



A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL

GUSTAVO SILVA XAVIER

Professor do Centro Universitário de Itajubá - FEPI. Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Procurador da Câmara dos Vereadores de Borda da Mata - MG. Advogado.

Em um Estado Democrático de Direito, seria inconcebível pensar na atuação do Poder Público sem limites. O Estado necessita alcançar seus fins colimados por meio da atuação dos agentes públicos, conferindo a estes prerrogativas indispensáveis à consecução dos fins públicos (poderes administrativos), sem os quais seria impossível alcançar a satisfação do interesse público.

Mas ao mesmo tempo em que confere poderes, o ordenamento jurídico também impõe deveres específicos para aqueles que atuam em nome do Estado¹, vez que sua atuação deve estar em conformidade com o que a lei impõe, surgindo, daí, a ideia de abuso de poder, casos em que o agente ou atua fora dos limites de sua competência (excesso de poder) ou afasta do interesse público (desvio de poder). Afinal, o exercício das prerrogativas conferidas aos agentes públicos deve sempre visar a satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites legais, sendo de rigor coibir o exercício abusivo de poder por parte de tais agentes².

Daí que se afere a necessidade da Lei 13.964/2019, que constitui um importante instrumento de garantia não apenas do cidadão contra os abusos estatais, mas também dos agentes públicos, vez que traz diversos parâmetros tendentes a salvaguardar o exercício legítimo das funções públicas. É nesse contexto que se tem a importância da Lei 13.869 de 05 de setembro de 2019 (Lei de Abuso de Autoridade), que 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 (art. 1º, *caput*).

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 92.

² LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 53.

E nem se diga que a revogada Lei n. 4.898/95 cumpria esse papel, pois dispensava uma sanção penal (preceito secundário) aos tipos penais totalmente incompatível com o bem jurídico tutelado por ela. A título de exemplo, os crimes eram de menor potencial ofensivo, com pena privativa de liberdade de detenção de dez dias a seis meses (art. 6º, § 3º, “b”), cuja prescrição ocorria em apenas três anos (art. 109, VI, CP).

Ocorre que, não obstante a importância do advento da Lei 13.869/2019, não foi esse o objetivo buscado pelo legislador, que a aprovou em regime de urgência e com votação simbólica não nominal, com vistas a impedir o exercício das funções estatais, numa espécie de vingança privada contra aqueles que, de algum modo, sentiram-se “incomodados pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa”³. Além disso, a lei também contém alguns tipos penais manifestamente abertos, como pode se observar no parágrafo único do seu art. 9º, inciso I, caso em que a autoridade judiciário, dentro de *prazo razoável* deixa de relaxar prisão *manifestamente* ilegal, o que pode dar ensejo à violação ao princípio da taxatividade da lei penal.

Em que pese a falta de técnica legislativa, a Lei 13.869/2019, conquanto tenha tipos abertos que apresentam suposta violação à taxatividade, é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo ser objeto de interpretação conforme a Constituição (art. 28, parágrafo único, Lei 9.868/98). Isso porque, levando em conta a vedação de crime de hermenêutica (art. 1º, § 2º) e a necessidade de comprovação do especial fim de agir (art. 1º, § 1º), além da utilização de normas penais em branco, algo comum na legislação penal, faz-se indispensável que, para a configuração do delito de abuso de autoridade, a medida privativa de liberdade decretada (art. 9º, *caput*) seja teratológica⁴, o que ocorre, por exemplo, quando um juiz decreta uma prisão temporária de ofício na fase processual em virtude de um delito de calúnia. Ora, desde o advento da Lei 13.964/2019, não se pode mais decretar medidas cautelares de ofício, nem mesmo diante do processo judicial (§§ 2º e 4º, art. 282, CPP). Do mesmo modo, a prisão temporária só é cabível durante a fase da investigação preliminar e o delito de calúnia não está entre aqueles admitidos pela Lei. Trata-se, pois, de prisão manifestamente ilegal.

³ LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 54. Exemplo disso é que, em sessão conjunta do Congresso Nacional, foram derrubados 18 dos 33 dispositivos vetados pelo Presidente da República, justamente uma semana após o cumprimento de mandados de busca e apreensão no Congresso Nacional contra o então líder do governo. A nova lei surge, pois, dentro de tal contexto, o que gerou críticas das autoridades públicas.

⁴ Nesse sentido é o enunciado n. 2 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, salvo quando teratológica, não configura abuso de autoridade, ficando excluído o dolo”.

Em outro exemplo, a expressão “prazo razoável” constante do parágrafo único do art. 9º da Lei, apesar de aberta, é passível de interpretação segura. O §1º do art. 306 do CPP dispõe que, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente (juiz das garantias) o auto de prisão em flagrante (APF). De posse do APF, eventual audiência de custódia será realizada⁵ em até vinte e quatro horas (art. 310, § 4º, CPP c/c art. 1º Resolução 213 CNJ). Caso não seja realizada a audiência de custódia, o prazo a ser observado é o relativo ao art. 322, parágrafo único, do CPP, que prevê o prazo de quarenta e oito horas para decisão do juiz acerca do pedido de fiança.

De todo modo, os referidos prazos são apenas um parâmetro para a correta interpretação do art. 9º da Lei 13.869/2019, devendo-se levar em consideração a realidade do órgão jurisdicional em questão⁶ e a necessidade de presença do dolo específico. Essa é a mesma interpretação que deve ser dada aos demais dispositivos, a exemplo do art. 10, que prevê a decretação de condução coercitiva manifestamente descabida. Ora, nas ADPF’s 395 e 444 o STF decidiu que é incabível a condução coercitiva do acusado para fins de interrogatório por ser incompatível com o *nemo tenetur se detegere*. Afora isso, figura-se cabível para atos não cobertos pelo direito à não autoincriminação⁷.

A criminalização de condutas deve ter por norte sempre a Constituição. Daí que a Lei 13.869/2019 não criminaliza nenhuma conduta legítima do agente público, mas apenas aquelas que excedem os poderes legais e/ou visem um fim diverso daquele previsto em lei, agindo com o fim de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou por mero capricho ou satisfação pessoal. É de se aventar, ademais, que a divergência na interpretação da lei ou dos fatos não constituirá abuso de autoridade, já que é natural que os agentes, no exercício de suas atividades, deparem-se com situações passíveis de interpretações divergentes.

Com efeito, fixadas essas premissas, vê-se que, por mais que a Lei 13.869/2019 tenha algumas expressões abertas, em suposta violação à taxatividade, fato é que ela não é obstáculo ao exercício de toda e qualquer atividade pública, constituindo, na verdade, um instrumento de garantia do agente público, que não será punido pelo fato de ter dado

⁵ Perceba que, a ausência de audiência de custódia, por si só, não configura o delito supracitado, já que o que é tipificado é a indevida decisão não libertatória dentro de prazo razoável.

⁶ . LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85.

⁷ Nesse sentido é o enunciado n. 6. do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) “Os investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Outras hipóteses de condução coercitiva, mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, são possíveis, observando-se as formalidades legais”.

interpretação razoável à determinada norma ou circunstância fática, sendo imprescindível, para a sua responsabilização, a comprovação de desvio de finalidade.

Bibliografia

AGI, Samer. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)*. Brasília: CPIuris, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

MARQUES, Ivan. *A nova Lei de Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHEIRO, Igor; CAVALCANTE, André Clarck Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. *Nova Lei de Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v.1: parte geral. – 12ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.