelo Projeto de Lei 280/16, de forma a minimizar a discricionariedade judicial no enquadramento das condutas criminosas aos tipos penais previstos, exigência fundamental de qualquer sistema jurídico ocidental fundado no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que pese o movimento garantista em busca de um Direito Penal mínimo e a ausência de especificidade necessária aos tipos penais contidos no Projeto de Lei 280/16, sob pena de incorrer em tipo penal em branco, a ser preenchida arbitrariamente pelo Poder Judiciário.

A responsabilidade civil e administrativa contida no Projeto de Lei 280/16, deverá fundar-se na verificação da ocorrência ou não de fato jurídico relevante praticado por agente público, em liame subjetivo de causalidade entre o fato ocorrido e o dano juridicamente relevante, independente de nexos de imputação para fins de configuração de *an debeatur*, observando-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, na forma do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Brasileira de 1988.

Ainda, é de se observar a inadequação das normas penais dependentes de preenchimento de conteúdo valorativo contidas no Projeto de Lei 280/16, ao modelo normativo proposto por Luigi Ferrajoli de “tripé do direito penal mínimo” dado pela máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva. (p. 319), afirmando ser a pena um bom elemento de metragem do grau civilizatório, baseando para tal afirmação na doutrina de Montesquieu e Beccaria, justificando seu sistema garantista pela oferta de uma doutrina axiológica de justificação e de deslegitimação dos concretos sistemas penais. Tais normas deverão observar os princípios da taxatividade e da legalidade, sob pena de invalidade quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e das próprias regras de jogo, diante da vigência e validade do paradigma proposto pela Constituição Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Volume 1: parte geral, 2011.

BRASIL. Dez medidas contra a corrupção - Ministério Público Federal. Conheça as medidas. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

_____. Lavajato - Ministério Público Federal. Entenda o Caso. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

DOS SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Lumen Juris, p. 23, 2008

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Revista dos Tribunais, p. 143, 2013.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, in: DI

FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 291-302.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. Disponível em: <http://notasdeaula.org/apoio/9/responsabilidade_civil/responsabilidade_civil_texto3.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

LUIGI, Ferrajoli. Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale. Ed. Laterza, Bari, 1989.

PELUSO, Vinicius de Toledo Pisa. PL do Senado sobre abuso de autoridade cria crime de hermenêutica. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-24/vinicius-peluso-pl-abuso-autoridade-resulta-inseguranca/>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Civitas, p. 169, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Abusos, não cidadania e WhatsApp: a divina comédia no Brasil. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/senso-incomum-abusos-nao-cidadania-whatsapp-divina-comedia-brasil/>>. Acesso em: 18 de maio de 2017.