

**LEI DE ABUSO DE
AUTORIDADE**

LEGISLAÇÃO
PENAL ESPECIAL

TURMA ESPECÍFICA



mege

CONTEÚDO
PROGRAMÁTICO

LEGISLAÇÃO
PENAL ESPECIAL

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

PROF. ENZO BASSETTI



mege.com.br

 MegeTV



Informações e atendimento
(99) 98262-2200



Curata nossa fanpage
[/cursomege](https://www.facebook.com/cursomege)



Siga nosso instagram
[@cursomege](https://www.instagram.com/cursomege)



Informações e atendimento
atendimento@mege.com.br

OLÁ, MEUS AMIGOS.

Para mim, é uma honra imensa que cada um de vocês tenha confiado no nosso curso que trata de um tema tão sensível, de grande incidência em provas, mas que muitas vezes é negligenciado.

É preciso destacar alguns pontos sobre nosso aprendizado pelos próximos dias!

→ O curso não será voltado apenas para o estudo da fase objetiva. Logo, vocês perceberão que enfrentaremos os temas com o pragmatismo que os concursos públicos demandam, mas de modo suficientemente verticalizado para que vocês tenham uma boa bagagem para as etapas subjetivas dos certames;

→ De qualquer maneira, o estudo da lei seca é imprescindível. Ministério Público, Magistratura, Defensoria, Polícia Civil... Vocês irão notar que, em primeira fase, a legislação especial costuma ser cobrada com base na letra fria da lei. É muito importante, portanto, a leitura dela de maneira constante (em seus mínimos detalhes);

→ Outro tópico que precisa ficar claro: o curso não é destinado a uma carreira específica. Logo, quando o assunto abranger mais de uma corrente, eu apontarei aquela que eu reputo majoritária e indicarei qual é mais indicada para cada cargo;

Aliás, antes do que realmente interessa (calma, não me xinguem!), tomo a liberdade de transcrever abaixo um texto que, malgrado não tenha sido feito no contexto do concurso público, reflete, para mim, boa parte dos sentimentos de todos os colegas que se sujeitam a enfrentar a selva desvairada das provas – seja ela qual for.

“Diz-se que, mesmo antes de um rio cair no oceano ele treme de medo. Olha para trás, para toda a jornada, os cumes, as montanhas, o longo caminho sinuoso através das florestas, através dos povoados, e vê à sua frente um oceano tão vasto que entrar nele nada mais é do que desaparecer para sempre.

Mas não há outra maneira. O rio não pode voltar. Ninguém pode voltar. Voltar é impossível na existência. Você pode apenas ir em frente. O rio precisa se arriscar e entrar no oceano. E somente quando ele entra no oceano é que o medo desaparece. Porque apenas então o rio saberá que não se trata de desaparecer no oceano, mas tornar-se oceano.

Por um lado é desaparecimento e por outro lado é renascimento”.

(Osho)

SUMÁRIO

1. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.....	5
1.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS	5
1.2 LEGISLAÇÃO COMENTADA	9
1.3 QUESTÕES PARA TREINAMENTO	32
1.4 GABARITO	35

Participe do nosso Telegram
Canal gratuito para conteúdo e notícias



1. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

LEI Nº 13.869/19

1.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS

Apontamentos importantes e que vão fazer com que vocês ganhem pontos “de graça”...

1. NÃO HÁ CRIME CULPOSO NA LEI!
2. NÃO HÁ RECLUSÃO!
3. TODOS OS PRECEITOS SECUNDÁRIOS POSSUEM DETENÇÃO E MULTA;
4. NEM TODOS OS DELITOS SÃO INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO;
5. AS AÇÕES SÃO PÚBLICAS INCONDICIONADAS.

Eu escolhi começar o material dessa maneira bem pragmática. Isso porque não é raro que, sobretudo quando a questão tem por objeto lei recente, o examinador tente nos enganar com pequenos detalhes, por exemplo: reclusão/detenção, necessidade de representação etc.

Penso, portanto, que as observações acima são um bom começo para que não caíamos nessas maldades das bancas.

Ah! Outra coisa importante: de um modo geral, a princípio, não há incompatibilidade entre os delitos da Lei 13.869/19 com o acordo de não persecução penal. Mas, fiquem atentos: existem condutas na nova lei de abuso de autoridade cujos tipos trazem como elementares “violência” ou “grave ameaça”. Nesses casos, o acordo não poderá ser celebrado – por conta da redação do art. 28-A, do CPP.

Logo, caso seja feita uma afirmação no sentido de que “os delitos da LAA são compatíveis com o ANPP”, tomem cuidado: nem todos o são!

Críticas doutrinárias à Lei 13.869/19

É extremamente provável que essa percepção crítica não seja cobrada em provas, sobretudo nas primeiras fases. Não há, no entanto, como iniciar um material que se baseará em uma lei nova, sem consagrar as críticas que têm sido direcionadas a ela. E não são poucas...

Não se olvida da necessidade de se tutelar os abusos estatais, sobretudo na perspectiva de um garantismo negativo (proibição do excesso). É necessário se lembrar, todavia, da necessidade de equilíbrio da proibição do excesso com a vedação à proteção deficiente (garantismo positivo).

O que eu quero dizer é: qual deve ser a extensão dessa garantia?

Se uma das funções do Direito Penal é a salvaguarda de bens jurídicos, não se pode deixar de lado bens como a segurança pública e também o papel de controle social que a ciência criminal acaba desempenhando.

Nesse sentido, é absolutamente justo que se tipifique condutas de agentes públicos (*lato sensu*) que atuam com excesso de poder e/ou desvio de finalidade. Tal tipificação, entretanto, não pode ser feita a ponto de inibir o Estado de exercer a sua tarefa no combate à criminalidade.

Renee do Ó Souza:

“De um modo geral, ocorre abuso de autoridade quando o agente público exerce o poder que lhe foi conferido com excesso de poder ou desvio de finalidade. O grande desafio de uma norma penal como esta é encontrar um ponto de equilíbrio de modo a evitar que, a pretexto de dissuadir os abusos, de forma colateral, iniba o desempenho de funções públicas ordenadoras da vida privada, marcadamente impopulares e objeto de insatisfação dos destinatários alcançados pela ação estatal”. (Leis Penais Especiais Comentadas, Juspodivm, 2020)

Outra crítica que recebeu (e recebe!) a novel legislação alude à forma com que as condutas foram tipificadas. O legislador utilizou abundantemente de tipos penais abertos, recheados de elementos normativos do tipo. Fatalmente, essa técnica gera uma abertura semântica excessivamente larga, o que culmina em insegurança jurídica, vocábulos vagos e ambíguos etc.

Hassemer, aliás, já consagrava a importância que havia em definir as condutas de maneira precisa e objetiva, como corolário da legalidade estrita e até mesmo como garantia ao próprio agente frente ao poder punitivo do estado.

Aliás, o que é “elemento normativo do tipo”?

Em miúdos, são os elementos que, para apreciação, dependem de um juízo de valor. Isto é, são elementos que demandam a avaliação de um determinado termo em uma perspectiva jurídica e/ou social. Ex.: em dado momento, o Código Penal já trouxe em um de seus dispositivos a expressão “mulher honesta”. Tratava-se de um elemento normativo. Definir quem era honesta e quem não era “honesto” dependia de um juízo de valor diante do caso concreto. Essa expressão “mulher honesta” não existe mais no nosso ordenamento jurídico-penal (ainda bem!).

A referida lei, nessa perspectiva, é recheada desses conceitos indeterminados, muitas vezes vagos, que acabam causando uma inegável afronta ao princípio da reserva legal, pois, conforme assinala Hungria, nos tipos penais abertos a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, quando verificada a transgressão das normas que a incriminação possui, não atingindo o princípio da legalidade, mas enfraquecendo sim a função de garantia da lei penal.

Provas de Ministério Público e Defensoria?

Reparem que a adoção desse excesso de elementos normativos não é favorável a pessoa alguma. Repito que a tipificação precisa e clara das condutas é necessária, justamente para que as pessoas saibam o que elas podem ou não fazer, isto é, para que elas tenham ciência, antecipadamente, de que uma conduta pode ou não sofrer a força do *jus puniendi*. O uso abusivo, portanto, de tipos penais abertos não faz jus à própria função de garantia, que deveria ser inerente a todo tipo penal.

Observação importante para fases subjetivas!

“O conceito de tipo penal aberto foi criado originalmente por Hans Welzel e foi aceito pela doutrina nacional como forma de justificar certas situações, onde havia a dificuldade de determinar a subsunção da conduta ao verbo do tipo. Nelson Hungria define os tipos penais abertos como aqueles que não possuem descrição completa da conduta delituosa.

No caso dos tipos penais abertos, é necessária a comprovação da ilicitude, pois a conduta em si não significa a violação da norma, sendo que cabe ao intérprete a tarefa de tipificar cada conduta com fundamento em doutrina e jurisprudência, valendo-se, para tanto, de elementos não integrantes expressamente do tipo”.

(OLIVEIRA, João Guilherme S. M. Do caráter abertos dos tipos penais: Revisão de uma dicotomia. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. P. 142.)

A adoção da concepção do tipo penal aberto não é unânime na doutrina. Luiz Regis Prado, em crítica ao conceito desenvolvido por Welzel, rebate essa teoria, pois o tipo, sendo uma espécie de injusto, já contém a delimitação da conduta delituosa. Logo, realizada a ação do tipo, somente sob a forma de norma permissiva poderia haver a exclusão da antijuridicidade, surgida com o perfazimento dos componentes que integram o tipo.

(PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 302-303.)

Para não dizer que reclamamos de tudo, reforço que existem pontos positivos na nova lei de abuso de autoridade, uma vez que a legislação anterior (Lei 4.898/65) cominava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos.

Como enfrentar essas críticas em provas?

Repito que, muito provavelmente, questões alusivas ao abuso de autoridade não tratarão do tema sob uma ótica crítica, afinal, malgrado haja inúmeros pontos negativos, trata-se de uma lei válida e vigente e que será aplicada por nós (e a nós) como Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Delegados de Polícia etc.

Proponho, destarte, que enfrentemos o tema com pragmatismo e objetividade, de acordo com o que será efetivamente cobrado.

Opinião pessoal

A meu ver (MEU!), existe, talvez, um alarmismo exagerado acerca das deficiências da lei trazida à baila. A grande maioria das nossas leis possui imperfeições – até porque as normas são feitas por seres imperfeitos, como você e eu.

A própria Lei 4.898/65 já apresentava inúmeros pontos negativos, como crimes de atentado (ou de empreendimento), penas baixíssimas e incompatíveis com a gravidade da conduta e do resultado, tipos abertos... nem por isso deixou de ser aplicada e/ou os agentes públicos deixaram de realizar o seu papel por se sentirem inibidos pela norma.

BENS JURÍDICOS

A nova lei de abuso de autoridade, assim como a sua antecessora, é considerada pela doutrina como uma norma que contém delitos pluriofensivos, uma vez que tem como premissa fundamental a salvaguarda, em regra, de dois bens jurídicos:

- Regular funcionamento da administração pública e
- Os direitos e garantias fundamentais previstas na CRFB/88.

Os bens jurídicos tutelados pela lei podem variar a depender do tipo penal sob análise. Mas, de um modo amplo, os dois citados acima são o foco do legislador. Lembrem-se, portanto: as infrações da Lei 13.869/19 são pluriofensivas, haja vista que as condutas previstas nos preceitos primários ofendem mais de um bem jurídico.

Vocês se lembram da diferença entre bem jurídico e objeto material?

- Bem jurídico é o “valor” que é protegido pela norma;
- Objeto material é a pessoa (ou o objeto) sobre a qual recai a conduta.

Exemplo: ao subtrair para si um relógio alheio, o agente pratica um furto, cujo objeto material é o relógio (objeto sobre o qual recai a conduta) e cujo bem jurídico é o patrimônio.

1.2 LEGISLAÇÃO COMENTADA

ARTIGO 1º (VETORES INTERPRETATIVOS)

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.

O primeiro artigo dessa lei é extremamente relevante. Eu tenho (quase) certeza que pelo menos metade das questões de provas que fizerem referência à Lei de Abuso de Autoridade farão com fulcro nesse primeiro artigo. Isso porque o dispositivo elenca o que chamo de **MICROSSISTEMA da LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**.

Tais conceitos irradiarão efeitos para toda a lei. Isso quer dizer que o intérprete, ao analisar todos os outros artigos, deverá fazê-lo com base no microssistema previsto nesse primeiro dispositivo.

Quanto ao *caput*, o abuso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência (excesso de poder) ou quando pratica um ato com objetivo diverso daquele para o qual foi incumbido – desvio de finalidade.

Em ambas as hipóteses, a tipificação do delito está condicionada ao fato de o agente praticar as condutas no *exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*.

ART. 1º, §§ 1º e 2º e SEUS VETORES HERMENÊUTICOS: esses dois dispositivos, que, repito, compõe o microssistema que irradia efeitos para toda a lei, trazem dois vetores interpretativos absolutamente relevantes para a identificação de uma atuação abusiva do agente público:

ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL (parágrafo 1º);

VEDAÇÃO AO CRIME DE HERMENÊUTICA (parágrafo 2º).

PÕE ISSO NA CABEÇA! Toda e qualquer conduta só será considerada criminosa perante à LAA caso o agente pratique o fato **COM A FINALIDADE ESPECÍFICA DE PREJUDICAR OUTREM OU BENEFICIAR A SI MESMO OU A TERCEIRO, OU, AINDA, POR MERO CAPRICHOU OU SATISFAÇÃO PESSOAL**.

Reparem, portanto, que o parágrafo primeiro elenca um elemento subjetivo especial. Trata-se do **antigo “dolo específico”**.

Imaginem, por exemplo, que um Juiz de Direito decreta medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com a lei. Há o crime de abuso de autoridade previsto no art. 9º?

Sim, mas desde que a privação da liberdade decretada em desconformidade com a lei tenha sido praticada com o **fim específico de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro, por mero capricho ou por satisfação pessoal.**

O exemplo trazido consagra a ideia de que o vetor hermenêutico do art. 1º, §1º, irradia efeitos para a lei toda, condicionando a tipificação à presença de pelo menos um dos **ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

Por que se diz ANTIGO dolo específico?

Doutrina moderna aponta que, na perspectiva do finalismo (teoria da ação que afirma que a conduta é um comportamento voluntário dirigido a um fim), toda conduta possui uma finalidade específica. Logo, não seria correto se dizer DOLO ESPECÍFICO, uma vez que todo dolo seria especificamente destinado a um fim. O correto, nessa perspectiva, seria se dizer **ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO.**

Reparem:

TEORIAS DA AÇÃO SÓ PARA BAIXINHOS		
CAUSALISMO	NEOKANTISMO	FINALISMO
<p>1. Ação é um movimento (ação!) voluntário que produz modificação do mundo exterior.</p> <p>2. Liszt, Beling e Radbruch;</p> <p>3. DOLO NATURAL! O dolo, ainda que estivesse na culpabilidade, era composto apenas de elementos psicológicos: consciência e vontade.</p> <p>4. TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE: dolo e culpa eram espécies de culpabilidade. O 3º substrato do crime, portanto, era composto apenas de elementos psicológicos. A imputabilidade era um pressuposto para a análise do dolo e da culpa.</p>	<p>1. Ação é um comportamento (ação ou omissão) voluntário que modificava o mundo exterior.</p> <p>2. Mezger;</p> <p>3. DOLO NORMATIVO! Dolo e culpa continuavam na culpabilidade. Mas, agora, o dolo foi acrescido de um elemento normativo: a consciência (atual) da ilicitude.</p> <p>4. TEORIA PSICOLÓGICO - NORMATIVA DA CULPABILIDADE: O 3º substrato não tinha mais apenas elementos psicológicos. Foram inseridos elementos normativos, como a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude no dolo.</p>	<p>1. Ação é um comportamento, consciente e voluntário, dirigido a um fim;</p> <p>2. Welzel;</p> <p>3. DOLO NATURAL! Dolo migrou da culpabilidade para a conduta (fato típico). Voltou a ter apenas dois elementos: consciência e vontade;</p> <p>4. TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE: o finalismo esvaziou a culpabilidade de elementos psicológicos, pois dolo e culpa foram para o fato típico. No 3º substrato, ficaram apenas elementos normativos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e a potencial (E NÃO MAIS ATUAL)! Consciência da ilicitude.</p>

Ok, eu sei... vaidade acadêmica, né? Enfim, queria pelo menos explicar a vocês o porquê de não ser tecnicamente correta a expressão “dolo específico”.

Em miúdos, os tipos penais dos crimes de abuso de autoridade são compostos de dois elementos subjetivos:

ELEMENTO SUBJETIVO GERAL (DOLO);
ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL (ANTIGO DOLO ESPECÍFICO).

O agente tem consciência e vontade de praticar a conduta (dolo) e apresenta, outrossim, um elemento subjetivo específico (para beneficiar a si ou outrem, por mero capricho etc.).

Nesse sentido, porém se referindo ao crime de prevaricação cujo juízo de tipicidade também demanda a presença de um especial fim de agir, no caso para *satisfazer interesse ou sentimento pessoal* assim já se pronunciou o STF:

(...) o crime de prevaricação requer não só a demonstração da vontade livre e consciente de deixar de praticar o ato de ofício, como também o elemento subjetivo específico do tipo penal, qual seja, a vontade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Firmada a importância desse elemento subjetivo especial do injusto para tipificação de todos os crimes de abuso de autoridade podemos extrair algumas conclusões:

- O especial fim de agir deve ser detalhadamente descrito na denúncia oferecida pelo órgão ministerial.
- Abuso de autoridade é tratado de como crime de intenção (delito de tendência interna transcendente) assim compreendido como aquele que requer um agir com animo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior;
- É também de resultado cortado, ou seja, se consuma independente de obtida qualquer vantagem ou satisfação;

ART. 1º, §2º - VEDAÇÃO AO CRIME DE HERMENÊUTICA O aludido dispositivo veda que divergências na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas configurem abuso de autoridade.

O objetivo da norma foi coibir aquilo que Rui Barbosa chamava de “*crime de hermenêutica*”, assim compreendida como toda e qualquer figura delituosa que criminaliza a interpretação jurídica, fática ou probatória que o agente público dê aos fatos que são trazidos à sua apreciação.

É possível afirmar, portanto, que não haverá crime de abuso de autoridade quando se tratar de divergência razoável na interpretação ou na avaliação da prova. Logo, em

se tratando de interpretação absurda, teratológica, manifestamente descabida não será possível aplicação da excludente em tela.

EXEMPLO: o art. 30 da lei diz que é crime a conduta de dar início à persecução penal sem justa causa ou contra quem sabe inocente. Imagine que chega ao Promotor de Justiça os autos de um inquérito. O membro do Ministério Público interpreta e valora os fatos e conclui que há justa causa para o oferecimento da denúncia. O juiz recebe a denúncia.

Ocorre que o denunciado impetra um HC e o Tribunal de Justiça defere liminar para trancar a ação, sob o argumento de que não havia justa causa.

Reparem, no fim das contas, o Promotor de Justiça deu início à persecução processual sem justa causa (o TJ disse que não havia justa causa!). E aí, ele praticou abuso de autoridade? NÃO. Por dois motivos justamente extraídos dos vetores hermenêuticos previstos nos parágrafos do art. 1º.

E qual é a natureza da excludente prevista nesse §2º?

De acordo com o brilhante Rogério Greco, haveria uma natureza jurídica mista:

EXCLUSÃO DA TIPICIDADE: nos casos em que a divergência de interpretação desconstitui a própria figura típica;

EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: isso porque o legislador entendeu que se encontra dentro do **RISCO PERMITIDO** a divergência de interpretações;

MINHA OPINIÃO ACERCA DA NATUREZA – **FALTA DE TIPICIDADE CONGLOBANTE**: para mim, tratar-se-ia de exclusão da tipicidade, isso porque, de acordo com o professor Zaffaroni, na perspectiva da tipicidade conglobante, para que haja a tipicidade deve haver antinormatividade. Isto é, a conduta, além de típica, deve ser antinormativa perante todo o ordenamento jurídico.

Não se pode chamar de típica uma conduta que é permitida pela lei (art. 1º, §2º). Logo, não existe ANTINORMATIVIDADE na divergência de interpretações pelos intérpretes da norma.

OUTRO PONTO IMPORTANTE:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE!

A LAA é aplicada de maneira subsidiária, residual, isto é, apenas aos casos em que o abuso não configurar algum crime previsto no Código Penal ou em outro diploma normativo. Logo, é evidente que o agente que prevarica também acaba, de um ou outro modo, abusando de sua autoridade, seja por excesso de poder, seja por desvio de finalidade. A ele, entretanto, serão aplicadas as penas previstas no Código Penal, não as cominadas na Lei de Abuso de Autoridade.

ARTIGO 2º (SUJEITOS DO CRIME)

Art. 2º É **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, **compreendendo, mas não se limitando a:**

I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - membros do Poder Legislativo;

III - membros do Poder Executivo;

IV - membros do Poder Judiciário;

V - membros do Ministério Público;

VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas.

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, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

O art. 2º elenca quem pode ser sujeito ativo do abuso de autoridade. Notem, destarte, que se trata de crime próprio, praticado pelos agentes públicos (ainda que exerça a função transitoriamente e sem remuneração) especificados no artigo 2º.

E AS PARAESTATAIS?

A nova lei de abuso de autoridade não faz referência (como faz o código penal em seu art. 327) aos denominados funcionários públicos por equiparação *“quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”*.

Nessa perspectiva, a omissão do legislador (que legal!) provoca, pelo menos, duas posições na doutrina:

→ Diante do princípio da especialidade *“lex specialis derogat generali”*, Renato Brasileiro defende que tal conceito (do art. 327, parágrafo único) não pode ser aplicado à nova lei de abuso de autoridade. Ademais, aplicar a força da lei 13.869/19 aos aludidos sujeitos, para esta corrente seria analogia *in malam partem*;

→ Há outra corrente que entende que aqueles que exercem função em paraestatais podem sim responder por abuso de autoridade, pois, apesar do vínculo não ser público, eles exercem poder de mando e, por isso, podem atuar com excesso de poder ou desvio de finalidade.

Quanto a essa divergência, acho prudente que se escolha uma ou outra corrente a depender do concurso que eventualmente cobre o assunto. Em provas de Defensoria, por exemplo, eu sustentaria o pensamento de Renato Brasileiro.

Para mim, a segunda corrente faz mais sentido. Isso porque, se entendermos que a LAA não se aplica às paraestatais, chegaremos à conclusão de que aquele indivíduo que exerce uma função numa empresa contratada para execução de atividade típica da administração pública é considerado funcionário público no tocante aos crimes contra administração pública, haja vista a norma do art. 327 parágrafo primeiro do CP (podendo responder, por exemplo, por crimes como peculato e corrupção passiva), **porém não poderá ser considerado funcionário público por equiparação para efeitos de aplicação da nova lei de abuso de autoridade.**

Ora, se tais sujeitos podem ser agentes de crimes mais graves (como concussão e corrupção), por que não poderiam responder pelo abuso de autoridade?

CONCURSO DE PESSOAS: COMUNICAÇÃO DA ELEMENTAR AO PARTICULAR!

O sujeito ativo do crime de abuso de autoridade é apenas o agente público, sendo assim crime próprio. Porém como a condição especial do funcionário público funciona como verdadeira elementar desses delitos, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor ou partícipe.

JUSTIÇA MILITAR?

Originalmente a justiça militar da união e dos estados não tinha competência para julgamento de crimes de abuso de autoridade ainda que cometidos por militares em serviço. Isso porque tais crimes não estavam previstos no código penal militar, e sim na legislação especial.

Tal entendimento culminou na edição do enunciado de súmula n.172 STJ, segundo a qual “compete a justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”

Porém, com advento da lei 13.491/17 o cenário mudou, pois em seu art. 9º, II do CPM, a justiça militar da união e dos estados passou a ter competência para julgar não só os crimes previstos no respectivo diploma legal, mas também aqueles previstos na legislação penal, quando praticados por militar na ativa em um dos contextos ali elencados como por exemplo missões de cumprimento da lei e da ordem.

A aludida súmula foi superada.

JUSTIÇA FEDERAL?

Nos casos em que o abuso é praticado por servidor federal, há duas correntes. Uma primeira consagra a ideia de que o simples fato de o abuso de autoridade ser praticado por servidor federal já seria suficiente para atrair a competência da JF.

Parece prevalecer, todavia, uma segunda corrente, para a qual a competência da JF só será atraída se o ilícito houver sido praticado no exercício da função – Súmula 147, do STJ.

REGRA DE OURO: PROPTER OFFICIUM!

A regra de ouro para se saber se houve o abuso ou não é a conduta ter sido cometida EM RAZÃO do cargo. Logo, desde que invoque a sua função, o agente pode responder pelo abuso, ainda que não esteja em seu expediente de trabalho.

AGENTE PÚBLICO DE FÉRIAS OU LICENÇA: férias ou licenças não desconstituem o vínculo do agente com o Estado (*lato sensu*). Logo, desde que pratique a conduta EM RAZÃO do seu cargo, poderá sim sofrer as consequências da LAA;

AGENTE APOSENTADO: nesses casos, não mais existe vínculo com o Estado. Portanto, não incide a lei.

DUPLA SUBJETIVIDADE PASSIVA Sujeito passivo imediato do delito é a pessoa, física ou jurídica, atingida pela ação abusiva. Mediatemente, o sujeito passivo secundário é o Estado.

ART. 3º (AÇÃO PENAL)

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de **ação penal pública incondicionada**. (Promulgação partes vetadas)

§ 1º **Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal**, cabendo ao **Ministério Público** aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso **e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.**

§ 2º A **ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses**, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

A revogada lei nº 4.898/64 previa em seu artigo 1º que: *“o direito de representação e responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são reguladas pela presente lei”*.

Isso trazia uma certa discussão acerca da natureza de ação penal a ser proposta, uma vez que muitos entendiam que o *“direito de representação”* previsto no *caput* do artigo acima descrito fazia referência à representação necessária nos casos de ação penal pública condicionada.

Porém, doutrina majoritária e jurisprudência dominante entendiam que o direito de representação ali previsto era uma referência ao direito fundamental de petição previsto na CRFB/88 sendo definido como direito dado a qualquer pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação.

Com a edição da nova lei de abuso de autoridade essa discussão caiu por terra uma vez que o *caput* do artigo terceiro prevê expressamente como sendo de ação penal pública incondicionada os crimes previstos na respectiva lei.

Parágrafo primeiro do artigo terceiro traz a previsão da possibilidade de ação penal privada subsidiária em caso inércia do ministério público em seu prazo legal. **Parte da doutrina entende ser essa previsão desnecessária uma vez que nesses casos cabe como regra geral ação penal privada subsidiária.**

DECADÊNCIA IMPRÓPRIA: o prazo de seis meses para exercício da ação privada subsidiária inicia-se a partir da inércia do Ministério Público e tem natureza jurídica de **decadência imprópria**, pois a ação penal tem natureza pública e a decadência da ação privada não irá produzir extinção da punibilidade. Logo, dentro do prazo de prescrição do delito, o *Parquet* ainda poderá intentar ação pública caso a privada também não tenha sido proposta inicialmente.

ARTIGO 4º (EFEITOS DA CONDENAÇÃO)

Art. 4º São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, **pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;**

III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

Efeitos da condenação são todas as consequências que, direta ou indiretamente, atingem a pessoa do condenado por sentença transitada em julgado.

É possível concluir que o efeito da condenação constante do art.4º, inciso I da lei 13869/19 – obrigação de reparar o dano causado pelo crime – é um efeito extrapenal obrigatório em relação aos crimes de abuso de autoridade.

É importante não confundir a obrigação de *indenizar o dano causado pelo crime*, que continua sendo um efeito obrigatório, à semelhança do art. 91, I do CP, com a possibilidade de *fixação na sentença de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração*, que deve ser feita pelo juiz somente se houver requerimento do ofendido nesse sentido.

VAI CAIR!

Destaca-se também que a perda do mandato ou função pública prevista no CP depende da quantidade de pena privativa de liberdade aplicada e da natureza do crime. Em sentido diverso, ao referir a perda do cargo ou função pública a nova lei de abuso de autoridade demanda apenas que o agente público seja reincidente em crime de abuso de autoridade.

VAI CAIR, O RETORNO!

Importante destacar, ainda, que segundo entendimento do STF, a perda do cargo ou função é restrita ao cargo, mandato ou função pública exercida pelo agente no momento do delito.

ARTIGOS 5º a 8º**DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

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

- 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).

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL E ADMINISTRATIVA

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão **aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.**

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As **responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal**, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

Art. 8º **Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal** que reconhecer ter sido o ato praticado **em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.**

A sentença absolutória não exerce qualquer influência sobre o processo civil e administrativo, salvo quando reconhece, categoricamente a inexistência material do fato ou afasta peremptoriamente autoria e participação.

Como se percebe, a depender do fundamento da sentença absolutória no tocante ao crime de abuso de autoridade poderá impedir não apenas a propositura de eventual ação civil *ex delicto*, mas também responsabilização do agente no ambiente administrativo.

De tudo isso destaca-se a importância de se analisar em conjunto o art. 386 do CPP cujos os incisos dispõem sobre os fundamentos da sentença absolutória.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - Estar provada a inexistência do fato;

Neste caso o juiz formou sua convicção no sentido na inoportunidade do fato, excluindo assim responsabilização em qualquer esfera.

II - Não haver prova da existência do fato;

Esta decisão é proferida quando, por ocasião da sentença, persistir dúvida quanto a existência do fato delituoso. Trata-se de decisão baseada na regra do *in dubio pro reo*. Logo, não faz coisa julgada no âmbito cível e administrativo.

III - não constituir o fato infração penal;

Não constituir o fato infração penal não significa que o fato não causou prejuízo a outrem, ou seja, passível de responsabilização civil ou administrativa.

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nos mesmos moldes do inciso I essa decisão é baseada em um juízo de certeza e, portanto, afasta responsabilização em todas as esferas uma vez que o sujeito não concorreu para prática do ato.

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

O juízo penal para condenação deve ser baseado em um juízo de certeza, convicção de que o indivíduo concorreu de alguma maneira para infração penal. Uma vez não tendo convicção de tal autoria ou participação não resta ao juiz decisão outra que absolver o réu, porém, como as regras de responsabilização administrativas e civis por envolverem bens disponíveis são mais maleáveis, tal sentença penal não interfere em outras esferas.

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

O juízo penal para condenação deve ser baseado em um juízo de certeza, convicção de que o indivíduo concorreu de alguma maneira para infração penal. Não havendo provas suficientes o réu não pode ser condenado na esfera penal, porém nas esferas administrativas e civis pode ocorrer condenação.

A partir daqui, estudaremos os crimes em espécie. Eu acho extremamente provável que, caso sejam cobrados, as provas se basearão no texto da lei.

De qualquer maneira, vou tratar dos delitos mais importantes de maneira objetiva, sem olvidar da necessidade de se verticalizar alguns tópicos que podem ser cobrados com mais profundidade nas demais fases do concurso.

NÃO SE ESQUEÇA: todos os crimes a seguir devem ser interpretados à luz do microsistema do art. 1º, que trouxe dois vetores hermenêuticos:

- a) só haverá a tipicidade caso exista o elemento subjetivo específico;
- b) divergência de interpretação não configura abuso de autoridade.

ARTIGO 9º

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: (Promulgação partes vetadas)

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

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 de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
- III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.

A Presidência tentou vetá-lo uma vez que na visão do chefe do poder executivo “a propositura legislativa gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comporta interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização de sua conduta”. O veto, no entanto, foi derrubado pelo Legislativo.

Bem jurídico - Tutela-se a liberdade de locomoção.

Sujeito ativo - Trata-se de crime próprio, haja vista que só pode ser praticado por quem tem atribuição para decretar a privação da liberdade (juízes, autoridades policiais etc.).

ISSO VAI DESMORONAR EM PROVAS!

As condutas previstas no parágrafo único podem ser praticadas apenas pela autoridade judicial (relaxamento, substituição de prisão etc.). Reparem, no entanto, que poderão ser praticadas tanto pelo **JUIZ DAS GARANTIAS** quanto pelo **JUIZ DE MÉRITO/DE JULGAMENTO**. Ex.: se a prisão provisória é decretada antes do recebimento da denúncia, o sujeito ativo será o juiz do IP, isto é, das garantias.

ISSO VAI DESMORONAR EM PROVAS, O RETORNO!

É possível que, eventualmente, haja concurso entre aquele que pleiteou a privação da liberdade e aquele que a decretou. Ex.: demonstra-se, diante do caso concreto, que havia liame subjetivo entre o pedido do Promotor de Justiça e a decisão do Juiz.

Condutas que se amoldam ao art. 9º - Vejamos:

PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO: há o delito nos casos em que se conduz o sujeito até a autoridade policial a fim de se verificar se existem mandados de prisão em nome do conduzido;

FLAGRANTE URDIDO: também chamado de flagrante forjado, em que o sujeito ativo fabrica uma situação, cria uma circunstância que não existia;

PRISÃO EM FLAGRANTE DECRETADA CONTRA QUEM, EVIDENTEMENTE, NAÕ SE ENCONTRAVA EM SITUAÇÃO FLAGRANCIAL.

Elemento normativo

Manifesta desconformidade. Trata-se de elemento que depende de um juízo de valor a ser feito pelo intérprete da norma.

E as revistas íntimas?

Sobre o tema, concordo com Renee do Ó Souza: privações momentâneas da liberdade não são suficientes para que se configure o crime previsto no art. sob análise. Trata-se de exercício preventivo do poder de polícia (*lato sensu*/sentido amplo).

Ex.: operações policiais em que ocorre verificação aleatória em veículos ou passageiros em transporte coletivo.

Consumação

Trata-se de crime de mera conduta (consuma-se com a ação do sujeito ativo e não existe um resultado naturalístico a ser produzido) e é possível a tentativa.

Parágrafo único (omissivos puros)

Muito cuidado com as condutas do parágrafo único, pois elas são todas omissivas próprias (a própria conduta típica/verbo é omissiva), logo, não há a possibilidade de tentativa: ou o agente se omite e o crime se consuma ou ele age e não há crime.

ARTIGO 10

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:

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

Antiga lei de abuso de autoridade (lei 4898/65) não previa nenhum tipo penal semelhante. Na medida em que a CRFB/88 e a convenção americana sobre direitos humanos asseguram ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, tratando o interrogatório como meio de autodefesa reputa-se ilegal a expedição de mandado de condução coercitiva objetivando a consecução das seguintes finalidades:

- a) prestar declarações perante CPI;
- b) comparecer a audiência uma de instrução e julgamento;
- c) participar de reconstituição simulada dos fatos;
- d) fazer exame pericial de dosagem alcoólica;
- e) prestar declarações ao delegado de polícia;
- f) participar de acareação;

A propósito, levando-se em consideração o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o plenário do STF, por maioria julgou procedente o pedido formulado nas ADPFs 395/DF e 444/DF para decretar a não recepção da expressão “para o interrogatório” constante do art. 260 do CPP.

MUITO CUIDADO SOBRETUDO EM PROVAS PARA DEFENSORIA!

O que se proibiu foi a condução coercitiva para fins de interrogatório, sob o argumento de que tal conduta era defesa diante do direito de não se autoincriminar. É perfeitamente possível, todavia, que haja a condução coercitiva de testemunhas, vítimas e até mesmo do acusado, desde eu não seja para fins de interrogatório (reconhecimento de pessoas, por exemplo).

E a condução coercitiva de vítima, é crime? NÃO!

O preceito primário do tipo elenca apenas testemunhas e investigado.

Elemento normativo

Manifestamente descabida. Trata-se, mais uma vez, de elemento extremamente

aberto e subjetivo, que acarreta insegurança jurídica, por depender de juízo de valor na interpretação.

Convite para comparecimento

Não existe o crime sob análise no caso de haver um convite para comparecimento perante a autoridade e o convidado comparece voluntariamente.

ARTIGO 11

O art. 11 foi vetado! Vida que segue.

ARTIGO 12

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:**

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;

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.

A despeito de não ter redação idêntica, é possível afirmar que a conduta prevista pelo art. 12, *caput*, da lei 13869/19, já era tipificada na vigência da revogada lei 4898/65.

Esse artigo, meus amigos, é bem autoexplicativo. Atentem-se, no entanto, ao fato de que não se tutela, aqui, a legalidade da prisão em si. O que o legislador fez foi criminalizar o descumprimento de uma formalidade alusiva à prisão, qual seja: a comunicação à autoridade judicial.

Omissivos puros/próprios

Todas as condutas típicas propriamente omissivas (“deixar de”, por exemplo) são delitos unissubsistentes. Isso quer dizer que se consumam em um só ato. Como a conduta, nessa perspectiva, não é fracionável, não se admite tentativa.

Reparem que o artigo em comento é, em sua maior parte, omissivo próprio.

Elemento normativo

DEIXAR DE... devemos nos lembrar que o Brasil é um país de proporções gigantescas. A carência de recursos e de agentes públicos, somada à aludida proporção continental, pode fazer com que atrasos, infelizmente aconteçam.

Se, no caso concreto, a comunicação não for feita no prazo, mas a não realização for JUSTIFICADA, não haverá o delito.

Situações em que a falta de comunicação não ensejará crime por falta de previsão legal:

- a) Prisão do devedor de alimentos;
- b) Cumprimento de mandado de internação em regime de medida de segurança;
- c) Internação do adolescente infrator.

ARTIGO 13

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

I - exhibir-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 - ~~(VETADO)~~—

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: (Promulgação partes vetadas)

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

A antiga lei de abuso de autoridade (lei 4898/65) não previa nenhum tipo penal semelhante, sendo assim, tal conduta só é passível de punição após a vigência da nova lei.

Preocupa-se, aqui, notadamente, com a honra do preso/detento. E reforço: justiça nada tem a ver com constrangimentos e exposições desnecessários. Andou muito bem o legislador.

ANPP?

Reparem que, nesse caso, há violência ou grave ameaça. Logo, não é possível o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Qual é a diferença entre “preso” e “detento”.

A nossa legislação não faz essa diferença. Há duas interpretações:

→ Preso seria a pessoa cuja custódia já foi realizada de maneira mais intensa, mediante vigilância em estabelecimento adequado. Detento seria aquele que ainda está preso transitoriamente, aguardando a formalização da custódia;

→ Utilizar-se-ia a previsão da Resolução 43/173 da Assembleia Geral da ONU. “Detida” seria a pessoa privada de liberdade, exceto se o houver sido por cont de condenação. “Preso” é o condenado.

VAI CAIR! *PERP WALK* ou CAMINHADA DO PERPETRADOR.

De acordo com Rogério Sanches, uma das finalidades do artigo sob análise foi evitar o chamado *PERP WALK*, conduta sensacionalista pela qual se expõe de maneira exagerada e pejorativa o preso/detento.

No direito estadunidense tal prática é tolerada em prol:

Do Direito a informação;

Da prevenção geral e;

Da transparência da ação da polícia.

E no Brasil? Desde que não haja violência ou grave ameaça e a exposição seja feita de maneira proporcional e humana, é possível a divulgação de imagens em situação de REAL E COMPROVADO INTERESSE PÚBLICO. Ex.: retrato falado de foragidos.

VAI CAIR, O RETORNO! *SORO DA VERDADE* OU *NARCOANÁLISE*.

Outro exemplo de prática que configuraria o crime em análise consiste na conduta de injetar substâncias químicas na vítima, a fim de que isso cause reações em seu corpo e, fatalmente, facilite a obtenção de declarações.

ARTIGO 14 (Vetado)

O art. 14 previa em sua redação original a conduta de fotografar ou filmar o preso sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal.

Entretanto tal dispositivo foi vetado sob o fundamento de causar insegurança jurídica, uma vez que se trata de tipo penal aberto e que e de abertura hermenêutica muita grande, tendo em vista que não se mostra possível o controle absoluto sob a captação de imagens e divulgação por parte de particulares ou até mesmo da imprensa.

ARTIGO 15

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. (VETADO).—

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: (Promulgação partes vetadas)

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.

Antiga lei de abuso de autoridade (lei nº 4.898/65) não previa nenhum tipo penal semelhante. Trata-se de nova lei incriminadora (e que, naturalmente, não retroage).

Contextualização

A proteção que se dá ao sigilo que recai sobre algumas pessoas (em decorrência de profissão/ofício) está expressamente prevista no art. 207, do CPP. É possível, no entanto, que o caráter sigiloso advenha de um acordo que imponha a determinado ato a confidencialidade.

Relativização

O que prevalece jurisprudencial e doutrinariamente é que, desde que autorizada pela parte interessada, e apenas se quiserem depor, essas pessoas poderão falar acerca de fatos que outrora eram sigilosos (por conta de profissão/ofício ou até mesmo da aludida relação negocial).

BOM RACIOCÍNIO PARA MAGISTRATURA E DEFENSORIA

Renee de Ó Souza menciona que, em duas ocasiões (Guja v. Moldova e Heinish v. Alemanha), a Corte Europeia decidiu que a liberdade de expressão não compreende apenas a faculdade de expressar o pensamento ou a opinião, mas também o direito de transmiti-los a público, ainda que assegurados pelo dever de sigilo.

Crime de ação vinculada

Não se trata de delito de forma livre, pois o tipo subentende que o sujeito passivo seja pessoa que tenha compromisso com o sigilo e deve ser praticado mediante ameaça de prisão.

ARTIGO 16

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: (Promulgação partes vetadas)

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.

O chefe do poder executivo vetou esse dispositivo sob o fundamento de que a proposta legislativa contraria o interesse público, pois, embora seja exigível, como regra, a identificação da autoridade para a prisão, o sigilo se faria necessário em situações excepcionais - garantia da vida e segurança dos agentes de segurança pública, por exemplo.

O veto, porém, foi derrubado.

No mais, reputo que a leitura do dispositivo legal seja suficiente, meus amigos. Há penso que haja necessidade de nos alongarmos aqui.

ARTIGO 17 (vetado)

O art. 17 também foi vetado... ele criminalizava a conduta de submissão de preso, internado ou apreendido ao uso de algemas fora das hipóteses legais.

ARTIGO 18

Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

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

ARTIGO 19

Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena 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.

ARTIGO 20

Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado: (Promulgação partes vetadas)

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.

Chefe do poder executivo deliberou por vetar o dispositivo pelo seguinte:

“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 ocorra por justa causa e que comporta interpretação. Ademais trata-se de direito já assegurado na lei 7210/84 e 8906/94, sendo desnecessária da conduta do agente público”.

Este veto também foi rejeitado pelo congresso nacional.

À época da vigência da lei 4898/65 em seu art. 3º alínea “j” tipificava como abuso de autoridade *“qualquer atentado aos direitos e garantias assegurados ao exercício profissional”*, dentre os quais podemos incluir o exercício da advocacia.

ARTIGO 21

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

ARTIGO 22

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

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

§ 1º *Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:*

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º *Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.*

A revogada lei nº 4898/65 tipificava como abuso de autoridade qualquer atentado “à inviolabilidade do domicílio” cominando penas de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses de detenção. É de se notar, portanto, que o crime do art. 22 da lei 13869/19 funciona como evidente hipótese de *novatio legis in pejus*, haja vista a pena mais rigorosa.

Clandestinamente: o agente ingressa ou permanece em casa alheia ou em suas dependências sem que o morador perceba.

Astuciosamente: o agente induz o morador a erro para obter seu consentimento em entrar ou permanecer na casa ou em suas dependências.

Contra a vontade do morador: o agente usando-se de violência ou grave ameaça entra ou permanece na casa ou em suas dependências.

O inciso III do art. 22 da lei 13869/19 positivou uma das grandes discussões do direito penal que ainda não era positivada, qual seja, o conceito de noite.

O Texto da Constituição Federal menciona a *expressão período diurno* e a doutrina enuncia existir dois critérios possíveis, o cronológico/temporal e o critério físico/astronômico.

→ O primeiro deles, critério cronológico/temporal, considera como sendo dia o período compreendido das seis horas da manhã às dezoito horas, critério adotado pelo professor **JOSÉ AFONSO DA SILVA**.

→ Existe ainda o critério físico/astronômico que irá considerar como conceito de “dia” o período compreendido entre a aurora e o crepúsculo.

Por fim, existe um terceiro e último critério, denominado de misto que conjuga os anteriores e é adotado pelo professor ALEXANDRE DE MORAES, determinando que, se em uma determinada região o sol só nasce após as seis horas, esse será o início do dia, no entanto se o nascer do sol se der as cinco horas e trinta minutos, deve-se aguardar até às seis horas para que o dia tenha início.

Doutrina vem apontando duas correntes acerca do presente dispositivo, uma defendendo sua constitucionalidade e outra sua inconstitucionalidade, vejamos cada uma delas:

→ Inconstitucionalidade do conceito de noite (e de dia) previstos na Lei 13869/19. A CRFB/88 autoriza o ingresso em domicílio alheio exclusivamente durante o dia, sendo inadmissível, assim, que o legislador infraconstitucional venha afirmar que um mandado de busca e apreensão pode ser cumprido às 20h59min, quando certamente o sol já terá desaparecido no horizonte.

→ Constitucionalidade do conceito de noite (e de dia) previstos na Lei 13869/19. Para se conservar a validade do dispositivo, conferindo-lhe um sentido compatível com a CRFB/88, será considerado lícito o cumprimento de mandado de busca domiciliar até às 21h00 horas desde que presente a luz do sol.

→ Renato Brasileiro ainda traz uma terceira posição: a fim de superar controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador optou por positivizar o conceito de dia (05h - 21h) e o de noite (21h - 05h), e não condicionou à existência de luminosidade solar. Há de

se ter em mente que são dois os objetivos da proteção constitucional a inviolabilidade do domicílio durante a noite previsto na CRFB/88, quais sejam: I) não atrapalhar o merecido descanso; II) evitar quaisquer arbitrariedades dos agentes públicos em um período de maior precariedade de vigilância.

Portanto, para Renato Brasileiro, o fato de o legislado autorizar o cumprimento de mandado nesse horário não importa em violação ao núcleo essencial do dispositivo constitucional. Pelo contrário. Bem ou mal agiu dentro da razoabilidade e proporcionalidade para definir o conceito de noite.

ARTIGO 23

Art. 23. Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:

I - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

A antiga lei de abuso de autoridade (Lei 4898/65) não previa nenhum tipo penal semelhante. Portanto, quem inovasse artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o juiz ou o perito poderia responder pelo crime de fraude processual previsto no art. 347 do código penal. *Verbis*:

Art. 347 - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

ARTIGO 24

Art. 24. Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração:

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

ARTIGO 25

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.

A lei anterior não se referia a essa conduta típica.

O art. 157 do Código de Processo Penal, depois da reforma advinda da Lei nº 11.690/2008, passou a contar com a seguinte redação. Vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Princípio da liberdade de provas

Do princípio da verdade processual (ou real, como se dizia antigamente) deriva o princípio da liberdade de provas, que não é (de forma alguma) absoluto. As partes contam com liberdade para a obtenção, apresentação e produção da prova (dentro do processo), mas essa liberdade, naturalmente, tem limites – assim como qualquer direito os tem.

O direito à prova não pode (nem deve) ser exercido a qualquer preço. O que vale então no processo penal, por conseguinte, é a verdade processual, que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos.

Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas: a prova ilícita é uma das provas não permitidas no nosso ordenamento jurídico. A CF, no seu art. 5º, inc. LVI, diz: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento de obtenção da prova (não com o momento da sua produção, dentro do processo).

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal: caso venha a prova a ser obtida com violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de reconhecer sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade). Exemplo: prova obtida (fora do processo) com violação ao direito de não autoincriminação (que está previsto no art. 8º da CADH) é prova ilícita. Ninguém é obrigado a participar da reprodução simulada do evento delituoso, ninguém é obrigado a fornecer padrões gráficos ou padrões vocais, para efeito de perícia criminal (STF, HC 96.219-MC-SP, rel. Min. Celso de Mello).

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

1.3 QUESTÕES PARA TREINAMENTO

Lei com atenção os enunciados abaixo, assinalando "C" (certo), "E" (errado) ou "S" (socorro). Brincadeira: é só "C" ou "E" mesmo.

1. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

() Certo.

() Errado.

2. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

() Certo.

() Errado.

3. A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

() Certo.

() Errado.

4. É efeito da condenação previsto na lei 13869/19 tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

() Certo.

() Errado.

5. As responsabilidades civil e administrativa são dependentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

() Certo.

() Errado.

6. Considerando a lei 13869/19 considera-se a abuso de autoridade decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado para comparecimento ao juízo.

() Certo.

() Errado.

7. Considerando a lei 13869/19 considera-se abuso de autoridade deixar de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal.

() Certo.

() Errado.

8. Considerando a lei 13869/19 considera-se abuso de autoridade constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo.

() Certo.

() Errado.

9. Considera-se abuso de autoridade segundo a lei 13869/19 submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno em qualquer hipótese.

() Certo.

() Errado.

10. Considera-se abuso de autoridade segundo a lei 13869/19 qualquer atentado à liberdade de associação.

() Certo.

() Errado.

11. Os crimes da nova lei de Abuso de autoridade são todos crimes de menor potencial ofensivo aplicando-se assim o rito previsto a lei 9099/95.

() Certo.

() Errado.

12. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Certo.

Errado.

13. Constitui abuso de autoridade previsto na lei 13869/19 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.

Certo.

Errado.

14. Constitui abuso de autoridade previsto na lei 13869/19 estender a investigação em prejuízo do investigado ou fiscalizado.

Certo.

Errado.

15. Constitui abuso de autoridade previsto na lei 13869/19 inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade.

Certo.

Errado.

1.4 GABARITO

1. **E** - Esse é o conceito por equiparação previsto no Código Penal. A lei de Abuso de Autoridade traz outro conceito em seu no parágrafo único do art. 2º da lei 13869/19.
2. **C** - art. 3º, *caput*.
3. **C** - art. 3º, §2º.
4. **E** - Esse é um efeito genérico que também se aplica a nova lei de abuso de autoridade porém está previsto no Art. 91 do código penal.
5. **E** - art. 7º.
6. **E** - Deixar INJUSTIFICADAMENTE.
7. **E** - 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.*
8. **E** - o art. 18 traz exceções a essa regra.
9. **E** - Tratava-se de tipo previsto na antiga lei de abuso de autoridade lei 4898/65, art. 3, E. Importante salientar que a nova lei 13869/19 não tutela a liberdade de associação em seus tipos penais.
10. **E** - A antiga lei 4898/65 previa em seu conteúdo somente crimes de menor potencial ofensivo, porém na nova lei existem tipos penais que ultrapassam os limites de competência da lei 9099/95.
11. **C** - Art. 39.
12. **C** - Art. 32.
13. **E** - Faltou o elemento normativo *injustificadamente*, nos moldes do art. 31 da lei.
14. **E** - Art. 31.
15. **C** - Art. 23.