



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LEI Nº 13.869/2019 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES DE ACORDO COM AS
AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6236, 6238, 6266 E 6302

Diogo Bahia Maceira

Rio de Janeiro
2021

DIOGO BAHIA MACEIRA

A LEI Nº 13.869/2019 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES DE ACORDO COM AS
AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6236, 6238, 6266 E 6302

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2021

A LEI Nº 13.869/2019 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES DE ACORDO COM AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6236, 6238, 6266 E 6302

Diogo Bahia Maceira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado. Mestre em Geografia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel e Licenciado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – O contexto político-jurídico contemporâneo de combate a corrupção e a emergência de expoentes autoritários em diversos âmbitos da vida pública brasileira podem fazer com que a lei de abuso de autoridade (Lei 13.689/19), que possui mecanismos para conter os excessos dos agentes públicos, se torne uma “mordaca simbólica” para estes. A finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria prevista na lei continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria um caráter garantista, mas parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a ser posteriormente solucionados pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Lei de abuso de autoridade.

Sumário – Introdução. 1. O subjetivismo na nova lei de abuso de autoridade e o controle dos agentes públicos. 2. O subjetivismo não é suplantado pela redação do parágrafo 2º do artigo 1º da nova lei de abuso de autoridade. 3. O subjetivismo dos tipos penais da Lei nº 13.869/2019 tem um caráter garantista, mas que pode servir de controle dos agentes públicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema das inconstitucionalidades e subjetivismos da nova lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), abordando as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302. O objetivo do presente estudo é demonstrar como os questionamentos à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate a corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando o controle sobre os agentes públicos.

A finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria

um caráter garantista, parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a serem posteriormente solucionados pelos Tribunais Superiores.

As inconstitucionalidades e os subjetivismos da nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019) abordados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302 demonstram como os questionamentos à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate à corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando ao controle sobre os agentes públicos, em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias.

O objetivo deste trabalho é discutir se a nova lei de abuso de autoridade teria tipificado condutas configuradoras do abuso de autoridade ou terminado por prejudicar as atividades da administração pública, pois enfraquecera a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate à corrupção e a defesa dos valores fundamentais, causando grave violação à independência do Poder Judiciário (art. 95, I, II e III; e 93, IX, da CF), ao regime democrático (art. 1ª, V, da CF) e aos princípios da harmonia e interdependência dos Poderes (art. 2º, da CF).

Além disso, também ofenderia o princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX) por descrever tipos penais abertos que impossibilitam a integração pelo julgador, que feririam o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV) e da intervenção penal mínima, tipificando crimes de mínima potencialidade lesiva.

O primeiro capítulo mostra como a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade defende que haveria excesso de subjetivismo na lei de abuso de autoridade de forma a exercer uma espécie de controle excessivo das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias. Não sendo mera argumentação sem fundamentos, pois a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo pode criar percalços na atividade dos agentes públicos responsáveis por investigações e pela persecução penal.

No segundo capítulo aborda-se que a tese do subjetivismo da lei não cai por terra com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º da lei, visto que a divergência entre a interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas pode configurar crime de abuso de autoridade. Isto porque, a interpretação da lei cabe aos agentes públicos que irão aplicá-la, sendo que isso não os exime de ter visões diferentes sobre casos de pretensão abuso de autoridade.

O terceiro capítulo demonstra que esse real ou imaginário subjetivismo visa dar um caráter mais garantista a lei de abuso de autoridade, mas também pode servir como mecanismo político de controle dos agentes públicos quanto a proceder em investigações e em processos judiciais criminais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Sendo assim, o enfoque do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende utilizar de bibliografia pertinente à temática abordada, analisada e fichada na fase de exploração da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. O SUBJETIVISMO NA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E O CONTROLE DOS AGENTES PÚBLICOS

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019¹), que revogou a lei nº 4.898/1965, teve como um dos motivos para a sua edição a necessidade de se adotarem tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Para isso, ter-se-ia evitado a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável.

A Lei nº 13.869/19² exige que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, conforme o parágrafo 1º do artigo 1º, o que não havia na lei de abuso de autoridade revogada. Além disso, a exigência da finalidade da conduta tem que visar prejudicar outrem ou beneficiar o agente ou terceiro, ou o fim de agir pode ser baseado em mero capricho ou satisfação pessoal do agente.

¹ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

² Ibidem.

³ Ibidem.

Esse especial fim de agir exigido pela lei acaba sendo contraditório com o objetivo do legislador de dar maior taxatividade aos delitos de abuso de autoridade, pois a autoridade pública que for aplicar este diploma legal terá de analisar se houve tal finalidade por parte do acusado. O problema é que esta análise esbarra na averiguação de ter ocorrido tal animus ou não, o que poderá dar certo grau de subjetivismo a aplicação dos tipos penais previstos.

Em tese, o legislador estipulou a excludente de ilicitude do parágrafo 2^o do artigo 1^o da lei n^o 13.869/19 para resguardar os agentes públicos em suas atividades, principalmente os magistrados, os membros do Ministério Público e os policiais, uma vez que eles são os maiores afetados por ela.

Guilherme Nucci⁵ sustenta que tal excludente de ilicitude foi necessária para que o subjetivismo dos tipos penais da nova lei não paralisasse a atividade de determinadas autoridades públicas ou gerasse receio por partes destas quanto as suas funções públicas, mas não teria sido capaz de afastar as inconstitucionalidades de alguns tipos penais dispostos na lei.

Por entenderem serem manifestamente inconstitucionais diversos dispositivos da nova lei de abuso de autoridade, três associações de classe profissional e um partido político ingressaram com Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra este diploma legal. Sendo que, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e associações de categorias semelhantes e de outras, pediram para ingressar como *amicus curiae* nas ações, por se tratar de questão de grande importância para elas e para a democracia brasileira.

A primeira associação a ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a lei n^o 13.869/19 foi a AMB⁶ (Associação dos Magistrados Brasileiros), que congrega várias associações regionais de magistrados, por entender que o exercício da jurisdição estaria sob risco com este novo diploma legal e alega que os artigos 9^o, parágrafo único, I ao III, 10, 19, 20, 27, 30, 32, 33, 36, 37 e 43⁷, da lei sejam materialmente inconstitucionais.

⁴ Ibidem

⁵ NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>> Acesso em: 25 set. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n^o 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

⁷ BRASIL. *Lei n^o 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6236⁸ ajuizada pela AMB possui pontos em comum e outros divergentes com as outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade apensadas a ela, quais sejam, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6238, 6266 e 6302.

Um ponto em comum entre essas ações diretas de inconstitucionalidade é que elas defendem haver excesso de subjetivismo na lei de abuso de autoridade de forma a exercer uma espécie de controle excessivo dos agentes públicos, e em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias. O que não seria mera argumentação sem fundamentos dos autores das ações, pois a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo pode criar percalços na atividade das autoridades responsáveis por investigações e pela persecução penal, até mesmo violando prerrogativas daquelas.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6236⁹, como há os interesses da magistratura sendo defendidos pela AMB, o foco dela está em apontar as inconstitucionalidades pertinentes ao exercício da magistratura como o especial fim de agir exigido pela lei, que tornaria o exercício da jurisdição ariscado e estaria em desacordo com o princípio da independência judicial (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX¹⁰).

Além disso, a referida associação de magistrados aduz que a lei ofenderia o princípio constitucional da tipicidade dos delitos (Constituição Federal, art. 5º, XXXIX¹¹) por descrever tipos penais abertos que impossibilitam a integração pelo julgador, que feririam o princípio da proporcionalidade (Constituição Federal, art. 5º, LIV¹²) e da intervenção penal mínima, tipificando crimes de mínima potencialidade lesiva.

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6238¹³ ajuizada pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) há alegações de que a lei de abuso de autoridade enfraquecerá a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate a corrupção e a defesa dos valores fundamentais, causando grave violação à

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020.

independência do Poder Judiciário (art. 95, I, II e III; e 93, IX, da CF¹⁴), ao regime democrático (art. 1^a, V, da CF¹⁵) e aos princípios da harmonia e interdependência dos Poderes (art. 2^o, da CF¹⁶).

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6266¹⁷ ajuizada pela ADPF (Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal), infere-se que o contexto atual de instabilidade, principalmente quanto ao cenário político de corrupção e de ameaças a democracia brasileira, a nova lei de abuso de autoridade não garantiria que os agentes públicos possam executar suas competências e atribuições constitucionais e legais com autonomia, segurança jurídica e independência.

Defende que deste modo não se estaria somente afetando negativamente as autoridades públicas, mas principalmente as próprias instituições que elas compõem, fragilizando-as e gerando risco irreparável a democracia. Com isso, a interpretação da lei e a vontade racional do legislador não devem se desvincular da compreensão da norma e de seu contexto histórico.

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6302¹⁸ de autoria do partido político PODEMOS, alega-se que para que se gere prejuízo aos agentes e instituições públicas basta haver o temor de ocorrer responsabilização injusta, que seja apta a desincentivar a atuação deles. Devendo existir resguardo e respaldo ao exercício das funções do agente estatal para que possa atuar com rigor e os instrumentos inerentes às suas funções.

O subjetivismo dos tipos penais da nova lei de abuso de autoridade resta claro e evidente, pois mesmo exigindo especial fim de agir na conduta de autoridades públicas para serem aplicados, demonstram o objetivo do legislador de criar um instrumento de repressão para atuação dessas autoridades públicas. Não havendo de se afirmar que os abusos por parte de agentes públicos não tem que ser coibidos e punidos, mas não se pode criar uma ameaça de punição simbólica como forma de fazer a atuação desses agentes públicos comedida quanto aos indivíduos com que estão mexendo.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.

2. O SUBJETIVISMO NÃO É SUPLANTADO PELA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 1º DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019¹⁹) que revogou a lei nº 4.898/1965 visou como defendem alguns autores, Carola de Souza²⁰ dentre eles, que com este novo diploma legal se vedaria o denominado crime de hermenêutica, com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º: “Art. 1º, § 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.

O crime de hermenêutica é justamente quando se criminaliza a atividade realizada pelo agente público na interpretação das normas, por isso o processo interpretativo a ser realizado com a lei e o caso concreto, que é marcado pelo subjetivismo, deve ser resguardado como parece que foi a intenção do legislador.

Deste modo, uma decisão judicial de Órgão inferior reformada por Órgão superior não levaria à punição do agente público pelo delito de abuso de autoridade, visto que erros *in judicando* e erros *in procedendo* ocorrem, para isso existem as instâncias revisoras e os recursos para as partes que se sintam lesadas e/ou irrisignadas num processo judicial.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, antes da entrada em vigor da lei nº 13.869/19²¹, firmou entendimento²² de que na atividade jurisdicional são proferidas decisões com vício no julgamento e/ou vício no procedimento, por fazer parte dessa atividade estatal.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁰ SOUZA, Carola Maciel de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/#:~:text=0->

,A%20Nova%20Lei%20De%20Abuso%20De%20Autoridade%3A%20A%20Inseguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica,Pela%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20Da%20Hermen%C3%AAutica%20Jur%C3%ADdica&text=Por%C3%A9m%2C%20a%20urg%C3%AAncia%20na%20edi%C3%A7%C3%A3o,impl%C3%ADcito%3A%20inibir%20a%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional.>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²¹ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 858/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

Em razão disso, para que o crime de abuso de autoridade se configure é necessário que se demonstre que houve má-fé e/ou “maldade” por parte do magistrado que proferiu a decisão ou sentença com objetivo ou intenção/dolo de causar dano à pessoa, que pode ou não ser parte no processo.

Carola de Souza nos mostra em seu artigo que o §2º do artigo 1º da nova lei de abuso de autoridade não permitiria as denominadas interpretações teratológicas dos tipos penais dispostos neste novo texto legal, mas que estando presente o especial fim de agir e o dolo na conduta do agente público, este poderá ser penalizado pelo delito de abuso de autoridade.

Dessa maneira, para Nucci²³, a interpretação da lei nº 13.869/19²⁴ deve respeitar o limite dos entendimentos jurisprudenciais, principalmente os vinculantes, e o limite literal ou material da norma, não criando interpretações teratológicas dos tipos penais ali dispostos.

No entanto, como um dos motivos para a edição dessa lei era a necessidade de se adotar tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Teria se evitado a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável, o que na prática não parece de fácil aceitação, como aduzem as ações diretas de inconstitucionalidades objeto deste trabalho.

Isto porque, os tipos penais não devem ser abertos para que se evite a discricionariedade da interpretação extensiva, que já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 85.217-3/SP²⁵:

[...]3. O artigo 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição, que deve ser operado com base na pena cominada na condenação. O princípio da legalidade estrita, de observância cogente em material penal, impede a interpretação extensiva ou analógica das normas penais. [...]

No Direito Penal²⁶, como regra geral, a interpretação extensiva da norma deve ser sempre que possível evitada ou excluída, não somente por poder limitar a liberdade

²³ NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 85217/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259870>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

individual, mas principalmente, porque tende a desvirtuar a *mens legis*. Sendo que, em caso de dúvida na interpretação da lei penal, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo*, realizando uma decisão mais favorável ao réu.

A AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) e os outros legitimados que ingressaram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302²⁷ defendem que como a lei nº 13.869/19²⁸ é desfavorável ao agente público, ela deve ser interpretada restritivamente, consoante o princípio da máxima taxatividade interpretativa que se manifesta hermeneuticamente através da proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, proíbe a analogia desfavorável.

A exigência de que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, conforme o parágrafo 1º²⁹ do artigo 1º, conjugado com o parágrafo 2º do mesmo artigo, mas sem esquecer que a autoridade pública que for aplicar este diploma legal terá de analisar se houve tal finalidade por parte do agente público. O problema é que esta análise esbarra na averiguação de ter ocorrido tal animus ou não, o que poderá dar certo grau de subjetivismo a aplicação dos tipos penais previstos.

Sendo assim, tal excludente de ilicitude acabar por não acabar com o subjetivismo dos tipos penais da nova lei e poderá ocasionar na paralisação da atividade de determinadas autoridades públicas ou gerar receio por partes destas quanto as suas funções públicas.

O controle dos agentes públicos, e em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias, é necessário por causa da função que exercem, mas é evidente que a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo interpretativo pode criar liames na atividade das autoridades responsáveis por investigações e pela persecução penal, até mesmo violando prerrogativas daquelas.

²⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120) – vol. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5. e PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 12-16.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁹ *Ibidem*.

A tese do subjetivismo da lei não cai por terra com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º da lei³⁰, visto que a divergência entre a interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas pode configurar crime de abuso de autoridade. Isto porque, a interpretação da lei cabe aos agentes públicos que irão aplicá-la, sendo que isso não os exime de ter visões diferentes sobre casos de pretensão abuso de autoridade.

3. O SUBJETIVISMO DOS TIPOS PENAIIS DA LEI Nº 13.869/2019 TEM UM CARÁTER GARANTISTA, MAS QUE PODE SERVIR DE CONTROLE DOS AGENTES PÚBLICOS

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019³¹), que revogou a lei nº 4.898/1965, criou diversas conceituações e aspectos “abertos” que caracterizam a infração penal, deixando abertura para interpretações dos mais diversos matizes e com suscetibilidade de integração, sem que haja razoabilidade e proporcionalidade, visto que, por exemplo, um magistrado pode ter sua conduta tipificada como abuso de autoridade por simplesmente proferir uma decisão ou deixar de produzi-la, mas estando de acordo com sua função jurisdicional.

Isto mesmo sendo garantida aos magistrados a independência judicial nos artigos 95, inciso I ao III, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal³², o que demonstra ser a lei de abuso de autoridade atentatória contra a atividade jurisdicional e contra o princípio da independência judicial, acabando por gerar insegurança jurídica como alega a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) na ADI nº 6.236³³.

A Lei nº 13.869/19³⁴ acaba por violar o artigo 5º da Constituição Federal³⁵ e o artigo 41 da LOMAN³⁶, por punir o magistrado quanto as suas manifestações e pelas decisões que proferir, prejudicando a prestação jurisdicional.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

A Advocacia Geral da União – AGU já alegou no decorrer da tramitação processual da ADI nº 6.236³⁷, a qual as outras ações diretas de inconstitucionalidade estão apensadas, que a nova lei de abuso de autoridade protege as garantias básicas do cidadão quanto a eventuais abusos perpetrados por agentes públicos, não havendo de se falar em violação de princípios e garantias constitucionais pelo referido diploma legal.

Se posicionando contra a alegação da AMB de que ao violar garantias constitucionais e princípios assegurados pelo legislador constituinte, estar-se-ia afrontando o exercício da jurisdição, tornando a magistratura uma atividade arriscada e enfraquecida, prejudicando os jurisdicionados e o próprio Estado de Direito.

Como preceituam vários autores como Pinheiro, Cavalcante e Castelo Branco³⁸, o exercício da jurisdição acaba indo de encontro aos interesses de diversas naturezas e de vários setores, que podem fazer com que o agente público, principalmente o magistrado, sofra pressões e intimidações contra seus atos e decisões. Por isso, lhe foram garantidas prerrogativas legais para que ele não fique vulnerável as condutas com viés de retaliação a sua atuação institucional.

No caso das polícias, instituições fundamentais ao Estado Democrático de Direito Brasileiro, necessárias ao funcionamento e segurança da sociedade, combatendo ações criminosas, que parte das vezes possuem objetivos políticos e econômicos de tal monta que afrontam a coletividade de maneira expressiva, devendo ser repreendidas de forma firme e efetiva.

Entretanto, setores da sociedade buscam através de interesses escusos fazer com que tais instituições não funcionem a contento, tornando a ordem jurídica imersa em renúncias quanto as competências/atribuições que devem cumprir, violando a autonomia, a segurança jurídica e a independência delas.

A própria democracia estaria sendo abalada com esse controle subjetivo das instituições como traduz em sua peça na ADI nº 6.266³⁹ a ADPF-Associação Nacional dos

³⁶ BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 12 jan. 2021.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 35-37.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 29 mar. 2021.

Delegados de Polícia Federal, pois a Lei nº 13.869/19⁴⁰ contém tipos penais abertos e genéricos, o que ameaça a atuação dos agentes públicos, tornando frágeis os órgãos do Sistema de Justiça.

No entanto, não se pode negar a necessidade de controle das referidas instituições por meio dos poderes da República, mas sem que se fragilize os papéis fundamentais de tais órgãos e se preserve o funcionamento do Estado.

Deste modo o pretenso garantismo penal da nova lei de abuso de autoridade acaba por ficar relativizado ao subjetivismo de seus tipos penais, mesmo com a presença da excludente de ilicitude do parágrafo 2º do artigo 1º do referido diploma legal⁴¹.

Pode-se depreender da lei de abuso de autoridade que se criou uma nova prerrogativa dos advogados, uma verdadeira proteção legal que os outros agentes públicos não possuem, em especial os que atuam no Poder Judiciário, resultando em criminalização da conduta das Polícias, do Ministério Público e da Magistratura. Pois, os advogados podem vir a criminalizar a conduta do agente público que eventualmente descumpra um direito, veja que é a expansão desmesurada do Direito Penal e da conseqüente penalização de condutas.

O Direito Penal⁴², como última ratio, deve ser utilizado após os demais meios e instrumentos coativos estatais com menor gravidade, de natureza administrativa ou processual, tenham sido esgotados e não tenham surtido o efeito pretendido. Uma vez que, se o advogado discorda da decisão judicial ou de determinado ato do agente público ele tem direito a ingressar com recursos administrativos ou judiciais e até com denúncias nas Corregedorias para que se aplique a sanção no referido agente transgressor.

Com a nova lei de abuso de autoridade abre-se um “leque de oportunidades” para que se instaurem inquéritos e ações penais com o intuito de obstar, atrapalhar e prejudicar o trabalho dos órgãos do Sistema de Justiça, mesmo que no fim não se puna o eventual abuso. Mas, a celeuma foi criada e desestabilizou determinado agente público no cumprimento de suas funções, provavelmente inibindo-o no decorrer do exercício do seu trabalho.

O garantismo penal, de forma geral, como preceitua Zaffaroni⁴³, defende que o Direito Penal não deve se propor a servir somente à vítima ou à pessoa potencialmente ofendida pela

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

⁴¹ Ibidem.

⁴² PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 23-24.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011, p. 170-173.

conduta criminosa, mas deve servir ao criminoso, por este ter de ser protegido quanto à reação à sua conduta delituosa, inclusive quanto ao arbítrio estatal.

Como já dito no capítulo 2, no Direito Penal⁴⁴ a interpretação extensiva da norma deve ser sempre que possível evitada ou excluída, não somente por poder limitar a liberdade individual, mas principalmente, porque tende a desvirtuar a *mens legis*. Sendo que, em caso de dúvida na interpretação da lei penal, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo*, realizando uma decisão mais favorável ao réu.

O real ou imaginário subjetivismo visa dar um caráter mais garantista a lei de abuso de autoridade, mas pode ser que não seja tão garantista assim, por poder servir como mecanismo político de controle dos agentes públicos quanto a proceder em investigações e em processos judiciais, em especial os criminais.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou como a nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019), que revogou a lei nº 4.898/1965, teve como um dos motivos para a sua edição a necessidade de se adotarem tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Por isso, se evitou a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável.

Esta lei possui mecanismos para conter os excessos dos agentes públicos e exige que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, o que não havia na lei de abuso de autoridade revogada. Além disso, a finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria um caráter garantista, parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a serem posteriormente solucionados pela jurisprudência.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302 expõem como as inquirições à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate à corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando ao controle sobre os agentes

⁴⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

públicos, em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias.

A nova lei de abuso de autoridade tipificou condutas configuradoras de determinados delitos, que podem ser aplicados aos agentes públicos de forma autoritária por a subjetividade não ter sido eliminada com a excludente de ilicitude do parágrafo 2º do artigo 1º do referido diploma legal. Mesmo que se tenha dado uma natureza garantista para ela com o propósito de resguardar os agentes públicos em suas atividades, principalmente os magistrados, os membros do Ministério Público e os policiais, uma vez que eles são os maiores afetados por ela.

A Lei nº 13.869/2019 por si só gerou avanços na tipificação de crimes de abuso de autoridade, por prever controle sobre os agentes públicos para que estes não se excedam nas suas funções e de forma a fazer com que a democracia tenha mais proteções aos cidadãos contra os arbítrios estatais.

Com esta lei não há real prejuízo as atividades da administração pública, por não causar enfraquecimento a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate à corrupção e a defesa dos valores fundamentais. Porém, o subjetivismo da aplicação dos tipos penais terá de controlar os aplicados do Direito Penal para não criar autoritarismo e controle excessivo da atividade de determinados agentes públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *APn 858/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 85217/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259870>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1° a 120)*. V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>> Acesso em: 15 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

SOUZA, Carola Maciel de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica*. Disponível em: <[ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/#:~:text=0-,A%20Nova%20Lei%20De%20Abuso%20De%20Autoridade%3A%20A%20Inseguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica,Pela%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20Da%20Hermen%C3%AAutica%20Jur%C3%ADdica&text=Por%C3%A9m%2C%20a%20urg%C3%Aancia%20na%20edi%C3%A7%C3%A3o,impl%C3%ADcito%3A%20inibir%20a%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional.> Acesso em: 15 set. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

