

COLEÇÃO

**CARREIRAS
POLICIAIS**

COORDENADORES
EDUARDO FONTES
HENRIQUE HOFFMANN

Autores

Adriano Sousa Costa | Eduardo Fontes | Henrique Hoffmann

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

2^a | revista,
edição | ampliada e
atualizada

2021

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

Introdução

Ninguém duvida que é importante a existência, no ordenamento jurídico, de uma lei para punir o abuso de autoridade. Afinal, todo aquele que tem poder tende a abusar dele, daí a necessidade de **mecanismos de controle**.¹ A legislação deve conferir não apenas **poderes**, mas também **deveres** àqueles que agem em nome do Estado, criando instrumentos de punição para as hipóteses em que o agente público não pautar sua atuação em nome do interesse público.

Configura-se **abuso de poder** quando o agente público (a) **excede os limites** de sua **competência** (excesso de poder) ou (b) pratica ato com **finalidade diversa** da lei (desvio de poder).

O ato de abuso de autoridade continua a prever **tríplice responsabilidade**: administrativa, civil e penal.

Vale sublinhar que o **direito de representação** está previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição:

Art. 5º, XXXIV, a. 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 de poder.

No âmbito penal, objeto da Lei 13.869/19, nota-se a tipificação de crimes funcionais, cometidos pelo agente público, que extrapola os limites de atuação e fere o interesse público.

A anterior Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898/65 teve como mérito possibilitar à vítima de qualquer abuso de poder por parte de um agente

1. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Capítulo 2

Vigência e Direito Intertemporal

A Lei 13.869/19 revogou a Lei 4.898/65 e estabeleceu a nova Lei de Abuso de Autoridade.

Foi publicada em 05 de setembro de 2019, com *vacatio legis* de 120 dias, entrando em vigor em **03 de janeiro de 2020**, pois se computa o dia da publicação, e a entrada em vigor ocorre no dia subsequente ao término do prazo (art. 8º, § 1º da Lei Complementar 95/98).

Vale destacar que, quanto aos crimes que tiveram os vetos derrubados pelo Congresso, a publicação dos arts. 3º, 9º, 13, III, 15, parágrafo único, I e II, 16, 20, 30, 32, 38 e 43 se deu em 27 de setembro de 2019, acarretando vigência no dia 25 de janeiro de 2020.

De outro lado, importante é a comparação entre as leis (direito intertemporal). Com a revogação da Lei 4.898/65 pela Lei 13.869/19, houve basicamente 3 situações que precisam ser analisadas sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo, pois temos:

a) condutas que continuaram criminosas (**continuidade normativo-típica**), com ou sem modificação da redação (prejudicando ou beneficiando o agente);

b) condutas que não eram criminosas e passaram a ser (*novatio legis incriminadora*);

c) condutas criminosas que passaram a ser atípicas (*abolitio criminis*).

Capítulo 3

Histórico

A edição da Lei 13.869/19 trouxe muita polêmica em razão do contexto de seu surgimento.

Uma série de grandes operações policiais, a exemplo do *Mensalão* e da *Lava Jato*, atingiram de forma única a cúpula do poder político e econômico do país, em fenômeno criminológico¹ inédito no Brasil. Empresários e políticos que antes eram praticamente imunes à lei penal passaram a ser investigados, presos e condenados. Finalmente foi possível chegar à **criminalidade institucionalizada**, definida como o conjunto de delitos perpetrados por políticos e empresários, que conquista o poder político e econômico pelo sufrágio (voto) e sucesso econômico (lucro), por meio de ação de autoridades através da caneta.

O crime institucionalizado, com seus exércitos de nomeados em cargos e funções estratégicas, tem o poder de elaborar e promulgar normas administrativas, e até leis, que facilitem sua própria consecução. Enquanto organizações criminosas convencionais se servem de ameaças e violência explícita contra os adversários, o crime institucionalizado promove vinganças legislativas contra aqueles que se põem em seu caminho. Elas se consumam com a elaboração de projetos de lei que buscam inibir ou dificultar o trabalho dos investigadores.²

Nessa esteira, o incremento da ação persecutória do Estado gerou **reação dos parlamentares** (muitos dos quais investigados, réus ou condenados

1. FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Criminologia*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 27.

2. ANSELMO, Márcio; PONTES, Jorge. *Crime.gov: quando corrupção e governo se misturam*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 90-91.

Capítulo 4

Constitucionalidade

Se a necessidade de punir os excessos é indiscutível, geram controvérsia (a) o **modo de produção da lei**, (b) a **forma de criminalizar o abuso de poder** e (c) a **destinação dos delitos**.

Uma lei dessa envergadura deveria ter passado por um debate intenso junto à comunidade jurídica e à sociedade como um todo. Ao ser feita a toque de caixa, com votação simbólica (e não nominal) e em regime de urgência, o **processo legislativo pecou pela falta de transparência**, impedindo uma melhoria da qualidade da legislação.

Com efeito, os tipos penais devem ser certos, taxativos, não sendo lícito ao legislador conceber o crime com redação vaga cujo conteúdo seja definido por outrem. Ao criar **tipos penais abertos**, são estabelecidas zonas cinzentas sobre a adequação da atuação dos agentes públicos. Com a utilização de expressões vagas e imprecisas como *prazo razoável*, *manifesta desconformidade*, *manifestamente descabida* e *manifestamente ilícito*, não definidas por qualquer norma, a Lei parece ter malferido o princípio da tipicidade dos delitos (art. 5º, XXXIX da CF) e aberto espaço para a criminalização da hermenêutica. Claro que é possível a criação de elementos normativos dentro do tipo penal, aqueles que reclamam uma interpretação valorativa (juízo de valor),¹ o que não pode ser confundido com autorização para inserção de termos exageradamente amplos.

E não se diga que o problema se resolve pelo fato de os termos possuírem sempre o mesmo significado, a saber, de *absolutamente e completamente*.²

-
1. LUISI, Luís. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 57.
 2. CAPEZ, Fernando; ROBERT, Hans. *Lei de abuso: limite da liberdade jurisdicional para assegurar a individual*. Revista Consultor Jurídico, out 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/lei-abuso-limite-liberdade-jurisdicional-liberdade-individual>. Acesso em: 29 nov. 2019.

Ora, o fato de expressões vagas terem sinônimos não elimina sua **imprecisão**. Exemplificando, o termo *ato obsceno* (que consta no crime do art. 233 do CP) tem como palavras equivalentes *indecoroso* e *vulgar*, o que não retira a inexatidão da expressão. Esses vocábulos são eminentemente valorativos, com alta carga de subjetivismo, o que não se compatibiliza com a precisão exigida pelo princípio da legalidade. Tais elementos normativos não podem permanecer totalmente livres ao sabor de cada intérprete, como se a incidência do delito dependesse unicamente da abstrata percepção do operador do Direito acerca da correção da atitude do agente público.

Nessa esteira, a única forma de aplicar esses delitos de constitucionalidade duvidosa é observando a limitação interpretativa de tais termos vagos, o que é exigido pela própria norma quando impede a incidência de crime por mera divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas (art. 1º, §2º).

O fato de se demandar finalidade especial do agente para a configuração do crime não afasta a insegurança. Fosse a finalidade somente prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, como ocorre em outras legislações, a exemplo de Portugal (art. 382 do Código Penal) e Itália (art. 323 do Código Penal), a lei penal seria dotada de alguma precisão. Todavia, também previu o legislador como elemento subjetivo específico, alternativamente, o mero capricho ou satisfação pessoal. O elemento subjetivo do tipo, portanto, é indicado igualmente por expressão vaga, de alto grau de subjetividade, sendo fácil dizer que o agente público agiu por *capricho ou satisfação pessoal* e o submeter a uma apuração por abuso de autoridade.

Além disso, a circunstância de a lei anterior conceber tipos mais abertos do que a lei atual (quando criminalizava no art. 3º, *a*, qualquer atentado à liberdade locomoção, por exemplo)³ não muda o fato de persistir a violação à taxatividade, ainda que de forma menos escancarada. Os tipos penais “não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”⁴

A lei penal é uma espécie de lei restritiva de direitos fundamentais, e por isso deve observar os chamados *limites dos limites* dos direitos fundamentais, dentre os quais ganha destaque a reserva de lei proporcional.⁵ O legislador

3. NUCCI, Guilherme de Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Migalhas, out 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 03 out. 2019.

4. ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 29.

5. PIEROT, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, p. 79-80.

Capítulo 6

Elemento Subjetivo (Tipo Subjetivo)

6.1. Elemento subjetivo geral e especial

O elemento subjetivo geral no abuso de autoridade é o **dolo**. Não há previsão legal de abuso de autoridade culposo. Entretanto, logo no seu artigo inaugural a lei evidencia que o dolo, por si só, não é suficiente para que o crime se perfeça. Além da consciência (elemento cognitivo) e da vontade (elemento volitivo) que compõem o dolo, é preciso algo a mais, uma finalidade específica que deve animar a conduta do agente. Vejamos o dispositivo:

Art. 1º. (...)

§ 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.

Além da consciência e da vontade de realizar as condutas descritas na lei, o agente público deve agir com a **finalidade específica** (elemento subjetivo especial) de, alternativamente (art. 1º, §1º):

- a) **prejudicar outrem;**
- b) **beneficiar a si mesmo ou a terceiro;**
- c) **por mero capricho;**
- d) **por satisfação pessoal.**

exame das migalhas fáticas (a exemplo da decisão escrita) que permitem a descoberta do seu elemento subjetivo verdadeiro.

6.9. Interpretação equivocada e possíveis consequências deletérias

Caso prevaleça interpretação equivocada que presuma a má-fé do agente público, em vez de trazer mais higidez ao serviço público, a lei tem o potencial de prejudicar a regular execução das missões institucionais de cada órgão e inibir a atuação da autoridade no exercício de sua função.

Ao posicionar sob a cabeça do agente público uma espada de Dâmo-cles, especialmente o policial (destinatário da maioria dos crimes), cria-se enorme **insegurança** na ação das autoridades, incentivando a omissão. E quem perde com a inação dos agentes públicos é a sociedade.

O serviço público não deve se transformar em atividade de risco insuportável, na qual o agente público, pelo tão só fato de ter cumprido seu dever, pode, da noite para o dia, ser taxado de criminoso. Afinal, não raras vezes desagrada o cidadão que sofre a ação estatal amparada na lei (por exemplo, quando é preso, interrogado, indiciado ou acusado), que agora tem nas mãos um poderoso instrumento de vingança.

Não se pode admitir que poderosos malfeitores usem a lei como escudo protetivo para suas práticas ilícitas, invertendo o foco de persecução (do criminoso para a autoridade) e colocando o agente público como suspeito de ilícitos penais. O servidor público não deve se sentir intimidado por retaliações pelo tão só fato de estar a desempenhar suas atribuições. O receio de injusta penalização pode prejudicar a atuação das instituições, cujos membros se tornariam omissos, em prejuízo à irrenunciável atuação estatal. A cultura do medo teria força para causar insuperável lentidão da máquina pública.

Rui Barbosa ensinava, ao falar sobre o julgador, que se aquele:

cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal.⁹

9. BARBOSA, Rui. *Novum Crimen: O Crime de Hermenêutica*. In: Obras Completa de Rui Barbosa, V. XXIII. 1896. Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 227-306.

Se prevalecer a criminalização a hermenêutica, conferindo vantagens ao criminoso em relação aos componentes do aparato estatal, a Lei de Abuso de Autoridade passará a ser verdadeiro *Estatuto da Criminalidade*. Daí a doutrina falar que este diploma legal está contaminado:

(...) por diversos tipos penais abertos e indeterminados, de duvidosa constitucionalidade, praticamente transformando o exercício de qualquer função pública, ainda que de maneira legítima, em uma verdadeira atividade de risco.¹⁰

Elemento subjetivo do abuso de autoridade	
Elemento subjetivo geral e especial	exige-se dolo e finalidade específica
Presunção de boa-fé	há presunção (relativa) de boa-fé sobre a conduta do agente, cabendo àquele que pretende desconstituí-la o ônus de demonstrar a má-fé por meio de elementos concretos
Divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas	não acarreta abuso de autoridade, vedando-se o crime de hermenêutica (excepcionalmente existem limitações à interpretação, como no caso de súmula vinculante do STF)
Incompatibilidade com o dolo eventual	a finalidade específica exigida do agente só pode ser atingida com vontade, e não com mera assunção do risco de atingir o resultado

10. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 53.

PARTE ESPECIAL

**CRIMES DE ABUSO
DE AUTORIDADE**

Capítulo 1

Decretação ilegal de privação da liberdade

1.1. Dispositivo legal

Figura simples	Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Figura equiparada	Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I – relaxar a prisão manifestamente ilegal; II – substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III – deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível

1.2. Classificação

Crime de decretação ilegal de privação da liberdade	
crime de mão própria	crime formal
crime instantâneo de efeitos permanentes	crime de dano
crime de forma livre	crime comissivo (decretar) ou omissivo (deixar de)
crime de médio potencial ofensivo	

1.3. Constitucionalidade e veto derrubado

Em uma análise global, a Lei de Abuso de Autoridade é questionável por ter sido feita a toque de caixa, com votação simbólica (e não nominal) e em regime de urgência, com parco debate (exatamente o oposto que deve ocorrer no devido processo legislativo), e também por ter o legislador escolhido alvos preferenciais para sofrer incidência dos tipos penais (o que não se coaduna com o princípio da impessoalidade – art. 37 da CF – e pode configurar abuso do poder de legislar). Mas também merece registro análise específica quanto a este delito.

Causa estranheza a pena máxima de 4 anos para quem decreta prisão em desconformidade com a lei, sabendo que quem mata alguém culposamente merece pena máxima de 3 anos (art. 121, §4º do CP). O legislador deve obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV da CF), que lhe proíbe o excesso.

Como se não bastasse, a vagueza e imprecisão do legislador não é recomendada pelo princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX da CF). Justamente por se tratar de tipo penal aberto e gerar insegurança jurídica, o dispositivo havia sido vetado, mas o Congresso houve por bem derrubá-lo. O termo *manifesta desconformidade com as hipóteses legais* é vago e enseja dúvidas. Nas razões do veto presidencial consta que “gera insegurança jurídica (...) o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta”.

De alguma maneira o próprio legislador reconheceu as considerações sobre a inconstitucionalidade deste delito, pois quanto ao tipo penal que também criminalizava a indevida privação da liberdade, a saber, decretação ou execução ilegal de prisão em flagrante (art 11), manteve o veto, em cuja justificativa constou que “gera insegurança jurídica, notadamente aos agentes da segurança pública, tendo em vista que há situações que a flagrância pode se alongar no tempo e depende de análise do caso concreto. Ademais, a propositura viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada”.

1.4. Bem Jurídico Tutelado

Como todo crime de abuso de autoridade, trata-se de crime pluriofensivo, existindo 2 bens jurídicos tutelados.

De forma imediata ou principal temos a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas físicas e jurídicas, nesse caso especificamente a liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LXI da CF).

O bem jurídico tutelado de maneira mediata ou secundária é a normalidade e a regularidade dos serviços públicos, isto é, o bom funcionamento do Estado.

1.5. Sujeito Ativo

Como vimos, de forma geral o crime de abuso de autoridade pode ser classificado como próprio quanto ao sujeito ativo (arts. 1º e 2º).

No entanto, a conduta descrita no art. 9º assume contornos de crime de mão própria, na medida em que o legislador, ao empregar o verbo *decretar*, indica que o delito só pode ser praticado por magistrado. Se também fosse criminalizada a conduta de *executar*, poderia figurar como autor o servidor do Judiciário responsável por cumprir a ordem do juiz e expedir o mandado.

Vale lembrar que a classificação como de mão própria ao delito não inviabiliza a figura do partícipe, em qualquer de suas modalidades (induzimento, instigação ou auxílio), como ocorre, por exemplo, quando auxiliares do magistrado, previamente ajustados e com identidade de desígnios, confeccionam a ordem de decretação ilegal.

No entanto, é lição corrente na doutrina que os crimes de mão própria são incompatíveis com a coautoria, pois não se pode transferir a quem não possui a especial condição legalmente exigida a execução da conduta típica. Isso, todavia, não inviabiliza a coautoria quando o órgão colegiado decreta a medida privativa de liberdade, a exemplo do que ocorre nos crimes que envolvem organização criminosa (art. 1º, §6º da Lei 12.964/12), em que uma prisão temporária ilegal pode ser firmada pelos 3 juízes que compõem o colegiado. Nesse episódio, todos serão responsabilizados pelo crime do art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade. Isso não é novidade em nosso ordenamento jurídico, porquanto situação semelhante se dá quando dois peritos elaboram em conjunto um laudo falso, violando a norma penal do art. 342 do CP, igualmente classificada como delito de mão própria.

Destaca-se, ainda, que o sujeito ativo não se limita ao juiz criminal, porquanto é possível que juízes de outras esferas (como a cível ou da infância e juventude) imponham restrições à liberdade ambulatoria de um indivíduo.

Delegado de polícia e princípio da estrita legalidade

Questiona-se se o delegado de polícia também pode ser considerado sujeito ativo do crime, já que ao determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante acaba por decretar uma medida de privação da liberdade. Pode-se

indagar, ainda, se o agente da autoridade policial incidiria nessa conduta delituosa ao realizar a captura de alguém em flagrante delito. A resposta é negativa para ambas as indagações, por força do princípio da legalidade estrita que impede analogia incriminadora (art. 5º, XXXIX da CF). Para entender melhor, basta comparar como a lei antiga e a lei nova criminalizaram a privação ilegal da liberdade.

O art. 4º, “a” da Lei 4.898/65 previa a conduta de *ordenar ou executar* medida privativa da liberdade individual com abuso de poder. Portanto, criminalizava tanto o agente público com poder de decidir sobre a privação da liberdade (ex: juiz e delegado), quanto o mero executor da ordem do superior (ex: servidor do Judiciário e policial).

Já a Lei 13.869/19 separou em 2 crimes distintos as condutas de *ordenar* (art. 9º) e *executar* (art. 11) a custódia ilegal, inserindo no segundo delito a ação do delegado de decretar ilegalmente prisão em flagrante. E aqui está o detalhe crucial: o delito do art. 11 foi vetado. Era nesse art. 11 que se enquadrava o delegado de polícia. Quando o legislador falava em *executar a prisão* de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito, queria se referir à conduta de *ordenar a prisão*. Essa conclusão fica evidente ao se perceber que a lei previu a ação de executar a prisão em flagrante por meio de outra expressão, a saber, *executar a captura*. Assim, o vetado art. 11 criminalizava tanto as condutas de executar a prisão (nas palavras do legislador: *executar a captura*) quanto de ordenar a prisão (na redação da lei: *executar a prisão*).

E que não se alegue que captura e prisão são sinônimos, porque a doutrina é pacífica em indicar que são coisas distintas: (a) a captura é a primeira fase da custódia flagrancial, praticada pelo agente da autoridade, sendo seguida da condução coercitiva para a delegacia de polícia, (b) ficando concretizada a prisão em flagrante propriamente dita apenas com a decisão da autoridade policial.¹

Vetado crime do art. 11		
Expressão do legislador	<i>executar a captura</i>	<i>executar a prisão</i>
Significado	executar a captura (primeira fase da prisão em flagrante)	decretar a prisão em flagrante
Sujeito ativo	agente da autoridade policial	delegado de polícia

1. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 954