

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL**  
**Faculdade de Direito de Alagoas – FDA**

**YVANA MARIA MARIANO DA SILVA**

**ABUSO DE AUTORIDADE:**

**Uma análise da (in) constitucionalidade dos tipos penais da Lei nº 13.869/19 relativos aos magistrados**

**Maceió/AL.**

**Janeiro/2020.**

YVANA MARIA MARIANO DA SILVA

**ABUSO DE AUTORIDADE:**

**Uma análise da (in) constitucionalidade dos tipos penais da Lei nº 13.869/19 relativos aos magistrados**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

---

Assinatura do orientador

Maceió/AL.

Janeiro/2020.

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586a Silva, Yvana Maria Mariano da.  
Abuso de autoridade : uma análise da (in)constitucionalidade dos tipos penais da Lei nº. 13.869/19 relativos aos magistrados / Yvana Maria Mariano da Silva. – 2020.  
62 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.  
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2020.

Bibliografia: f. 59-62.

1. Brasil. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. 2. Abuso de autoridade. 3. Princípios constitucionais penais. 4. Estado - Caráter punitivo - Limite constitucional. 5. Juiz de direito. I. Título.

CDU: 343.353:342.565.5



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DO TCC

Orientador: PROF. DR. ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

Discente: YVANA MARIA MARIANO DA SILVA

Nº de matrícula: 15110752

Título do trabalho:

ABUSO DE AUTORIDADE: Uma análise da (in) constitucionalidade dos tipos penais da Lei nº 13.869/19 relativos aos magistrados.

| ESPECIFICAÇÃO |  | FAIXA DE PONTUAÇÃO | NOTAS<br>1AV / 2AV |    | MÉDIA |
|---------------|--|--------------------|--------------------|----|-------|
| A             | RELEVÂNCIA DO TEMA (análise da importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmica – articulação correta entre a teoria e a realidade estudada).   | 0,0 a 2,0          | 20                 | 20 |       |
| B             | QUALIDADE DA ABORDAGEM (Fundamentação teórica consistente, bem definida e corretamente desenvolvida; fundamentação legal, equilíbrio e inter-relação entre as partes. Nível de aprofundamento e argumentação. Alcance dos objetivos propostos).                  | 0,0 a 4,0          | 40                 | 40 |       |
| C             | QUALIDADE DO TEXTO (análise da redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão).  | 0,0 a 2,0          | 20                 | 20 |       |
| D             | QUALIDADE DA PESQUISA (análise do método empregado, seguindo os padrões e as normas técnicas para trabalhos científicos, conforme ABNT mais recente e, especialmente, verificação das fontes/referências: se foram pertinentes, satisfatórias e/ou suficientes). | 0,0 a 2,0          | 20                 | 20 |       |
| NOTA FINAL    |  |                    |                    |    | 100   |

Observação e/ou Recomendação:

---



---



---



---



---

Maceió-AL, 18 de fevereiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

1º Avaliador (1AV) Professor Dr. Wilson Roberto Matricula \_\_\_\_\_

2º Avaliador (2AV) Me. Sandro Thiago Marques Matricula \_\_\_\_\_

(Assinatura legível com carimbo, se professor)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pela força e segurança do seu amor, especialmente por mais esta etapa que estou concluindo.

Agradeço à minha família, que me incentivou a todo momento e não permitiu que eu desistisse.

Agradeço aos meus amigos, pela força e compreensão.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Dr. Alberto Jorge, pela competência profissional e por inspirar meu caminho no Direito.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os novos tipos penais previstos na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, notadamente os direcionados aos juízes de direito, à luz dos princípios constitucionais penais. Para tanto, apresenta um estudo sobre as limitações ao poder estatal de punir e os princípios constitucionais penais que atuam orientando a interpretação das normas infraconstitucionais. Além disso, buscou-se analisar as principais modificações na legislação penal decorrentes da entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) e da revogação da Lei nº 4.898, de dezembro de 1965. A partir disso, foi realizada uma análise de todos os crimes que estão previstos na Lei nº 13.869/19 e podem ser praticados pelos magistrados, analisando a sua constitucionalidade segundo os princípios limitadores do poder estatal, observando o grau de determinação e a taxatividade, assim como eventuais problemáticas decorrentes da possibilidade de aplicação das sanções neles previstos.

**Palavras-chave:** Lei nº 13.869/19. Abuso de autoridade. Princípios constitucionais penais. Limites ao poder de punir do Estado. Novos tipos penais. Juízes de direito.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the new types of penalties provided in Act No 13.869, of September 5, 2019, notably those addressed to judges of law, considering the constitutional principles of criminal law. To this end, it presents a study on the limitations of the state power of punishment and the constitutional penal principles that act to guide the interpretation of infraconstitutional rules. In addition, an attempt was made to analyze the main changes in penal legislation resulting from the new Act on Abuse of Authority (Act No) 13.869/2019) and the repeal of Act No 4.898, of December 1965. Based on that, an analysis of all crimes that are provided in Act No.13.869/19 and can be practiced by magistrates was carried out, analyzing their constitutionality according to the limiting principles of state power, observing the degree of determination and taxativeness, as well as possible problems arising from the possibility of applying the sanctions provided for therein.

**Keywords:** Act n° 13.869/19. Abuse of authority. Criminal constitutional principles. Limits to the State's power to punish. New criminal types. Judges of law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

|       |  |
|-------|--|
| CF    | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988                                 |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988                                 |
| CP    | Código Penal   |
| CPP   | Código de Processo Penal   |
| LOMAN | Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) |
| PL    | Projeto de Lei   |

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 09 |
| <b>1 LIMITES AO PODER ESTATAL</b> .....  | 12 |
| 1.1 PRINCÍPIOS COMO LIMITES À LEGISLAÇÃO PENAL .....   | 14 |
| 1.1.1 Princípio da intervenção mínima .....  | 14 |
| 1.1.2 Princípio da ofensividade .....  | 16 |
| 1.1.3 Princípio da legalidade penal .....  | 17 |
| <b>2 O ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL</b> .....   | 20 |
| 2.1 A LEI ANTERIOR .....   | 20 |
| 2.2 A NOVA ORDEM JURÍDICA .....  | 23 |
| 2.2.1 Do dolo específico .....   | 26 |
| 2.2.2 Da vedação ao crime de hermenêutica .....  | 28 |
| <b>3 DOS CRIMES QUE PODEM SER PRATICADOS POR MAGISTRADOS</b> .....                             | 30 |
| 3.1 PRISÃO ILEGAL (ART. 9º) .....  | 30 |
| 3.2 CONDUÇÃO COERCITIVA (ART.10) .....   | 33 |
| 3.3 PROLONGAMENTO ILEGAL DE PRISÃO (ART. 12, IV) .....   | 35 |
| 3.4 CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO PRESO (ART. 13) .....  | 36 |
| 3.5 CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DEPOIMENTO INDEVIDO E AO INTERROGANDO (ART.15) .....             | 37 |
| 3.6 OMISSÃO DE IDENTIFICAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO FALSA (ART.16) .....                              | 39 |
| 3.7 SUBMISSÃO ILEGAL A INTERROGATÓRIO NOTURNO (ART. 18) .....                                  | 40 |
| 3.8 OMISSÃO JUDICIAL DE PROVIDÊNCIAS QUANTO AO PLEITO DE PRESO (ART.19, PARÁGRAFO ÚNICO) ..... | 41 |
| 3.9 IMPEDIMENTO DE ENTREVISTA DO PRESO COM ADVOGADO (ART. 20) .....                            | 42 |
| 3.10 PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA (ART. 25) .....                                    | 44 |
| 3.11 REQUISIÇÃO E INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO PRÉVIO SEM PROVAS                                |    |

|   |    |
|---|----|
| (ART. 27).....  | 45 |
| 3.12 DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE GRAVAÇÃO (ART.28).....  | 46 |
| 3.13 FALSIDADE DE INFORMAÇÃO SOBRE PROCEDIMENTO JUDICIAL, POLICIAL, FISCAL OU ADMINISTRATIVO (ART. 29).....           | 47 |
| 3.14 PERSECUÇÃO SEM JUSTA CAUSA (ART.30).....   | 48 |
| 3.15 IMPEDIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE INSTRUÇÃO PRELIMINAR (ART. 32).....   | 49 |
| 3.16 DECRETAÇÃO INDEVIDA DE INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS E OMISSÃO DE CORREÇÃO (ART. 36) .....             | 50 |
| 3.17 DEMORA INJUSTIFICADA DE VISTA EM ÓRGÃO COLEGIADO (ART. 37) .....   | 51 |
| 3.18 INTERCEPTAÇÃO ILEGAL DE COMUNICAÇÕES (ART. 41 – INTROD. ART 10 DA LEI Nº 9296, DE 24 DE JULHO DE 1996).....      | 52 |
| 3.19 VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA DE ADVOGADO (ART. 43 – INTROD. ART 7º - B, DA LEI Nº 8906, DE 4 DE JULHO DE 1994) ..... | 53 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 56 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | 59 |

## INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal é a de garantir o desenvolvimento e o convívio social, através da proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Orientando-se, para isso, nos princípios constitucionais penais que atuam como instrumentos norteadores da política criminal, impondo limites à intervenção do estatal nas liberdades individuais.<sup>1</sup>

No entanto, em que pese o Direito Penal exercer um relevante papel social, sua interferência na vida em sociedade deve ser a menor possível, atuando, apenas, quando outras formas de sanções ou outros meios de controle social se mostrarem insuficientes para proteger aqueles bens de maior importância na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>2</sup>

A respeito, Luiz Regis Prado preleciona que:

[...] a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E de preferência só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia<sup>3</sup>.

Assim sendo, em havendo outras formas extrapenais de solução de conflitos, deve-se por estas optar, uma vez que “o uso excessivo da sanção criminal (infração penal) não garante maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.<sup>4</sup>

Dentre os princípios constitucionais penais, merece destaque o princípio da legalidade, enunciado no art. 1º do Código Penal e com base constitucional no art. 5º, inciso XXXIX da CF/1988, que se constitui como uma efetiva limitação ao poder de punir do Estado.<sup>5</sup>

Em decorrência desse princípio, o Poder Legislativo deve, quando na elaboração das leis, evitar o uso de expressões vagas, equívocas e ambíguas, descrevendo da forma mais claro possível o fato punível, garantindo, portanto, a segurança jurídica, na medida em que

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 51-52.

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 148.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 149.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 97-98.

estabelece às margens penais as quais limitam o poder de decisão do julgador<sup>6</sup>.

Nesse sentido, Claus Roxin aduz que:

[...] 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.<sup>7</sup>

Assim, para que o princípio da legalidade consiga atingir as suas finalidades é necessária a edição de lei certa, precisa e determinada, a fim de que seja possível delimitar, no caso concreto, a margem decisória do julgador.<sup>8</sup>

Ao analisar a Lei nº 13.869/2019, é possível observar a presença de diversos tipos penais, que devido a sua imprecisão, acabam por criar zonas cinzentas sobre a adequação da atuação dos integrantes do sistema criminal e dificultar a aplicação da lei em voga.<sup>9</sup>

Por isso, o estudo acerca da temática abordada é de grande importância, posto que o Direito Penal somente deverá atuar quando a sua intervenção se mostrar imprescindível, diante da tutela de bens jurídicos relevantes e quando os demais ramos do direito forem insuficientes, devendo sempre obedecer aos critérios de fragmentariedade e subsidiariedade.<sup>10</sup>

Sendo assim, cabe ao presente estudo examinar os novos tipos penais dispostos na novel Lei de Abuso de Autoridade, principalmente aqueles direcionados aos magistrados, investigando as possíveis consequências decorrentes de sua interpretação, sob a perspectiva dos princípios constitucionais penais.

Para além disso, o presente trabalho pretende verificar a existência de mecanismos extrapenais de solução de conflitos que poderão ser utilizados, de forma eficaz, na repressão de determinadas condutas tidas como crimes nova Lei de Abuso de Autoridade, bem como, verificar se essa criminalização caracterizaria uma ofensa ao princípio da intervenção mínima, ocasionando, por conseguinte, a inconstitucionalidade de determinados tipos penais.

Nesse sentido, este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo concluir, diante de uma análise dogmática, notadamente, à luz dos princípios constitucionais penais, se os

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-41.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 172, tradução nossa.

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 100-101.

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 21-24.

<sup>10</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74-76.

novos crimes criados pela Lei nº 13.869/2019 são ou não constitucionais.

Entrementes, é oportuno observar que este estudo não pretende desqualificar a importância de coibir os excessos e as arbitrariedades praticadas por autoridades públicas, que representando o Estado, “tem por obrigação principal e constante cumprir regularmente os seus deveres, confiados pelo povo”<sup>11</sup>, mas sim averiguar se os dispositivos da Lei 13.869/2019 a serem examinados estão em conformidade com a Carta Constitucional.

O esforço metodológico se deu através de uma análise dogmática, mediante um estudo bibliográfico acerca dos princípios constitucionais penais e suas aplicações no direito brasileiro, conforme a Constituição Federal. Para tanto, foram analisados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, em especial as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 6236 e nº 6239 que estão em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>11</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 12.

## 1 LIMITES AO PODER ESTATAL

Este capítulo tem por escopo analisar as limitações ao poder de punir do Estado através de uma breve análise dos princípios constitucionais penais.

Desde os tempos rudimentares é possível observar que o ser humano sempre desenvolveu as suas atividades sociais com base no Direito, que é um fenômeno social essencial a realização de uma convivência ordenada, já que nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de solidariedade ou direção.<sup>12</sup>

Responsável por regular a vida humana em sociedade, na atual quadra, “o Direito se apresenta em geral sob forma de modelos de conduta exteriorizados em normas de determinação (dever-ser)”, propondo aos indivíduos, assim, diretrizes a serem adotadas durante o convívio social. Para isso, vale-se o Direito do poder coercitivo que o Estado tem devido ao monopólio do uso legítimo e organizado da força<sup>13</sup>.

Sendo uma parcela do ordenamento jurídico público, o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos-penais essenciais para a vida em comunidade. Para tanto, “estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança”.<sup>14</sup>

Assim, diante da complexidade em que se desenvolvem as relações interpessoais nas sociedades contemporâneas, o Direito Penal, como instrumento de controle social formal, vem ganhando bastante espaço na sociedade ante a crescente necessidade de ampliação dos instrumentos de controle social, já que sua atuação é imprescindível para garantir a convivência humana.<sup>15</sup>

Como consequência da expansão do Direito Penal, verifica-se que no Brasil, notadamente a partir dos anos 90, houve uma ampliação considerável da legislação penal. Entretanto, ao analisar as leis penais que vem sendo produzidas ao longo dos anos, observa-se que geralmente elas são editadas sem que haja um estudo técnico-dogmático acerca do conteúdo abordado que visa, na maioria das vezes, tão somente atender a pressão de determinados grupos sociais, ou devido a experiências vivenciadas em outros países, sem,

---

<sup>12</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2-3.

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 62-63.

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 65.

<sup>15</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-31.

contudo, adequar-se à realidade brasileira ou permitir a participação popular.<sup>16</sup>

Entrementes, não se pode olvidar que, em um Estado Democrático de Direito, a atuação do Estado na esfera pessoal do indivíduo deve ocorrer de forma limitada, a fim de evitar abusos e arbitrariedades, pautando-se sempre na dignidade humana e visando o bem de todos. Desse modo, já que apresenta como princípio reitor a dignidade da pessoa humana, não poderia o Estado brasileiro, com base em escolhas irracionais, aleatórias ou puramente ideológicas, promover a privação da liberdade de um indivíduo, uma vez que tão somente a crença no sistema não autoriza a elaboração de leis penais.<sup>17</sup>

Ademais, devido ao seu caráter fragmentário, “o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis a coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.<sup>18</sup>

Nesse sentido, Bitencourt preleciona que:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.<sup>19</sup>

Afirma ainda o autor que:

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.<sup>20</sup>

Portanto, não deve o Estado transferir para o âmbito penal a resolução de problemas sociais que deveriam ser solucionados através de mecanismos administrativos, políticos e econômicos.<sup>21</sup>

Nesse diapasão, os princípios constitucionais penais passam a ser de suma

---

<sup>16</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-40.

<sup>17</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34-38.

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 148.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

importância, pois, para além de orientarem a interpretação das normas infraconstitucionais penais, constituem-se como garantias para o cidadão, já que atuam como limite para o exercício do poder de punir estatal.<sup>22</sup>

Sobre a temática, Luiz Regis Prado assevera que:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçado o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal<sup>23</sup>.

Para mais, Alberto Jorge firma:

[...] não podemos duvidar, considerando, inclusive, uma gama de outros fatores importantes, como, por exemplo, a grande força do aparato de poder estatal, que se faz mister um amplo rol de mecanismos, penais e processuais penais, garantidores do direito fundamental da liberdade, havendo somente possibilidade de privação desse direito para casos restritos, nos quais também se observe a afetação da dignidade, dos direitos essenciais para o ser humano e para a convivência. E é a Constituição que estabelece esses mecanismos, no âmbito do Direito Penal, por meio de princípios, os princípios constitucionais penais, embora também determine parâmetros para o Direito Penal por intermédio de princípios constitucionais não penais influentes em matéria penal, limitando a intervenção penal, fixando balizas intransponíveis ao legislador, prescrevendo limites e formas de atuação ao juiz criminal, fazendo-o, também, garantidor desse sistema no nosso ordenamento<sup>24</sup>.

Desse modo, é possível observar que tanto o legislador quando na elaboração de leis, quanto o juiz criminal no exercício de sua jurisdição, devem sempre atuar conforme as normas constitucionais, em especial os princípios constitucionais penais.<sup>25</sup>

## 1.1. PRINCÍPIOS COMO LIMITES À LEGISLAÇÃO PENAL

Diante do que foi delineado, afigura-se necessária a exposição acerca dos princípios constitucionais penais que atuam restringindo o poder/dever de punir do Estado.

### 1.1.1. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, também denominado como *ultima ratio*, surgiu vinculado ao pensamento iluminista visando reduzir o excessivo número de leis da época,

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-40.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 139.

<sup>24</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

<sup>25</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39-40.

principalmente as relacionadas a legislação penal. A aflição decorrente da grande produção legislativa e os efeitos do absolutismo despótico acabaram por ocasionar um certo repúdio a criação de novas normas.<sup>26</sup>

A respeito, Alberto Jorge ensina que:

A mudança de perspectiva opera-se, notadamente, no fato de que, sob o absolutismo, o Direito Penal vinga em função do Estado, enquanto sob o Estado Liberal burguês, o Direito Penal vige para dar segurança ao indivíduo – pelo menos assim se propõe –, sendo legítimo seu uso apenas dentro de balizas estreitas para preservação, principalmente, da vida e da propriedade.<sup>27</sup>

Acrescenta ainda que:

Modernamente, Claus Roxin, ao defender a abertura da dogmática penal à política criminal, fundando o funcionalismo-teleológico, propôs que esta última, para além das orientações que buscam pesquisar melhores medidas de combate à criminalidade, deve se pautar dentro de uma fronteira constitucional de estado material de direito, cingida pelo princípio da intervenção penal mínima (intervenção do direito penal em *ultima ratio*).<sup>28</sup>

É nesse contexto que a intervenção mínima adquire grande relevância, passando a atuar não só como limite constitucional, mas também como garantia de interesses individuais e transindividuais, figurando na Constituição Federal como princípio constitucional implícito. Este princípio “é decorrente do princípio constitucional expresso da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III) e da determinação impositiva do art. 3º, IV, da Constituição Federal, concernente à efetivação do bem de todos por meio da obrigatória ação dos Poderes Públicos”.<sup>29</sup>

Assim, em face da vinculação do Direito Penal à Constituição, bem como ser a intervenção mínima uma imposição de conteúdo, somente é possível vislumbrar a criminalização de determinadas condutas quando bens jurídicos de relevância constitucional tenham sido ofendidos. Sem impedir, todavia, criminalizações decorrentes de novos contextos sociais, quando os bens jurídicos a serem protegidos gozarem de dignidade constitucional.<sup>30</sup>

Importa evidenciar ainda que, como a sanção penal só deve ser aplicada para tutelar bens jurídicos relevantes e quando inexistir outros meios, menos gravosos para a resolução do

<sup>26</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

<sup>27</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69-70.

<sup>28</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

<sup>29</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-71.

<sup>30</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72-73.

litígio, a intervenção mínima atua como limite “à atuação do legislador e do juiz a incriminação de condutas, legitimando-os a agir, criminalizando comportamentos, somente em marcos estreitos, observada a imposição de paradigmas de conteúdo”.<sup>31</sup>

Desse modo, quando na elaboração de leis criminalizadoras, o legislador, de acordo com o corolário da fragmentariedade, somente deverá proteger os bens jurídicos mais importantes, definidos pela Carta Constitucional como essenciais na garantia da coexistência humana, já que a intervenção do Direito penal só deve ocorrer quando outros mecanismos forem insuficientes para garantir a ordem jurídica, uma vez que é dever do legislador observar a adequação da conduta.<sup>32</sup>

Sobre a imposição ao legislador, Rogério Greco aduz que:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.<sup>33</sup>

Em relação ao juiz criminal, o princípio em comento atua no processo interpretativo, visto que, ao aplicar as normas penais ao caso concreto, os magistrados devem sempre levar em consideração a dignidade constitucional do bem jurídico tutelado, a forma que ocorreu a ofensa e considerar a resposta penal como medida a ser adotada somente em casos excepcionais.<sup>34</sup>

### 1.1.2. Princípio da ofensividade

No Estado Democrático de Direito, a atuação estatal, em se tratando de repressão penal, só é justificável quando houver um perigo concreto, efetivo e real de lesão a um bem jurídico penalmente protegido. À vista disso, não deve o legislador tipificar como crimes condutas incapazes de gerar algum dano ou colocar em risco efetivo determinado bem jurídico resguardado pela legislação criminal.<sup>35</sup>

Conceituando o princípio, Bittencourt informa que:

<sup>31</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74-75.

<sup>32</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 149.

<sup>33</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 53.

<sup>34</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76-77.

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

O *princípio da ofensividade* no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir de critério interpretativo*, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.<sup>36</sup>

Além do mais, de acordo com Nilo Batista<sup>37</sup>, o princípio da lesividade apresenta quatro funções principais, são elas: a) proibir a incriminação de uma atitude interna, posto que as ideias, desejos e aspirações não podem servir como fundamento para a criação de um tipo penal; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, por isso não se pune a autolesão; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Revela-se, assim, que o princípio da ofensividade, caracteriza-se, conforme Rogério Greco, como:

[...] a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes<sup>38</sup>.

Para além, Alberto Jorge salienta que:

[...] a ofensividade conduz para a seara penal, não só uma das primeiras notas distintivas entre direito e moral, já acentuada por Aristóteles, a exterioridade, como ainda a questão da alteridade, já que o direito leva sempre em consideração a pessoa do outro (*alter*), enquanto a moral persegue o aperfeiçoamento do próprio indivíduo, isoladamente considerado. “O direito preocupa-se com as relações entre os sujeitos, a moral [...] com os sujeitos”.<sup>39</sup>

Decorrente da doutrina da separação dos poderes e do princípio de “utilidade penal”, o princípio da lesividade, embora não esteja expressamente positivado na Constituição Federal, vige no ordenamento jurídico brasileiro com princípio implícito, apresentando *status* de norma constitucional com aplicação imediata<sup>40</sup>.

### 1.1.3. Princípio da legalidade penal

Visando impor limites ao poder de punir do Estado e salvaguardar os espaços dos indivíduos, surge o princípio legalidade que, consoante Alberto Jorge:

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

<sup>37</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 92-95.

<sup>38</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 57.

<sup>39</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

<sup>40</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83-84.

[...] traduz-se na reserva legal, na anterioridade da lei e na tipicidade fechada (taxatividade) e encontra abrigo expresso no art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional brasileira, sendo repetido na abertura do Código Penal, exatamente no seu art. 1º, *verbis*: “não há crime sem lei (reserva legal) anterior (anterioridade) que o defina (taxatividade). Não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>41</sup>

Ainda sobre o princípio da legalidade, Bitencourt assevera que:

O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.<sup>42</sup>

Nessa perspectiva, é possível concluir que esse princípio apresenta quatro funções fundamentais, são elas: a) proibir a retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar e agravar penas; e d) proibir incriminações vagas e indeterminadas.<sup>43</sup>

Estando o princípio da legalidade intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, todo e qualquer cidadão é destinatário dele, já que ele atua na realização da Justiça Penal, promovendo um mínimo de certeza e segurança jurídica, bem como fixa limites à excessiva intervenção penal.<sup>44</sup>

Importa evidenciar, ainda, que o princípio da legalidade atua como uma imposição restritiva ao legislador, na medida em que o obriga a utilizar o processo legislativo para criminalizar comportamento. Assim, somente a lei pode criminalizar.<sup>45</sup>

Aliás, para que o princípio da legalidade cumpra a sua finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e suas respectivas sanções, é imprescindível que o legislador, quando na elaboração de leis penais, evite a utilização de expressões ambíguas, vagas ou equívocas.<sup>46</sup>

Sabe-se que, devido à natureza da ciência jurídica, não é possível abandonar inteiramente os conceitos que necessitam de complementação valorativa, posto que “os termos contidos na lei não são unívocos, mesmo que qualificadas como técnicas, a palavra da

<sup>41</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 100.

<sup>43</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 57.

<sup>44</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-99.

<sup>45</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-43.

lei mantém imprecisões, o signo submete-se à gradual e incessante mudança em sua significação, perante o tempo e determinada por forças sociais e históricas”.<sup>47</sup>.

Entrementes, deve-se evitar o excesso e ter cautela com a utilização expressões que não descrevem efetivamente a conduta proibida<sup>48</sup>.

Segundo Bitencourt:

[...] na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso das cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, além do que a indeterminação será inconstitucional.<sup>49</sup>

Outrossim, esse princípio atua, em relação ao juiz criminal, estabelecendo os limites aos quais o magistrado está vinculado<sup>50</sup>. A respeito, Luiz Regis Prado ensina que:

Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais às quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium iudicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto. Tem função garantista (*lex stricta*), pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.<sup>51</sup>

Para além, a legalidade penal, ao estabelecer os limites os quais estão vinculados o julgador, impede a aplicação retroativa de leis penais para prejudicar o réu, bem como fixa as margens às quais o juiz fica adstrito quando na dosimetria da pena.<sup>52</sup>

Ante o exposto, é possível evidenciar a importância do princípio em estudo, pois, para além de estabelecer limites à intervenção penal, garante um mínimo de certeza e segurança jurídica, em razão de que uma lei prévia, escrita e estrita, permite a todos conhecer e calcular os seus comportamentos”.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83-84.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

<sup>49</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

<sup>50</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-105.

<sup>51</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 143.

<sup>52</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104-105.

<sup>53</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

## 2 O ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL

Neste capítulo será realizada uma análise sobre a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) e a lei revogada nº 4.898/1965, apresentando as principais alterações legislativas sobre o abuso de autoridade no Brasil.

### 2.1. A LEI ANTERIOR

Editada em 09 de dezembro de 1965, a Lei nº 4.898, denominada de Lei de Abuso de Autoridade, definiu como crime as “condutas praticadas por agentes públicos que afrontam direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurados constitucionalmente”<sup>54</sup>, notadamente os direitos fundamentais de primeira geração entendidos como “aqueles que se fundamentam na liberdade, civil e politicamente considerada”.<sup>55</sup>

Destarte, visando proteger o cidadão brasileiro das ações e incursões violentas do Estado, diante do contexto da ditadura militar que se instaurou no Brasil em 1964, ocasionando graves crises institucionais, a Lei nº 4.898, assinada por Castello Branco, passou a regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade<sup>56</sup>, possibilitando, assim, a “vítima de qualquer abuso de poder por parte de um agente público levar tal fato ao conhecimento das autoridades públicas”.<sup>57</sup>

A partir desse momento, qualquer cidadão pôde requerer, através de um requerimento escrito e formalizado em um termo, perante as autoridades competentes a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes que viessem a praticar algum tipo de abuso.<sup>58</sup> Esse direito encontra-se assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da CF/88, *in verbis*: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso

---

<sup>54</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 20.

<sup>55</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 20.

<sup>56</sup> PEREIRA, Jeferson Botelho. **Aniversário dos 51 anos da lei de Abuso de Autoridade no Brasil. E as novidades do novo projeto de lei. Conquistas ou retrocessos?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54393/aniversario-dos-51-anos-da-lei-de-abuso-de-autoridade-no-brasil-e-as-novidades-do-novo-projeto-de-lei-conquistas-ou-retrocessos>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

<sup>57</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25.

<sup>58</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 27-28.

de poder”.<sup>59</sup>

Ainda sobre a representação, Gabriel Habib afirma que:

A leitura apressada do dispositivo legal pode levar o intérprete ao equívoco de pensar que a representação a que o dispositivo faz menção é uma condição objetiva de procedibilidade, sendo, portanto, a ação penal pública condicionada à representação, sobretudo se conjugado ao art. 12 da lei. Entretanto, a representação não tem tal natureza, mas, sim, um espelho do direito de petição, positivado no art. 5º, XXXIV, alínea a da CRFB/88, por meio do qual se leva ao conhecimento das autoridades públicas qualquer abuso de poder. Dessa forma, a representação tem natureza jurídica de *notícia criminis*. Nesse sentido, é o art. 1º da lei 5.246/67 que dispõe: “a falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei nº 4.898, de 9 dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso da ação penal”. Assim, a ação penal é pública incondicionada.<sup>60</sup>

Observa-se, portanto, que a lei em estudo visava tutelar dois bens jurídicos, são eles: o regular funcionamento da Administração Pública e os direitos e as garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, uma vez que cada tipo penal previsto nela configura uma violação a uma garantia ou direito fundamental.<sup>61</sup>

A respeito, Guilherme de Nucci aduz que:

[...] no Estado Democrático de Direito, a força estatal deve ser utilizada para a garantia da ordem e da segurança de todos, embora com imparcialidade, respeitadas as regras legais e sempre voltada ao bem-estar comum e não a interesses particulares, mormente de quem detém o poder. Não fosse assim, desnecessária seria a Lei de Abuso de Autoridade, pois os tipos penais nela previstos encontram-se igualmente situados em outros diplomas legais.<sup>62</sup>

Para mais, Antonio Cezar Lima da Fonseca acrescenta que:

[...] quando o abuso é praticado pela autoridade pública, incumbe aos próprios agentes do poder estatal agirem, na seara de suas atribuições, a fim de fazerem não só cessar o comportamento indevido, como também evitar que os ditos atos se repitam na Administração Pública.<sup>63</sup>

Outrossim, convém oportunizar que, por tratar apenas de crimes próprios, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 4.898/65, somente poderão ser responsabilizados pelos crimes de abusos de autoridade aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública, ainda que não haja estabilidade ou remuneração<sup>64</sup>, desde que atuem com vontade de abusar do poder que

<sup>59</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2020.

<sup>59</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>60</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 28.

<sup>61</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25.

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

<sup>63</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Abuso de autoridade. Comentários e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 24.

<sup>64</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 53.

possuem, uma vez que não é admitido que o agente venha a ser responsabilizado a título de culpa.<sup>65</sup>

Em relação ao sujeito passivo, verifica-se que os crimes dispostos na lei em comento são de dupla subjetividade passiva, uma vez que delitos decorrentes do abuso de autoridade atingem tanto o Estado, que é o titular da Administração Pública, quanto a qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira.<sup>66</sup>

No mais, importa evidenciar que as condutas que configuram uma forma abuso estão previstas nos artigos 3º e 4º da referida lei<sup>67</sup> que dispõe:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) 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.
- i) 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

<sup>65</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 24.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 24.

<sup>67</sup> BRASIL. Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2020.

liberdade.

No tocante ao artigo 3º anteriormente mencionado, grande parte da doutrina brasileira o considera inconstitucional, uma vez que “o legislador utilizou, na descrição dos tipos penais, conceitos vagos e imprecisos, o que dificulta a sua interpretação, violando, dessa forma, o princípio da legalidade, na vertente taxatividade”.<sup>68</sup> Entretanto, até ser revogado pela lei nº 13.869/2019, o artigo nunca foi declarado inconstitucional.<sup>69</sup>

Pertinente as sanções a que estava sujeito o autor do abuso de autoridade, a Lei nº 4.898/65 em seu artigo 6º possibilitava a aplicação, pelos órgãos próprios que possuíssem atribuição ou competência para tal, de penalidades administrativas, cíveis e penais, aplicadas de forma autônoma ou cumulativamente.<sup>70</sup>

Entretanto, com a edição da nova Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019, toda legislação sobre a temática foi expressamente revogada, do mesmo modo que a Lei nº 4.898/65.<sup>71</sup>

## 2.2. A NOVA ORDEM JURÍDICA

Ao examinar a Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, percebe-se que ela não mais atendia a sua finalidade que era a de coibir toda e qualquer forma de exercício abusivo do poder por parte de todos aqueles que atuam em nome do Poder Público.<sup>72</sup>

Dissertando sobre a legislação pretérita, Renato Brasileiro aduz que:

De fato, dotada de dispositivos vagos e abertos, a revogada Lei nº 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos. Com efeito, a pena privativa de liberdade cominada aos crimes de abuso de autoridade pelo antigo diploma normativo – detenção, por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses (art. 6º, § 3º, alínea “b”) – já não guardava mais compatibilidade com a gravidade de tais condutas, pois tratava a integridade desses crimes como infrações de menor potencial ofensivo, logo de competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitos, portanto, aos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95. Contribuía, ademais, para o advento da prescrição da pretensão punitiva, que, *in casu*, ocorria em apenas 3 (três) anos, consoante disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.234/10.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 31.

<sup>69</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 25.

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58-59.

<sup>71</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 319.

<sup>72</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 21-22.

<sup>73</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 22.

Visando “modernizar a prevenção e repressão aos comportamentos abusivos de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de autoridades e agentes públicos”<sup>74</sup>, surge Lei nº 13.869/19, criando “novos tipos penais, reformando outros e incrementadas penas”.<sup>75</sup>

No entanto, ao analisar a nova legislação, nota-se a presença de diversos tipos penais abertos e indeterminados que podem ter a sua constitucionalidade questionada.<sup>76</sup>

A respeito dos novos tipos penais, Rogério Greco e Rogério Sanches aduzem que:

Esperava-se, por exemplo, a formulação de tipos menos abertos (diferentes daqueles presentes na legislação anterior). Contudo, a atual legislação acabou também utilizando (e abusando) de expressões porosas, colocando em risco a taxatividade. Não sem razão, vários tipos penais, por esse e outros fundamentos, foram vetados pelo Presidente da República.<sup>77</sup>

Todavia, considerando-se que a hodierna Lei de Abuso de Autoridade não criminaliza, *a priori*, nenhuma conduta legítima praticada por agente público, a sua entrada em vigor não deve servir para criar empecilhos ao correto exercício da função pública. Restando aos intérpretes do direito, portanto, sensatez e equilíbrio na interpretação dos dispositivos legais dispostos na nova legislação, notadamente para evitar que os “tipos penais abertos e indeterminados sejam utilizados como instrumentos de constrangimento ilegal contra agentes públicos no exercício regular de suas funções”.<sup>78</sup>

Voltando-se novamente para os tipos penais previstos no novo diploma normativo, verifica-se que, por se tratar de crimes pluriofensivos, entendidos como “aqueles que atingem dois ou mais bens jurídicos”<sup>79</sup>, visam proteger, a depender do crime, a liberdade individual e de locomoção, o direito à assistência de advogado e a intimidade ou a vida privada, bem como busca garantir o regular funcionamento do Estado.<sup>80</sup>

Dessa forma, constata-se que o âmbito de incidência da nova Lei de Abuso de Autoridade se dá quando o agente público, no exercício de suas funções ou a pretexto de

---

<sup>74</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 12.

<sup>75</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 12.

<sup>76</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 22-23.

<sup>77</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 13.

<sup>78</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 25.

<sup>79</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.110.

<sup>80</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 25.

exercê-las, atuar fora dos limites de sua competência<sup>81</sup> ou “quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia a natureza do ato utilizado”.<sup>82</sup>

Ao criar delitos considerados como próprios, que só podem ser praticados por certas pessoas, o *caput* do artigo 2º da Lei nº 13.869/19, estabeleceu como sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território<sup>83</sup>.

Conceituando o que é agente público, o parágrafo único do art. 2º da lei em comento dispõe que:

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato ou cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangido pelo *caput* deste artigo.<sup>84</sup>

Cumprindo ressaltar ainda que, diante da importância dos bens jurídicos que a nova legislação visa proteger, todos os crimes nela previsto são de ação pública incondicionada, admitindo-se a ação privada (subsidiária) se a ação pública não for intentada no prazo legal, é o que dispõe o seu artigo 3º.<sup>85</sup>

Demais, a nova lei estabeleceu que, para além de determinar o cumprimento da pena, o trânsito em julgado da sentença condenatória decorrente da prática de uma das condutas tipificadas por ela como crime de abuso de autoridade, pode gerar como efeitos secundários: a) a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e b) caso seja reincidente, poderá o agente ser inabilitado para o exercício de cargo, mandato, função pública por um período de um a cinco anos ou perder o cargo, mandato ou função pública<sup>86</sup>.

Estabelecendo, também, que pode haver a substituição da pena privativa de liberdade

<sup>81</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 25-26.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 410.

<sup>83</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 3.

<sup>84</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>85</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 27-30.

<sup>86</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 31-38.

pelas penas restritivas de direito previstas no art. 5º da referida lei<sup>87</sup>, *in verbis*:

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

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

II - suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

III - (VETADO).

No mais, como os crimes de abuso de autoridade promovem o desvirtuamento da Administração Pública, bem como afetam direitos e garantias do cidadão, a responsabilização penal não impede a aplicação de sanções de natureza cível ou administrativa. Inclusive, não é possível questionar a existência ou a autoria do fato qual sobre isso já tenha decidido o juiz criminal.<sup>88</sup>

### 2.2.1. Do dolo específico

A Lei n. 13.869/2019, em seu artigo 1º, para além de definir os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agentes públicos, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído, estabeleceu que as condutas nela descritas só configuram um ilícito penal quando o agente as pratica com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.<sup>89</sup>

Analisando-se os tipos penais dispostos no novo diploma normativo, é possível constatar que na descrição do comportamento típico, o legislador utilizou tanto elementos objetivos, relacionados aos aspectos materiais e normativos do delito, quanto elementos subjetivos, relacionados à finalidade especial que anima o agente, restringindo, quase sempre, o alcance da norma.<sup>90</sup>

Sobre os elementos subjetivos, Cunha, Pinto e Souza ensinam que:

<sup>87</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>88</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 53.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>90</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 26-30.

A análise acerca do elemento subjetivo tem elevada importância prática para evitar que o servidor, temeroso de eventual responsabilização penal, deixe de cumprir o seu dever de ofício, notadamente diante de uma situação na qual as circunstâncias levam a crer que isso é exigido, situação que levará à prática de infrações que expõe um número indeterminado de pessoas a riscos e perigos. Assim se o funcionário agiu movido pela vontade de atingir o fim público, não incide no crime de abuso de autoridade.<sup>91</sup>

Percebe-se, pois, que embora a “finalidade específica de prejudicar” amplie o aspecto subjetivo da norma, não se confunde com o dolo, já que este corresponde a “consciência a vontade de realizar determinada conduta com a finalidade de obter o resultado delituoso (dolo direto), ou na assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual)”.<sup>92</sup>

Sobre a temática, Renato Brasileiro de Lima ensina que:

Enquanto o dolo deve restar concretizado no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo apenas têm o condão de especificar o dolo, sem que haja a necessidade de efetivamente se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, ou seja, desde que a conduta do agente tenha sido orientada por essa finalidade específica.<sup>93</sup>

Para mais, Gilberto Passos de Freitas e Wladimir Passos de Freitas afirmam que:

Quanto ao elemento subjetivo, cumpre assinalar que todas as figuras previstas na lei em estudo são dolosas, não sendo prevista a forma culposa. O crime de abuso de autoridade, no dizer de Damásio E. de Jesus, “reclama um ânimo próprio, que é o elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade. Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato”.

Aliás, nos crimes de abuso de autoridade, o elemento do injusto deve ser apreciado com cuidado, merecendo punição somente as hipóteses em que se constata que o agente agiu com o propósito de vingança, perseguição ou capricho, e não de interesse da defesa social.<sup>94</sup>

Nessa senda, observa-se a presença de uma norma penal de extensão, no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 13.869/2019 que, em regra, abrange todas as condutas delituosas previstas na lei e é de suma importância para constatação ou não do delito. Assim, para além de demonstrar que o indivíduo agiu com dolo, faz-se necessário a demonstração de que o agente atuou objetivando prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo, por mero capricho ou satisfação pessoal<sup>95</sup>.

No que diz respeito ao dolo eventual, Renato Brasileiro<sup>96</sup> entende que é possível ao agente público ser responsabilizado por crime de abuso de autoridade quando, embora não

<sup>91</sup> CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.; SOUZA, R. Ó. (org). **Leis penais especiais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 272.

<sup>92</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 26.

<sup>93</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 27.

<sup>94</sup> FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

<sup>95</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 26-27.

<sup>96</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 24-25.

deseje alcançar determinado resultado, assumir o risco de produzi-lo, desde que reste comprovado, também, o especial fim de agir.

Contudo, Rogério Greco e Rogério Sanches<sup>97</sup> discordam desse entendimento e afirmam que não seria possível, com base na Lei nº 13.869/19, o agente público responder por crime de abuso de autoridade a título de dolo eventual, uma vez que a presença do elemento subjetivo nos tipos incriminadores acaba por restringir o alcance da norma.

Por fim, nota-se que, quando na elaboração do novo diploma normativo, o legislador não previu nenhum crime culposo. Assim, caso o agente deixe de observar algum dever objetivo de cuidado durante a sua atuação funcional, não poderá ser responsabilizado criminalmente, mas tão somente cível e/ou administrativamente.<sup>98</sup>

### 2.2.2. Da vedação ao crime de hermenêutica

O Projeto de Lei de Abuso de Autoridade (PL nº 280 de 2016) previa a possibilidade de ser imputado ao magistrado a prática de crime decorrente da atividade interpretativa, denominado “crime de hermenêutica”.<sup>99</sup> Entretanto, ao entrar em vigor a nova Lei de Abuso de Autoridade<sup>100</sup>, o seu artigo 1º, parágrafo 2º, passou a prever que:

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

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

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

Sobre o crime de hermenêutica, Rogério Greco e Rogério Sanches prelecionam que:

Como forma de evitar a sua reprovação, a Lei 13.869/2019 esclarece a divergência na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade. De fato, o projeto que redundou na presente Lei nasceu tipificando o crime de hermenêutica, leia-se, o delito que existe unicamente em virtude da interpretação do operador da lei, sem que haja indícios ou provas da ocorrência de um fato tipificado. A proposta, esdrúxula, não passou do crivo dos

<sup>97</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 13.

<sup>98</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 35.

<sup>99</sup> COSTA, Daniel Tempski Ferreira da Costa. **Projeto da Lei de abuso de autoridade: sugestões de Lege Ferenda em face do velado crime de hermenêutica**. In: **Revista Justiça E Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 241-266, Jul./Dez. 2017.

<sup>100</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

parlamentares.<sup>101</sup>

Como é cediço por todos, as atividades corriqueiras de todo agente público envolvem constantemente a interpretação de leis e atos administrativos, bem como a apreciação de fatos e provas. Sucede que, embora façam uso de métodos teóricos e critérios objetivos no exercício de suas atribuições, é possível que hajam falhas que, na maioria dos casos, podem ser solucionadas por mecanismos extrapenais.<sup>102</sup> Não sendo razoável, portanto, “a imputação de delito pelo mero erro judiciário, ou seja, a punição pela hermenêutica dada em decisão judicial”.<sup>103</sup>

Impende ressaltar, também, que a presença, na nova Lei de Abuso de Autoridade, de tipos penais abertos, que apresentam diversos conceitos vagos e de valoração normativa duvidosa que acabam por ocasionar uma considerável variação na subsunção do fato concreto à norma, dificultam o processo interpretativo.<sup>104</sup>

Entretanto, uma vez demonstrada que a divergência de interpretação ou avaliação se deu de forma absolutamente anormal, absurda, com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, a agente público poderá ser responsabilizado por crime de abuso de autoridade, desde que a sua conduta se enquadre em um dos crimes tipificados no novo diploma normativo.<sup>105</sup>

No mais, diante do que foi delineado, é possível constatar que o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 13.869/19, atua excluindo o dolo que caracteriza o crime de abuso de autoridade, não se caracterizando, portanto, como causa excludente da ilicitude.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 16.

<sup>102</sup> COSTA, Daniel Tempski Ferreira da Costa. **Projeto da Lei de abuso de autoridade: sugestões de Lege Ferenda em face do velado crime de hermenêutica**. In: *Revista Justiça E Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 241-266, Jul./Dez. 2017.

<sup>103</sup> COSTA, Daniel Tempski Ferreira da Costa. **Projeto da Lei de abuso de autoridade: sugestões de Lege Ferenda em face do velado crime de hermenêutica**. In: *Revista Justiça E Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 241-266, Jul./Dez. 2017.

<sup>104</sup> COSTA, Daniel Tempski Ferreira da Costa. **Projeto da Lei de abuso de autoridade: sugestões de Lege Ferenda em face do velado crime de hermenêutica**. In: *Revista Justiça E Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 241-266, Jul./Dez. 2017.

<sup>105</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 16-17.

<sup>106</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 17.

### 3 DOS CRIMES QUE PODEM SER PRATICADOS POR MAGISTRADOS

Este capítulo tratará sobre a análise de todos os artigos previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade que veiculam normas penais incriminadoras direcionadas aos magistrados, levando em consideração as limitações impostas ao legislador, pelos princípios constitucionais penais, que devem ser observadas no momento de elaboração da lei, além de apresentar as reflexões trazidas pela doutrina sobre a temática, objetivando-se alcançar uma resposta quanto à constitucionalidade ou não dos novos tipos penais dispostos na Lei 13.869/2019.

#### 3.1. PRISÃO ILEGAL (ART. 9º)

O artigo 9º, *caput*, da Lei 13.869/19 prevê a possibilidade de criminalização da conduta do juiz criminal quando este decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, devendo, se caso comprovada a prática do delito, ser submetido a detenção pelo período de 1 a 4 anos.<sup>107</sup>

A *priori*, importa destacar que atuação de todo agente público, notadamente dos magistrados, envolve, para além da apreciação de fatos e provas, a interpretação de leis e atos normativos<sup>108</sup>, devendo, para tanto, fundamentar suas decisões com base nos elementos produzidos durante o contraditório judicial<sup>109</sup>. Não concordando as partes com o entendimento adotado, é possível em sede recursal rever tal decisão.

À vista disso, é possível constatar o equívoco do legislador ao redigir o tipo penal em estudo, pois, além de ele ser incompatível com o disposto no parágrafo 2º do artigo 1º que estabelece que não configura abuso de autoridade a divergência na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos, não é razoável que o juiz venha a ser responsabilizado criminalmente devido a isso.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>108</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 35.

<sup>109</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81-82.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

Ademais, diante das diferentes realidades que se apresentam no Brasil e das possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, determinada medida pode ou não se demonstrar cabível.<sup>111</sup>

Percebe-se, assim, a existência de uma norma penal aberta de difícil integração, que se constitui como uma grave ameaça à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal.<sup>112</sup>

Nesse sentido, conforme preleciona Claus Roxin<sup>113</sup>, as leis indeterminadas e imprecisas devem ser evitadas, pois, para além de ferirem o princípio da separação de poderes, já que ao permitirem que o magistrado faça uso de qualquer interpretação, adentrando, por conseguinte, na esfera do legislativo, e por isso não estão aptas a proteger o indivíduo da arbitrariedade do Estado, na medida em que não delimitam o poder de punir estatal, tampouco permitem que o indivíduo consiga identificar o que se pretende proibir.

Diante do que foi delineado, é possível perceber que o tipo penal descrito no *caput* do artigo 9º da Lei 13.869/19 fere, nitidamente, o princípio da legalidade penal, expresso no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que proíbe incriminações vagas e indeterminadas.<sup>114</sup>

Demais, tendo em vista que a punição decorre da execução de uma atividade típica da magistratura, qual seja, a interpretação de leis e fato, nota-se a violação também ao princípio da intervenção mínima, posto que a conduta descrita no tipo penal não apresenta demasiada gravidade apta a ensejar a sua criminalização.<sup>115</sup>

Outrossim, como o dispositivo em comento impede o livre exercício da prestação jurisdicional pelo juízo criminal, acaba também por violar o princípio da independência

---

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 169, tradução nossa.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

judicial que está expresso no artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>116</sup>, *in verbis*:

Art. 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

No mais, pune-se, consoante o parágrafo único do artigo 9º da lei em estudo, com detenção de um a quatro anos, a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: a) relaxar a prisão manifestamente ilegal; b) substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; e c) deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.<sup>117</sup>

Da leitura do parágrafo supramencionado, observa-se a existência de tipos penais abertos que não podem ser integrados pelo julgador, incompatíveis, portanto, com o disposto no artigo primeiro da lei em comento, na medida em que visam criminalizar ocasional conduta omissiva dos magistrados.<sup>118</sup>

Sobre a temática, Rogerio Greco e Rogério Sanches<sup>119</sup> aduzem que “para não incorrer no crime do art. 9º, parágrafo único, da Lei 13.869/19, a autoridade deve decidir dentro do prazo razoável. Mais uma vez, o legislador se vale de um elemento normativo, passível de dúvidas durante a análise do caso concreto”.

Quanto ao prazo para apreciação do cabimento ou não da prisão, verifica-se que, na prática forense, o entendimento do que seria um lapso temporal razoável pode gerar grandes controvérsias, posto que, para além de não haver previsão legal definida sobre a temática, não é razoável, ante a realidade de determinadas comarcas, exigir que o juiz aprecie a prisão no período de vinte e quatro ou quarenta e oito horas.<sup>120</sup>

Em relação ao crime imputado ao magistrado quando este deixar de deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível, percebe-se que os exatos alcances

<sup>116</sup> BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>117</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>119</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 73.

<sup>120</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 73-74.

das hipóteses de cabimento desse remédio constitucional podem gerar certas divergências, principalmente quanto as hipóteses de cabimentos do habeas corpus dispostas nos incisos I e II do CPP, ante a dificuldade enfrentada para se definir o que seria a justa causa e o que se entender por período razoável para a duração de um processo.<sup>121</sup>

Ante o exposto, é possível concluir que o artigo 9º, em sua totalidade, encontra-se em dissonância com os ditames constitucionais, notadamente no que se refere ao princípio constitucional da legalidade, por apresentar tipos penais abertos vagos e indeterminados, e ao princípio da intervenção mínima, uma vez que inviabiliza o pleno exercício da atividade jurisdicional ao criminalizar um conduta que não gera graves ofensas à sociedade e é punível administrativa a título de infração administrativa disciplinar de natureza leve, consoante o artigo 43 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>122</sup>, *in verbis*:

Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Não sem razão, o artigo ora examinado foi objeto de veto presidencial com os seguintes argumentos:

A propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime ‘decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais’, gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comportam interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta.<sup>123</sup>

Todavia, o Congresso Nacional rejeitou o veto.<sup>124</sup>

### 3.2. CONDUÇÃO COERCITIVA (ART. 10)

Nos termos do artigo 10 da nova Lei de Abuso de Autoridade, pune-se, com detenção de 1 a 4 anos, a autoridade pública que “decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao

<sup>121</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 77-80.

<sup>122</sup> BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>123</sup> BRASIL. Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>124</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 59.

juízo”.<sup>125</sup>

Depreende-se desse dispositivo que ele veicula uma norma penal aberta que não pode ser integrada, uma vez que não há nenhuma lei ou ato normativo apto a definir, com clareza, o que seria “manifestamente descabido”<sup>126</sup>, porquanto esse elemento normativo amplia as possibilidades interpretativas da lei, podendo, por conseguinte, diante do caso concreto, a autoridade pública atribuir a ele significados diversos.<sup>127</sup>

A criminalização de tal conduta se revela, desta forma, desproporcional, pois, a insatisfação quanto ao conteúdo das decisões, pode levar a parte desfavorecida a requer a aplicação do que está previsto no artigo da lei em estudo ao agente público que decretou a condução coercitiva.<sup>128</sup>

Percebe-se, pois, que tal como o artigo 9º, o dispositivo em estudo viola não apenas o princípio da legalidade, por veicular uma norma penal aberta que não pode ser integralizada, mas também o princípio da intervenção mínima, ante a existência de mecanismos extrapenais aptos a garantir a ordem jurídica.<sup>129</sup>

Nesse sentido, temos o artigo 44 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

Art. 44. A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.  
Parágrafo único. O juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de 1 (um) ano, contado da imposição da pena.

No mais, por ocasionar receio aos juízes de proferir determinadas decisões que, a depender do contexto, possam apresentar outras significações, o artigo ofende também o

<sup>125</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

princípio da independência judicial que está disposto no artigo 41 da LOMAN.<sup>130</sup> Sendo, por isso, inconstitucional.

### 3.3. PROLONGAMENTO ILEGAL DE PRISÃO (ART. 12, IV)

Dispõe o dispositivo em exame que:

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

[...]

**IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.**

(Grifo nosso)

Da leitura do artigo acima, depreende-se que incorrerá em crime de abuso de autoridade o agente público que, sem motivo excepcionalíssimo ou justo, não encerrar a execução da pena privativa de liberdade, das prisões provisórias, da medida de segurança ou de internação.<sup>131</sup>

Para mais, é possível perceber que, mais uma vez, o Poder Legislativo optou por utilizar um elemento normativo de difícil integração, qual seja “excepcionalíssimo”, pois não há na legislação penal instrumento normativo apto a apresentar, com clareza, quais situações poderiam ser consideradas “excepcionalíssimas”.

A respeito, Rogério Greco e Rogério Sanches firmam que:

[...] O legislador, com o afã de caracterizar o abuso de autoridade, se utiliza de expressões estranhas à legislação penal. Assim qual seria a diferença entre um motivo excepcional e excepcionalíssimo? Será que o excepcionalíssimo seria o ápice do motivo excepcional, a última das hipóteses possíveis, que o justificariam? O absurdo da expressão é evidente. Ao que parece, o legislador quis dizer que só seria considerado excepcional os casos mais extremos que se configurariam em motivo suficiente para o não cumprimento imediato do alvará de soltura.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

<sup>131</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n° 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>132</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 113.

Vislumbra-se, dessa forma, a violação à legalidade penal, que exige do legislador “precisão quanto às expressões utilizadas na feitura do texto da norma (preceito primário ou tipo), proibindo-o de empregar termos vagos, ambíguos ou indeterminados, com a finalidade de limitar o espaço discricionário do juiz”.<sup>133</sup>

Da mesma forma, a expressão “imediatamente”, diante do caso concreto, pode ocasionar divergências interpretativas, na medida em que não especifica quanto tempo possuiria o agente público responsável pelo cumprimento da ordem para liberar o beneficiado pelo alvará.<sup>134</sup>

Conclui-se, a partir disso, que o tipo omissivo veiculado no inciso IV, do art. 12º, da Lei em estudo encontra-se em dissonância com os preceitos constitucionais, notadamente por não cumprir a determinação taxativa imposta pelo princípio da legalidade penal<sup>135</sup>, uma vez que o legislador não estabeleceu “as margens penais às quais está vinculado o julgador”.<sup>136</sup>

### 3.4. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO PRESO (ART. 13)

Nos termos do art. 13 da legislação hodierna configura abuso de autoridade:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

- I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
- II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
- III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Nota-se, assim, a criação de uma modalidade especial de constrangimento ilegal<sup>137</sup> levada a efeito através de violência, redução de capacidade de resistência ou grave ameaça.<sup>138</sup>

No que se refere ao inciso III do artigo em estudo, é oportuno evidenciar que ele havia

<sup>133</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

<sup>134</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 113.

<sup>135</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

<sup>136</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 143.

<sup>137</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 126.

<sup>138</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 130.

sido objeto de veto presidencial.<sup>139</sup> Na visão do Executivo:

A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o princípio da não produção de prova contra si mesmo não é absoluto como nos casos em que se demanda apenas uma cooperação meramente passiva do investigado. Neste sentido, o dispositivo proposto contraria o sistema jurídico nacional ao criminalizar condutas legítimas, como a identificação criminal por datiloscopia, biometria e submissão obrigatória de perfil genético (DNA) de condenados, nos termos da Lei nº 12.037, de 2009.<sup>140</sup>

Todavia, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional.<sup>141</sup>

Sob a perspectiva dos princípios constitucionais penais, percebe-se que não há incongruências entre o dispositivo estudado e o que dispõe a Constituição Federal, posto que é possível identificar a conduta a ser punida, já que o legislador foi preciso em relação as expressões utilizadas na norma penal.

Além disso, tendo em vista que, de acordo com o princípio da não autoincriminação, também denominado *nemo tenetur se detegere*, o réu ou o investigado não são obrigados a colaborar na produção de qualquer prova em favor da sua incriminação<sup>142</sup>, é razoável que a autoridade pública venha a ser punida por constranger o preso ou o detento, mediante grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro<sup>143</sup>.

Sendo, o artigo 13 da Lei 13.869/2019, portanto, constitucional.

### 3.5. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DEPOIMENTO INDEVIDO E AO INTERROGANDO (ART. 15)

Prescreve o dispositivo estudado que:

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.  
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:  
I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou  
II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

<sup>139</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 127.

<sup>140</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>141</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 127.

<sup>142</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 427.

<sup>143</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 130.

Constata-se, assim, que comete crime de abuso de autoridade todo aquele que estiver a frente de um processo ou mesmo procedimento e constrange a pessoa a ser ouvida ou interrogada.<sup>144</sup>

Dialogando com o artigo 207 do Código de Processo Penal<sup>145</sup>, o tipo penal previsto no *caput* visa proteger “os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, principalmente a dignidade da pessoa humana, bem como a Administração Pública no sentido amplo, que deve poder contar com que seus servidores atuem dentro da mais estrita legalidade”.<sup>146</sup>

No tocante ao parágrafo único, cumpre ressaltar que este havia sido vetado pelo Presidente da República, conforme o Executivo:

O dispositivo proposto gera insegurança jurídica e contraria o interesse público ao penalizar o agente pelo mero prosseguimento do interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio, embora o interrogatório seja oportunidade de defesa, pode ser conveniente à pessoa o conhecimento das perguntas formuladas, bem como exercer o silêncio apenas em algumas questões, respondendo voluntariamente às demais, cuja resposta, a seu exclusivo juízo, lhe favoreçam. Além disso, a falta de assistência por advogado ou defensor público durante o interrogatório não deve ser criminalizada, uma vez que se trata de procedimento administrativo de natureza inquisitiva e não configura falta de defesa ao indivíduo.<sup>147</sup>

Além de ser meio de prova, o interrogatório constitui um ato de defesa<sup>148</sup>, portanto, assiste razão ao Executivo ao firmar que, embora o agente tenha optado por exercer o seu direito ao silêncio, pode ser conveniente a ele tomar conhecimento das perguntas formuladas, escolhendo, a partir disso, permanecer em silêncio ou respondê-las, fato este que não violaria o artigo 5º, inciso LXIII da Carta Constitucional que, em síntese, determina que o preso deve ser informado sobre todos os seus direitos.<sup>149</sup>

Pertinente a falta de assistência por advogado ou defensor público, o art. 185 do Código de Processo Penal assevera que “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciário, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença do seu

<sup>144</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 149.

<sup>145</sup> Artigo 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

<sup>146</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 149.

<sup>147</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>148</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 670-672.

<sup>149</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2020.

defensor, constituído ou nomeado”.<sup>150</sup> Assim, embora se reconheça que a falta de defensor não deve ser criminalizada, a sua presença é essencial para o exercício do direito a defesa.

### 3.6. OMISSÃO DE IDENTIFICAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO FALSA (ART. 16)

Conforme o dispositivo supracitado, incorre em crime de abuso de autoridade, a ser punido com detenção, de 6 meses a 2 anos, a autoridade pública que, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, não se identifica corretamente ou se omite quanto a isso<sup>151</sup>, *in verbis*:

Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função.** (Grifo nosso)

Para o Presidente da República esse artigo deveria ser vetado, pois:

A propositura legislativa contraria o interesse público pois, embora seja exigível como regra a identificação da autoridade pela prisão, também se mostra de extrema relevância, ainda que em situações excepcionais, a admissão do sigilo da identificação do condutor do flagrante, medida que se faz necessária com vistas à garantia da vida e integridade física dos agentes de segurança e de sua família, que, não raras vezes, têm que investigar crimes de elevada periculosidade, tal como aqueles praticados por organizações criminosas.<sup>152</sup>

Entretanto, discordando do entendimento, o Congresso Nacional rejeitou o veto.<sup>153</sup>

Embora seja razoável que em situações excepcionais a autoridade pública mantenha o sigilo em relação a sua identificação pessoal, ao analisar o artigo supra, percebe-se que ele está em conformidade com a Carta Constitucional, notadamente com o que dispõe o inciso LXIV, artigo 5º que afirma que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua

<sup>150</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>151</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>152</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>153</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 152.

prisão ou por seu interrogatório policial”.<sup>154</sup>

### 3.7. SUBMISSÃO ILEGAL A INTERROGATÓRIO NOTURNO (ART. 18)

Conforme o art. 18 da nova Lei é consideração abuso de autoridade, punível com detenção, de seis meses a dois anos, a submissão do preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se ele tiver sido capturado em flagrante de delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações.<sup>155</sup>

Da leitura desse artigo, nota-se que o interrogatório não poderá ser realizado durante o período de repouso noturno quando se tratar de prisão temporária e prisão preventiva<sup>156</sup>, as quais estão fundamentadas no art. 1º da Lei nº 7.960/89<sup>157</sup> e o art. 311 do CPP<sup>158</sup>, respectivamente.

No entanto, em se tratando de prisão em flagrante, não há limitação de horário para a realização de interrogatório. Além disso, ainda que seja durante o período noturno, é possível realizá-lo desde que o investigado concorde e esteja acompanhado por seu defensor. Verificasse, portanto, que a lei visa impedir que o indivíduo venha a produzir prova contra si mesmo.<sup>159</sup>

Demais, percebe-se o legislador proibiu a realização do interrogatório durante o período de repouso noturno sem, no entanto, estabelecer um parâmetro ou defini-lo claramente, afrontando, por isso, o princípio da legalidade penal que obriga ao legislador a

<sup>154</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2020.

<sup>155</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>156</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 158.

<sup>157</sup> Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

[...]

<sup>158</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

<sup>159</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 160-161.

estabelecer às margens decisórias quais estão vinculadas o intérprete do direito<sup>160</sup>, pois a depender da localidade ou do parâmetro a ser adotado, o crime poderá restar configurado ou não.<sup>161</sup>

Para além, o tipo penal em estudo não informa os dias em que o interrogatório poderia ou não ser realizado. A respeito, Rogério Greco e Rogério Sanches<sup>162</sup> entendem ele pode ser realizado em qualquer dia, desde que não seja durante o período de repouso noturno.

Assim, diante das lacunas apresentadas pela norma, constata-se que o tipo penal incriminador veiculado neste artigo encontra-se em desconformidade com a legalidade penal.

### 3.8. OMISSÃO JUDICIAL DE PROVIDÊNCIAS QUANTO AO PLEITO DE PRESO (ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO)

Segundo o parágrafo único do artigo 19 da Lei 13.869/19, deve ser punido com detenção, de um a quatro anos e multa, “o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja”.<sup>163</sup>

Violando os princípios constitucionais penais da intervenção mínima e da proporcionalidade, a lei acabou por sancionar o juiz que deixar de agir de ofício para sanar uma ilegalidade praticada por outro agente público, punido, assim, a sua conduta omissiva.<sup>164</sup>

Entrementes, diante da realidade do judiciário brasileiro, que apresenta uma carga elevada de processos para uma quantidade reduzida de magistrados, não se mostra razoável que estes sejam submetidos ao processo penal em razão de tal conduta omissiva.<sup>165</sup> Além

<sup>160</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100-101.

<sup>161</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 159.

<sup>162</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 160.

<sup>163</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n° 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

disso, devido ao excesso de processos, prevalece o entendimento de que os prazos para a realização de atos jurisdicionais são impróprios<sup>166</sup>, por isso, não devem as autoridades públicas ser punidas.

Demais, tendo em vista que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>167</sup> em seu artigo 43 assevera que serão penalizados com advertência os juízes que houverem negligenciado o cumprimento de seus deveres funcionais, não é coerente que o Poder Legislativo altere o grau de reprovabilidade da conduta que administrativamente se caracteriza como infração de natureza leve. À vista disso, infringe o princípio da intervenção mínima, notadamente por não se mostrar razoável e proporcional.<sup>168</sup>

Por fim, percebe-se que, diante de tal criminalização, a independência judicial resta prejudicada, caracterizando, assim, uma ofensa ao disposto no artigo 41 da LOMAN<sup>169</sup>, que concretiza o princípio da independência judicial. Veja-se:

Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Verifica-se, portanto, que o dispositivo está em desconformidade com a Carta Constitucional.

### 3.9. IMPEDIMENTO DE ENTREVISTA DO PRESO COM ADVOGADO (ART. 20)

O artigo 20 da Lei nº 13.869/2019 considera como abuso de autoridade:

Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

Analisando o dispositivo supradito, vê-se a presença de um elemento normativo, a

<sup>166</sup> RORIZ, Rodrigo Matos. O tempo do processo e o prazo do juiz. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3827, 23 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26231>. Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>167</sup> BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>169</sup> BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

saber a “justa causa”, que para que seja possível a sua compreensão é necessário realizar uma atividade valorativa. Entretanto, ante a multiplicidade de significados que este elemento pode apresentar, já que é demasiadamente vago e genérico, não é possível delimitar, seguramente, quais comportamentos se subsomem à norma penal disposta no artigo 20 da Lei nº 13.869/2019.<sup>170</sup>

Nota-se, desse modo, a violação ao princípio constitucional da legalidade, já que não é possível integrar o tipo incriminador em estudo através de outra lei ou ato normativo, impossibilitando, conseqüentemente, que os indivíduos, principalmente os magistrados, identifiquem o teor da proibição e consigam se orientar pela norma.<sup>171</sup>

Nessa lógica, entendeu o Presidente da República ao vetar esse artigo, afirmando que:

O dispositivo proposto, ao criminalizar o impedimento da entrevista pessoal e reservada do preso ou réu com seu advogado, mas de outro lado autorizar que o impedimento se dê mediante justa causa, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, trata-se de direito já assegurado nas Leis n.º 7.210, de 1984 e 8.906, de 1994, sendo desnecessária a criminalização da conduta do agente público, como no âmbito do sistema Penitenciário Federal, destinado a isolar presos de elevada periculosidade.<sup>172</sup>

É oportuno observar, ainda, que caso o juiz venha a impedir a entrevista pessoal e reservado do preso com seu advogado poderá o réu alegar que houve o cerceamento do seu direito de defesa e requerer a nulidade do processo, ou seja, a conduta ora criminalizada pode ser rapidamente solucionada pela via recursal.<sup>173</sup>

Logo, em que pese o direito de entrevista pessoal e reservado do preso ser uma garantia que está presente em diversos documentos, tais como no inciso IX, do artigo 41, da Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 2984 e no inciso III, do artigo 7º, do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994<sup>174</sup>, *in verbis*:

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.  
Art. 41 - Constituem direitos do preso:  
[...]

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>172</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>174</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 173-174.

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Art. 7º São direitos do advogado:

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

Percebe-se que não se mostra adequada a criminalização da conduta nos termos descritos no *caput*, já que submeter a autoridade pública a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa representa uma medida manifestamente desproporcional, ante as possibilidades presentes no ordenamento jurídico brasileiro para reverter a decisão judicial que impediu a contato entre o réu e o seu defensor.<sup>175</sup>

À vista disso, também resta violado o princípio do livre exercício da função jurisdicional que está disposto no art. 5º, inciso XIII, e no art. 95 da Carta Constitucional.<sup>176</sup>

Logo, o artigo 20 da Lei nº 13.869/2019 é inconstitucional.

### 3.10. PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA (ART. 25)

O artigo 25 diz que incorre em crime de abuso de autoridade o agente público que:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

Ao utilizar o que seria “manifestamente ilícito”, o legislador acabou por criar um tipo penal incriminador bastante incerto, posto que esse elemento normativo é bastante amplo, ofendendo, por conseguinte, o princípio constitucional da legalidade que proíbe a utilização de cláusulas genéricas que “não permitem a percepção das diferenças materiais existentes entre os fatos regulados”.<sup>177</sup>

Cumprе ressaltar que, ante a impossibilidade de utilização de provas ilícitas, estas devem ser desentranhadas do processo, conforme o art. 157 do Código de Processo Penal,

<sup>175</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>177</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

pois violam a Constituição Federal. Dessa forma, a pena de detenção se mostra desproporcional, já que existem outros instrumentos que tratam da matéria. Revelando-se, assim, em uma norma contrária aos ditames constitucionais, ao ferir, também, o princípio da proporcionalidade.<sup>178</sup>

Sendo, portanto, inconstitucional o artigo examinado.

### 3.11. REQUISIÇÃO E INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO JUDICIAL, POLICIAL, FISCAL OU ADMINISTRATIVO (ART. 27)

Nos termos do dispositivo em comento, será penalizado com detenção de seis meses a dois anos e multa, a autoridade pública que “requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”.<sup>179</sup>

Constata-se, pois, que será “sujeito ativo do crime qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta ou indireta ou funcional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, com atribuição para instaurar ou requisitar investigação penal, administrativa ou disciplinar”.<sup>180</sup>

Prescreve o artigo 40 do Código de Processo Penal que:

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Portanto, aplica-se o disposto no artigo 27 da nova Lei de Abuso de Autoridade aos juízes. Nesse sentido, caso o representante do Ministério Público deixe de ingressar com uma ação penal por não reconhecer a existência do crime, ante a ausência de indícios, poderá o magistrado ser submetido a um processo criminal.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>180</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 246.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

No entanto, tendo em vista que “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”<sup>182</sup>, a norma penal em estudo se revela não só como uma ofensa ao princípio da intervenção penal mínima, mas também ao da proporcionalidade, pois a Lei nº 13.869/2019 criminalizou uma conduta entendida como legítima pelo Código de Processo Penal, violando, por conseguinte, o princípio da independência judicial (CF/1988, art. 95, I, II e III, e 93, IX).<sup>183</sup>

Outrossim, ao fazer uso da expressão “qualquer indício” o legislador criou uma norma penal aberta, de difícil integração pelo intérprete do direito, infringindo o princípio da legalidade penal (CF/1988, art. 5º, XXXIX).<sup>184</sup>

Assim, por infringir os princípios anteriormente mencionados, o artigo 27 da Lei nº 13.869/2019 se revela inconstitucional.

### 3.12. DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE GRAVAÇÃO (ART. 28)

Visando proteger o sigilo das comunicações, o artigo 28 da lei em análise estabelece que:

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Dissertando sobre o tipo incriminador em comentário Rogério Greco e Rogério Sanches aduzem que:

O sigilo das comunicações vem assegurado por expressa disposição constitucional, como se vê do teor do inc. XII, do art. 5º da Carta, ao prever que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Guarda íntima relação, ainda, com o disposto no inc. X do mesmo dispositivo constitucional, que protege o direito à intimidade da pessoa<sup>185</sup>.

No mesmo sentido, temos a Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça, que “disciplina as rotinas quanto ao sigilo a ser observado na Lei nº 9.296/1996, no que se refere a

<sup>182</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>185</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 252.

transmissão e preservação de dados obtidos por meio dessa diligência”<sup>186</sup>, e assevera em seu art. 17 que:

Art. 17. Não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

Diante do que foi delineado, nota-se que o artigo 28 da nova Lei de Abuso de Autoridade encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, não ocasionando nenhuma ofensa aos princípios constitucionais penais.

### 3.13. FALSIDADE DE INFORMAÇÃO SOBRE PROCEDIMENTO JUDICIAL, POLICIAL, FISCAL OU ADMINISTRATIVO (ART. 29)

De acordo com o art. 29 da legislação hodierna será punido com detenção, de seis meses a 2 anos, a autoridade pública que “prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado”.<sup>187</sup>

Nesse sentido, percebe-se que o legislador acabou por criar uma “modalidade especial de falsidade ideológica, na qual o agente, no bojo de procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo, presta informação falso no cumprimento do seu dever”.<sup>188</sup>

Com o fito de tutelar os direitos e garantias fundamentais, bem como a credibilidade do conteúdo das informações prestadas nos procedimentos supra, esta infração penal de menor potencial ofensivo, só é punível a título de dolo e quando restar comprovado o interesse de prejudicar o investigado.<sup>189</sup>

Analisando o artigo em comento, nota-se que ele não ofende os princípios constitucionais penais, estando, assim, em conformidade com a Constituição Federal.

<sup>186</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 253.

<sup>187</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>188</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 258.

<sup>189</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 258-259.

### 3.14. PERSECUÇÃO SEM JUSTA CAUSA (ART. 30)

Pune-se, nos termos do art. 30 da Lei 13.869/2019, a autoridade pública que der “início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”.<sup>190</sup>

Examinado o tipo penal incriminador acima descrito, constata-se a presença de uma norma aberta, posto que o elemento normativo “sem justa causa fundamentada”, impede que o intérprete do direito consiga delimitar, com concretude e segurança, quais os comportamentos punidos pela norma.<sup>191</sup>

Nessa perspectiva, Rogério Greco e Rogério Sanches informam que:

Mas o que se entende por “justa causa”? Chama a atenção a amplitude da expressão, sobretudo quando utilizada como fundamento para impetração de habeas corpus (art. 648, inc. I do CPP), dificultando uma conceituação mais precisa.  
[...]  
Essa indisfarçável imprecisão do elemento típico é incompatível com normas incriminadoras, razão pela qual o dispositivo em comento é de duvidosa constitucionalidade.<sup>192</sup>

Não sem razão, o artigo em estudo foi objeto de veto presidencial, veja-se:

A propositura legislativa viola o interesse público, além de gera insegurança jurídica, tendo em vista que põe em risco o instituto da delação anônima (a exemplo do disque-denúncia), em contraposição ao entendimento consolidado no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 1.957-7/PR, Dj. 11/11/2005), de que é possível a apuração de denúncia anônima, por intermédio de apuração preliminar, inquérito policial e demais medidas sumárias de verificação do ilícito, e se esta revelar indícios da ocorrência do noticiado na denúncia, promover a formal instauração da ação penal.<sup>193</sup>

Embora o veto tenha sido derrubado pelo Congresso Nacional<sup>194</sup>, é inegável a violação aos princípios da legalidade penal (CF/88, art. 5º, XXXIX), na medida em que não especifica

<sup>190</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>192</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 262-263.

<sup>193</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>194</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 261.

o que seria a justa causa, da intervenção mínima ao criminalizar uma conduta que não ocasiona uma ofensa demasiada, da proporcionalidade e da independência judicial (CF/88, art. 95, I, II e III, e 93, IX).<sup>195</sup> Logo, o artigo 30 da Lei 13.869/2019 é inconstitucional.

### 3.15. IMPEDIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE INSTRUÇÃO PRELIMINAR (ART. 32)

Estabelece o artigo 32 que:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Este disposto chegou a ser vetado pelo Presidente da República com os seguintes argumentos:

A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o direito de acesso aos autos possui várias nuances e pode ser mitigado, notadamente, em face de atos que, por sua natureza, impõem o sigilo para garantir a eficácia da instrução criminal. Ademais, a matéria já se encontrar parametrizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14.<sup>196</sup>

Da análise do tipo incriminador ora examinado, é possível constatar que não se mostra razoável punir o magistrado pela conduta indicada no tipo, já que, caso venha a ser realizada, é possível solucionar a nulidade por ofensa ao exercício do direito de defesa através de recurso judicial.<sup>197</sup>

Nessa perspectiva, há a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A norma em estudo revela-se, por isso, em uma ofensa ao princípio da

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>196</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

proporcionalidade (CF/88, art. 5º, LIV) e ao princípio da intervenção mínima ao tipificar uma conduta que apresenta baixa reprovabilidade<sup>198</sup>. Para além, administrativamente, caso restasse comprovada alguma incoerência na conduta do magistrado, poderia ele ser sancionado nos termos do art. 44 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>199</sup>, *in verbis*:

Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único - O Juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.

Ao ferir o princípio da intervenção mínima, o artigo supra ofende a Carta Constitucional, sendo, então, inconstitucional.

### 3.16. DECRETAÇÃO INDEVIDA DE INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS E OMISSÃO DE CORREÇÃO (ART. 36)

Incorre no crime previsto no art. 36 da nova Lei de Abuso de Autoridade o magistrado que:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Do exame desse tipo penal, nota-se que não é possível identificar com clareza o alcance da norma penal, pois os elementos normativos “extrapole exacerbadamente” e “excessividade da medida” não podem ser integrados por outro instrumento normativo, revelando, assim, uma norma penal aberta<sup>200</sup>, contrariando, conseqüentemente, o princípio da legalidade penal.

A respeito desses elementos normativos, Rogério Greco e Rogério Sanches afirmam que:

[...] Perguntamos: o que se entende por exacerbadamente? A norma, nesse tanto, não parece certa, mas de difícil compreensão, ferindo, conseqüentemente, o princípio da taxatividade. De nada vale a observância a anterioridade da lei se esta

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

não estiver dotada da clareza necessária, de modo a permitir reduzir o grau de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

A ambiguidade na criação do tipo penal é campo fértil para prosperar a arbitrariedade e deve ser combatida. O crime em estudo nos parece, portanto, inconstitucional.<sup>201</sup>

Para mais, tendo em vista que “mesmo a pena privativa de liberdade de curta duração (detenção, prisão simples), não pode vingar quando existem ou modos, menos gravosos e, sobretudo, mais proveitosos, para a composição do litígio”<sup>202</sup>, não é razoável a punição nos termos delineados, ante ao baixo grau de reprovabilidade da conduta, fato este que implica a violação, mais uma vez, do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>203</sup>

Demais, por interferir na independência judicial, infringe também o disposto nos artigos 95, inciso I, II e III e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.<sup>204</sup> Revelando, destarte, inconstitucional.

### 3.17. DEMORA INJUSTIFICADA DE VISTA EM ÓRGÃO COLEGIADO (ART. 37)

De acordo com o art. 37 da Lei nº13.869/2019, o crime de abuso de autoridade se caracteriza quando o agente público:

Art. 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A leitura desse dispositivo revela a presença de uma norma penal aberta, que possibilita um alto grau de variabilidade subjetiva quando na aplicação da lei.<sup>205</sup> Na visão de Rogério Greco e Rogério Sanches:

Mas deve ser alertado que o tipo não se contenta com o fato de o agente extrapolar o prazo normativo, mas deve fazê-lo injustificadamente e por tempo *demasiado*. A pergunta parece inevitável: o que se entende por prazo demasiado? Apesar de criada por lei estrita, escrita e anterior, a norma não parece certa, leia-se, de fácil compreensão, ferindo, conseqüente, o princípio da taxatividade.<sup>206</sup>

<sup>201</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 285-286.

<sup>202</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>205</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 290.

<sup>206</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 290.

Evidencia-se, assim, a violação ao princípio da legalidade, pois, para além do que foi afirmado, não é possível vislumbrar no ordenamento jurídico brasileiro ato normativo ou lei aptos a esclarecer o que seria “demorar demasiadamente”.<sup>207</sup>

Ademais, ante o grande volume de processos em tramitação no judiciário brasileiro, não se mostra razoável criminalizar uma conduta que não é lesiva a sociedade. Logo, resta consignada a violação aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade<sup>208</sup>. Outrossim, consoante o art. 43 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, caso ficasse comprovado que a autoridade deixou de devolver os autos visando procrastinar ou retardar o julgamento, negligenciando o cumprimento de seus deveres funcionais, seria a ela aplicada a pena de advertência, sendo desnecessário a aplicação de uma sanção penal. Veja-se:

Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

À luz dos princípios constitucionais penais, conclui-se que o dispositivo estudado é inconstitucional.

### 3.18. INTERCEPTAÇÃO ILEGAL DE COMUNICAÇÕES (ART. 41 – INTROD. ART. 10 DA LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996)

O artigo 41 da Lei nº 13.869/2019 alterou o artigo 10 da Lei nº 9.296/96 que passou a vigorar nos seguintes termos:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:  
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.  
Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no **caput** deste artigo com objetivo não autorizado em lei. (NR)

Depreende-se da leitura do artigo acima que as interceptações telefônicas e as quebras de segredo de Justiça sem autorização judicial configuram crime punível com detenção, de dois a quatro anos e multa.

O dispositivo supra encontra-se em conformidade com o que dispõe o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, *in verbis*:

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;**

(Grifo nosso)

Com o fito de regulamentar a parte final do inciso supramencionado, a Lei nº 9.296/96 dispõe em seu art. 1º que:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Logo, em que pese a falta de técnica do legislador ao elaborar o tipo, uma vez que, conforme, consoante Rogério Greco e Rogério Sanches:

É que a escuta é um “minus” quando comparada com a interceptação. Aquela, repetimos, tem a concordância de um dos interlocutores. Esta, de nenhum deles. Ora, se é crime realizar escuta ambiental sem ordem judicial, obviamente também é crime a interceptação sem autorização.<sup>209</sup>

Verifica-se que o dispositivo está em conformidade com a legislação penal vigente.

### 3.19. VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA DE ADVOGADO (ART. 43 – INTROD. ART. 7º-B DA LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994)

A nova Lei de Abuso de Autoridade, em seu artigo 43, alterou o art. 7º da Lei 8.906/94, ao acrescentar o art. 7º-B que dispõe:

Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Nota-se, dessa forma, que será punido com detenção, pelo período de 3 meses a 1 ano e multa, a autoridade pública que violar os seguintes direitos e/ou prerrogativas do advogado, a saber:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

II - ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo

<sup>209</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 313-318.

caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB;

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Em que pese se reconheça a importância da advocacia à administração da justiça, não se mostra plausível que eventuais violações às prerrogativas dos advogados dê ensejo a persecução penal, já que podem ser questionadas em sede de recurso.<sup>210</sup>

Importa evidenciar o que ensina Bitencourt:

(...) a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o estabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>211</sup>

Constata-se, por conseguinte, que a norma em análise infringe o princípio constitucional da intervenção mínima, na medida em que criminaliza condutas consideradas legítimas pelo ordenamento jurídico brasileiro, posto que as prerrogativas dos advogados não são absolutas.<sup>212</sup> Outrossim, a punição aplicada à conduta, considerada pela Lei em estudo como reprovável, deve ser reprimida no âmbito administrativo e não através do processo penal, à vista disso, a norma acaba por violar também o princípio da proporcionalidade (CF/88, art. 5º, LIV).<sup>213</sup>

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>211</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

<sup>212</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 313-318.

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

Percebe-se, desse modo, que esse tipo penal incriminador afeta o exercício independente da jurisdição, apresentando-se em dissonância com o princípio da independência judicial dos magistrados (CF/88, art. 95, I, II e III, e 93, IX).<sup>214</sup>

Não sem razão, esse artigo foi objeto de veto presidencial pelos seguintes argumentos:

A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico. Ressalta-se que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008).<sup>215</sup>

Ante o exposto, constata-se que, embora o veto tenha sido rejeitado<sup>216</sup>, o tipo penal estudado encontra-se em desconformidade com a legislação brasileira.

---

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>215</sup> BRASIL, Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>216</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 314.

## CONCLUSÃO

O exercício de qualquer função pública deve sempre ser pautado no respeito aos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, bem como no que prescreve a Constituição Federal, já que é de interesse de toda a sociedade “o normal funcionamento e o prestígio da Administração pública, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade e ao decoro funcional”.<sup>217</sup>

Assim, havendo excessos e arbitrariedades no exercício de suas funções, deve o agente público ser punido. Nesse cenário, surgiu a Lei nº 13.869/2019 com o fito atualizar a legislação penal quanto à repressão e prevenção de comportamentos decorrentes do abuso de poder, visando proteger, por conseguinte, os direitos dos cidadãos.<sup>218</sup>

Entretanto, diante do contexto em que a nova Lei de Abuso de Autoridade foi editada, o legislador acabou por formular tipos penais demasiadamente abertos, utilizando-se de expressões que não podem ser integralizados por outros atos normativos ou leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>219</sup>

À vista disso, o presente trabalho foi desenvolvido com a pretensão de averiguar se os novos crimes criados pela Lei nº13.869/2019 e direcionados aos juízes estão ou não em conformidade com a Constituição Federal.

Da análise dos dispositivos foi possível constatar que o legislador não respeitou as limitações impostas pelos princípios constitucionais penais, notadamente o que determina os princípios da legalidade penal e da intervenção mínima.

O princípio da legalidade penal impõe ao legislador que, quando na elaboração de normas penais, descreva da forma clara possível o fato punível, devendo, para isso, evitar a utilização de expressões vagas, ambíguas ou indeterminadas, a fim de que seja possível limitar a discricionariedade do juiz ou, quando não for possível estabelecer precisamente a conduta a ser punida, limite ao máximo a discricionariedade do intérprete.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 11-12.

<sup>218</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 12.

<sup>219</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 12-13.

<sup>220</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 142-143.

Ao examinar os crimes direcionados aos magistrados, foi possível constatar que grande parte deles são inconstitucionais por violarem o princípio da legalidade penal, pois ao utilizar expressões como “justa causa”, “manifestamente ilegal”, “prazo razoável”, o Poder Legislativo ampliou demais as possibilidades de interpretação, impossibilitando, assim, que o intérprete do direito identifique qual é o fato punível.<sup>221</sup>

Além disso, ante as divergências que a interpretação dos artigos pode ocasionar, muitos dispositivos acabam por criminalizar a atividade interpretativa que é típica do cotidiano forense, apresentando-se, por diversas vezes, incompatíveis com a excludente de dolo disposta no parágrafo 2º, do artigo 1º, da nova legislação<sup>222</sup> que dispõe que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.<sup>223</sup>

Demais, muitos dos dispositivos analisados também violam o princípio da intervenção mínima, na medida em que criminalizam condutas típicas do cotidiano dos magistrados, que não apresentam alto grau de reprovabilidade e que, muitas vezes, já são consideradas como infrações administrativas de natureza leve pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional ou que facilmente poderiam ser solucionados pela via recursal.<sup>224</sup>

Outrossim, ao violar esses princípios, criando tipos penais demasiadamente abertos e tipificando condutas com baixo grau de reprovabilidade, a nova Lei de Abuso de Autoridade acabou por limitar a independência funcional, ante o receio de que a reforma de uma decisão possa submeter o agente público a persecução penal.<sup>225</sup>

Assim, diante da interpretação dos princípios constitucionais penais, foi possível

---

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>223</sup> BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>224</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>225</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

constatar a inconstitucionalidade de muitos dos dispositivos da Lei nº 13.869/2019.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 59, de 09 de setembro de 2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=101>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

*In: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Brasília, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *In: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Brasília, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. *In: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Brasília, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *In: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal *In: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Brasília, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil.* Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil.* Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL. Mensagem n 406, de 5 de setembro de 2019. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil.* Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6236/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792383>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível por ato administrativo restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. In: \_\_\_\_\_. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994, p. 16.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4.

COSTA, Daniel Tempski Ferreira da Costa. **Projeto da Lei de abuso de autoridade: sugestões de *Lege Ferenda* em face do velado crime de hermenêutica**. In: Revista Justiça E Sistema Criminal, V. 9, N. 17, P. 241-266, Jul./Dez. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.; SOUZA, R. Ó. (org). **Leis penais especiais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Abuso de autoridade. Comentários e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais, volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SARMENTO, George. **Abuso de autoridade: a dupla face dos limites do exercício do poder: análise crítica e dogmática da Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019, em vias de publicação**. Sem editora, sem data.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Aniversário dos 51 anos da lei de Abuso de Autoridade no Brasil. E as novidades do novo projeto de lei. Conquistas ou retrocessos?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54393/aniversario-dos-51-anos-da-lei-de-abuso-de-autoridade-no-brasil-e-as-novidades-do-novo-projeto-de-lei-conquistas-ou-retrocessos>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RORIZ, Rodrigo Matos. O tempo do processo e o prazo do juiz. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3827, 23 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26231>. Acesso em: 07 jan. 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.