

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Abuso de Autoridade: uma lei de dupla proteção – o exemplo do crime de violação de prerrogativas

*Ulisses Augusto Pascolati Junior*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Uma explicação necessária. 2. Aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade. 2.1. Proteção de liberdades e exercício do poder. 2.2 Barreiras de proteção da atuação funcional. 3. Violação de direitos e prerrogativas do advogado. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Uma explicação necessária

A ideia de redação deste texto nasceu após o honroso convite recebido pela coordenadoria do curso de Aperfeiçoamento para Vitaliciamento e Apoio aos Juizes da Escola Paulista da Magistratura para uma aula sobre abuso de autoridade para os juizes vitaliciandos. O objetivo da aula foi tentar transmitir aos novos juizes tranquilidade no exercício da jurisdição uma vez que a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019) somente tem sua aplicação efetivada quando se está diante de decisões ou comportamentos do sujeito ativo (agente público) absolutamente fora do espectro legal – beirando a teratologia. A aula desenvolveu-se na tentativa de mostrar os institutos jurídicos que, de fato, protegem a atuação do agente público – notadamente do magistrado e, ao fim e ao cabo, uma sucinta análise do art. 43, o qual introduziu o art. 7º-B na Lei 8.960/94 (violação de direito e prerrogativa do advogado). Assim, o texto almeja reproduzir esta aula e abordar alguns institutos que protegem a atuação do agente público (aqui do magistrado), especialmente no contexto da dinâmica forense-conflituosa juiz-advogado, juiz-promotor.² A normativa da Lei 13.869/19 possui, portanto, uma dupla proteção: a) por um lado protege bens essenciais para a consolidação de um Estado de Direito (direitos e garantias fundamentais) e, por outro, b) dispõe sobre alguns institutos que dão garantias à atuação do agente público. Nesse cenário, em consequência, o texto será dividido em duas partes: Na primeira serão abordados alguns aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade (LAA) e as por mim denominadas “barreiras de proteção” da atuação do agente público, e, na segunda, o crime de violação de direitos e prerrogativas.

¹ Doutor em Direito Penal (USP). Mestre em Direito em Direito Penal (PUC/SP). Especialista em Direito Penal (USAL). Professor de Direito Penal (UNIP-SP). Coordenador de Direito Penal (EPM).

² Desde já anote-se: o crime do art. 7º-B dirige-se às violações de direitos e prerrogativas dos advogados. Não há norma semelhante quando se trata de membros do Ministério Público, no entanto, a observação é válida já que a atuação em ambas as situações nem sempre é harmônica, como deveria sê-lo.

2. Aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade

A antiga Lei de Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65 – foi sancionada pelo presidente Castelo Branco quando já imposto o governo militar após o golpe de 1964. De início, anote-se que parece ser dicotômica a aprovação de uma Lei de Abuso de Autoridade protetiva de liberdades individuais quando o governo instituído possuía uma lógica de funcionamento exatamente voltada à restrição de direitos individuais e liberdades públicas. Entretanto, não obstante, de fato, a vetusta e revogada Lei de Abuso de Autoridade tivesse o escopo de proteger a violação indevida de liberdades públicas por parte de agentes públicos, o fato é que se tratava de uma lei simbólica e demagógica³ cuja ideia era sinalizar à sociedade que, mesmo sob a nova ordem (autoritária) imposta, manter-se-ia o respeito aos direitos e às instituições. Nessa lógica, a revogada Lei de Abuso de Autoridade previa, em tipos extremamente abertos, e, por isso, dogmaticamente inaplicáveis, sem qualquer respeito aos requisitos da legalidade, como condutas proibidas (artigo 3º e 4º)⁴, com carga retributivo sancionatória irrisória (penas de detenção de 10 dias a 6 meses – art. 6º, §3º, “b”),⁵ condutas que atentassem ou violassem direitos e liberdades públicas.

Com a nova ordem constitucional e sendo necessária uma lei que, de fato, trouxesse o dever de respeito por parte dos agentes públicos à lei e, principalmente, aos direitos individuais, e que proibisse, portanto, o abuso do exercício das funções, iniciou-se no Congresso nacional, partindo do Pacto Republicano de 2009⁶, as discussões sobre uma nova Lei de Abuso de Autoridade. Deixando de lado as questões político-criminais que levaram a aprovação do projeto de lei, até porque este ponto demandaria maiores explicações, inapropriadas tendo em conta o limite e finalidade deste texto,⁷ o fato é que a Lei 13.964/19, após alguns vetos por parte do presidente da República, foi devidamente aprovada entrando em vigor. A Lei, como um “catálogo pedagógico”, por um lado dispôs acerca de algumas condutas que são proibidas ao agente público, e, por outro,

³ PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2, p. 585.

⁴ Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar ao carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

⁵ Com a Lei 9099/95 todas as condutas foram transformadas em infração de menor potencial ofensivo, logo, suscetíveis dos benefícios despenalizadores da Lei de regência dos Juizados Especiais Criminais, especialmente da transação penal.

⁶ Item 1.2 do II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. “Revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais” (BRASIL. II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/349HBsW>. Acesso em: 24 jun. 2020).

⁷ Devido à rapidez de tramitação após o envio do projeto do Senado Federal para a Câmara dos Deputados, a lei representou uma “resposta” às condutas da operação “lava jato”.

previu alguns institutos que, verdadeiramente, dificultam a punição e, portanto, atribuem maior margem de liberdade para a atuação do agente público. Em suma, ela protegeu direitos e não deixou desguarnecida a atuação do agente público.

2.1. Proteção de liberdades e exercício do poder

A proteção de direitos e garantias individuais é uma imposição constitucional de necessária abrangência penal. A Lei de Abuso de Autoridade, portanto, tenta estabelecer limites na dinâmica conflituosa do exercício do poder e da preservação de direitos. O poder pelo agente público deve ser exercido com responsabilidade e nos estritos limites da legalidade. É função do Estado impor e garantir o respeito aos direitos humanos consagrados na Constituição Federal e em tratados internacionais; esta função é clara quando o Estado estabelece regras jurídicas-penais conectadas à proteção de direitos fundamentais. No Estado de Direito a proteção de direitos humanos somente se realiza pela estrita observância da lei. Em outras palavras, a atuação do agente público, na promoção dos direitos humanos, ao argumento de aplicação da lei, somente torna legítima sua atuação exatamente se esta estiver nos limites do império da própria lei. Assim, a atuação do agente público somente é legítima e justificada se for visando a proteção de direitos humanos individuais, bens jurídicos objetos de proteção pela Lei 13.869/19⁸. Portanto, uma conclusão preliminar se mostra importante: os tipos penais estatuídos no capítulo VI têm como bens juridicamente protegidos direitos e garantias fundamentais, o que, desde já, justifica a intervenção penal em caso de violação – comportamento do agente público fora ou acima do rol de suas funções.

No entanto, não obstante o objeto de proteção justifique a intervenção material do direito penal, é imperioso salientar, o que se fará na sequência, que a lei também dispôs de mecanismos que protegem a atuação do agente público. Por esta razão afirmamos, desde já, que a Lei n. 13.869/19 é uma legislação de dupla proteção.

2.2 Barreiras de proteção da atuação funcional

Neste tópico o objetivo é chamar a atenção do leitor sobre alguns institutos jurídicos trazidos pela própria Lei de Abuso de Autoridade que teleologicamente protegem a atuação do agente público. Estes institutos, por sua vez, deixam assente a ideia de que o legislador, ao mesmo tempo que teve o desiderato de atualizar as condutas que representam abuso de poder, também pensou em mecanismos que protegessem o agente público na sua atuação funcional.

“Dupla” tipicidade no plano subjetivo

No art. 1º da Lei de Abuso de Autoridade exigiu o legislador, para configuração das condutas no plano subjetivo, o dolo direto consistente no conhecimento (elemento intelectual) dos componentes fáticos do tipo penal e na vontade (elemento volitivo) de querer o agente público atuar extrapolando seus deveres funcionais-legais. No entanto, além do

⁸ Como referido, estes mesmos bens jurídicos – direitos individuais – já eram objeto de proteção da antiga Lei de Abuso de Autoridade, entretanto, o legislador assim o fazia de forma demagógica.

elemento subjetivo (dolo direto), exige o legislador elementos especiais (intencionais) para a perfeita tipificação subjetiva. Exige, assim, o legislador que o comportamento do agente público seja direcionado – especialmente conduzido – a fim de: a) prejudicar terceiro; b) em benefício de si próprio ou de terceiro; c) por mero capricho; d) para satisfação pessoal. São elementos, por sua vez, que devem existir no plano psicológico do agente, no seu psiquismo⁹, de desnecessária realização no mundo material (real). São elementos aos quais a doutrina tradicional chamava de “dolo específico” que, ausentes na intencionalidade do agente, excluem a dimensão subjetiva do fato. Anote-se que, mesmo sendo elementos de desnecessária ocorrência no plano real, mas de necessária verificação no plano subjetivo-psíquico para o perfeito reconhecimento do tipo penal de injusto, deverá o Ministério Público descrevê-los na inicial acusatória, sob pena de inépcia, o que, por si só, já demonstra uma incrível dificuldade fático-probatória já que, como referido, são situações que devem existir no plano mental, como objetivo central da conduta do agente público que atua para além dos limites legais. Portanto, não basta o agente público saber e querer agir além de suas atribuições funcionais – extrapolando o uso regular do poder – deve ele também buscar um prejuízo, um benefício, ou um motivo pessoal não republicano.

Por fim, é de rigor salientar que estas finalidades especiais, no nosso ponto de vista, tornam os comportamentos característicos de abuso de autoridade incompatíveis com o dolo eventual.¹⁰ Duas perguntas são necessárias para confirmação da assertiva da impossibilidade do dolo eventual¹¹: a) como compatibilizar as consequências não perseguidas, mas previsíveis – tidas como possíveis – diante dos meios escolhidos para atingir os fins e as finalidades especiais trazidas pelo legislador? Em outras palavras, b) se no dolo eventual o sujeito não quer a ocorrência direta do resultado (violação do bem jurídico), mas aceita (consente) sua possível ocorrência, como compatibilizar o comportamento dirigido para prejudicar outrem, beneficiar-se a si próprio, beneficiar terceiro, por mero capricho ou visando satisfação pessoal com a aleatoriedade do dolo eventual? Acreditamos, destarte, que estes elementos especiais-intencionais são incompatíveis com qualquer possibilidade de dolo eventual descrito no art. 18, inc. I, segunda parte, do Código Penal.

Vedação ao crime de exegese

Superada a questão do injusto penal no plano subjetivo, a lei ainda condiciona à criminalização da conduta a superação de dois outros obstáculos, quais sejam: a conduta do agente público não pode ser arrimada em interpretação de lei ou avaliação de fatos e provas. O legislador, neste ponto, previu dois mecanismos de exclusão da tipicidade

⁹ Nesse sentido: “O legislador penal contemporâneo inscreve, frequentemente, na dimensão subjetiva dos crimes dolosos, determinadas características psíquicas complementares diferentes do dolo, sob a forma de intenções ou de tendências especiais ou de atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamento criminoso”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 176.

¹⁰ Por esta razão fizemos referência expressa ao “dolo direto”.

¹¹ “No dolo eventual, o agente não quer diretamente o resultado, mas atua de tal modo que o incorpora como consequência provável ou possível de sua ação. Como o resultado não se afigura como certo na consciência do agente, a definição do dolo, então, se torna mais complexa”. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 279.

ou de exclusão do injusto típico¹². Especialmente chamando a atenção para a função do magistrado: a ferramenta de trabalho do juiz é a lei. A precípua função do magistrado é a aplicação da lei ao caso concreto dando-lhe a melhor solução segundo a reconstrução fática demonstrada pelas provas. Assim, a função é eminentemente silogístico-interpretativa, vale dizer, o juiz avalia os fatos, tendo como parâmetros as provas, e aplica o ordenamento jurídico. Logo, poder-se-ia dizer que o juiz não será alcançado pelos tipos da lei de abuso de autoridade? A resposta é parcialmente verdadeira a não ser que a decisão do magistrado, e foi isso que a lei almejou evitar, seja absurda, teratológica totalmente fora da lei e do desenho legal-constitucional de sua função. Esta afirmação, saliente-se, vale para todos os agentes público uma vez que ser agente público tem essa característica impregnada, qual seja: aplicar a lei ou avaliar fatos e provas.

Procedimento e sanção penal

A revogada Lei de Abuso de Autoridade nos artigos 12 a 27 previa um procedimento extremamente célere quando se tratasse de crime de Abuso de Autoridade. Os crimes da vetusta Lei de Abuso de Autoridade possuíam pena privativa de liberdade que variava de 10 dias a 6 meses de detenção (art. 6º, §3º, “b”). Com a edição da Lei 9.099/95 iniciou-se a queda do procedimento especial da antiga Lei de Abuso de Autoridade pois as condutas, ainda que protetivas dos mais importantes direitos que dão vida e sustentáculo ao próprio Estado de Direito (direitos individuais), passaram a ser vistas como Infração de Menor Potencial Ofensivo. O legislador, na Lei 13.369/2019, guardando uma certa proporcionalidade, previu dois patamares de sanção, logo, uma criminalidade de médio potencial ofensivo, outra de pequeno potencial ofensivo.

Aos tipos previstos nos artigos 12, 16, 18, 20, 27, 29, 31, 32, 33, 37, 38 e 43 o legislador fixou no preceito secundário penas entre os patamares de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e aos tipos dos artigos 9º, 10, 13, 15, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 30, 36 e 41 fixou como sanção penas que variam de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão. No artigo 39, por sua vez, ao primeiro grupo de delitos, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, dispôs ser aplicável o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Anote-se que para este grupo de delitos a situação pouco se alterou na medida em que, como afirmado, relativamente aos crimes da lei revogada já se entendia serem de menor potencial ofensivo.

O problema surge nos delitos de média potencialidade lesiva aos quais o legislador acertadamente agravou a pena se comparado com a lei anterior. Para estes delitos o legislador manda aplicar o procedimento ordinário – formal e burocrático – dos art. 394 e seguintes do Código de Processo Penal. Não previu o legislador, como havia feito na lei anterior, um procedimento que pudesse se livrar das amarras formais-burocráticas do rito ordinário, tornando o processamento dos crimes da Lei de Abuso de Autoridade, portanto, mais célere e simplificado.

Neste ponto, ainda, impende salientar que haverá discussão, como há nos crimes funcionais do Código Penal, acerca da aplicação ou não do rito especial do funcionário

¹² Interessante observação de Santos: “enfim, a situação instituída pela nova lei parece mais ou menos assim: uma mão do legislador criminalizou várias hipóteses de abuso de autoridade, mas a outra mão do legislador descriminalizou as mesmas hipóteses de abuso de autoridade, mediante simples divergência na interpretação de lei pela autoridade pública” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 328, 2020, p. 21).

público na etapa inicial do procedimento (art. 513 e seguintes do CPP), o que torna o procedimento ainda mais moroso e burocratizado na medida em que será possível uma resposta pelo acusado antes do primeiro recebimento da denúncia (art. 514, CPP) e outra resposta após o recebimento da denúncia (art. 396-A, CPP), o que, por mais esse motivo, denota dificuldades no processamento dos delitos ofensivos a liberdades públicas.

Por fim, especificamente em relação aos magistrados, desde que ainda ocupantes de cargo, estes submeter-se-ão, em caso de abuso de autoridade, ao rito da Lei 8.038/1990 destinado às pessoas com foro por prerrogativa de função, sendo, portanto, julgados diante dos respectivos tribunais de justiça (juízes estaduais) ou tribunais regionais federais (juízes federais) – ou perante o Superior Tribunal de Justiça em se tratando de desembargadores.

Efeitos da condenação

O art. 6º, § 3º da antiga Lei de Abuso de Autoridade previa como sanções penais principais e autônomas: multa, pena privativa de liberdade ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública. A então Lei de Abuso de Autoridade, por ser especial, relativamente à perda do cargo e inabilitação para outra função pública, afastava a aplicação do Código Penal sendo, por isso, mais draconiana uma vez que, nas regras gerais do Código Penal, somente se pode pensar em perda do cargo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (art. 91, inc. I, “a”, CP); esta, aliás, era a *mens legis* do §4º do art. 6º da Lei n. 4.898/65.¹³

A nova Lei de Abuso de Autoridade, por sua vez, trouxe as possibilidades da inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos e a perda do cargo, do mandato ou da função pública (art. 4º, inc. II e III). Aparentemente poder-se-ia pensar: a lei continua a recrudescer o tratamento quando o agente público abusa de seus deveres funcionais, já que possibilita a inabilitação para o exercício de outro cargo, mandato ou função – hipótese aplicável quando o agente já não mais possui qualquer vínculo com a administração ou mesmo a perda do cargo, mandato ou função. Contudo, não foi um tratamento recrudescedor que levou a cabo o legislador na Lei 13.869/19 se comparados os institutos com a antiga Lei de Abuso de Autoridade – muito pelo contrário. No parágrafo único do art. 4º, deixou assente que os efeitos da inabilitação ou da perda do cargo, mandato ou função, ficam condicionados à ocorrência da reincidência em crime de abuso de autoridade e, ademais, não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença. Assim, para o agente que abusou de suas funções, ou melhor, agiu com abuso de autoridade e, por esta razão, ofendeu o bem jurídico que dá sustentação ao Estado de Direito, perder o vínculo com a administração ou ficar impedido de contrair novo vínculo ocorre somente se já ter sido condenado em sentença definitiva por abuso de autoridade. Exige, destarte, o legislador como pressuposto para estes efeitos extrapenais da condenação a “reincidência específica”.

Portanto, não basta ao sujeito abusar do poder para sofrer os efeitos da condenação, após todo procedimento penal, deve ele ter que abusar no mínimo duas vezes do poder para sofrer os efeitos da condenação dos incisos II e III do art. 4º.

¹³ PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2, p. 638.

3. Violação de direitos e prerrogativas do advogado

Originalmente a antiga Lei de Abuso de Autoridade não previu tipo penal criminalizando ato que atentasse contra prerrogativa ou mesmo direito inerente ao exercício funcional. No entanto, com o início da redemocratização brasileira e a necessidade de preservação de direitos individuais, os quais, nos mais das vezes, são levados a efeito pelo judiciário após provocação de advogado, foi aprovada a Lei 6.657, de 5 de junho de 1979, que incluiu a alínea “h” no art. 3º da revogada Lei 4.898/65. Dispunha aludido tipo penal que constituía abuso de autoridade qualquer atentado “aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”.

Pois bem. Em uma rápida e simples leitura conclui-se que o tipo penal era extremamente aberto, cuja complementação ficava inteiramente a cargo do intérprete penal. Em outras palavras: o preenchimento concreto do tipo penal ou as condutas que poderiam ser consideradas violação de direitos e garantias legais asseguradas ao exercício profissional ficava a cargo da compreensão dos aplicadores da lei, o que desborda da imperiosa segurança jurídica que se espera de um sistema de justiça. Assim, não são necessárias maiores digressões para se chegar à conclusão que frequentemente havia alegações ou acusações de abuso de autoridade em situações que, no mais das vezes, retratavam uma normal dinâmica conflituosa de interação juiz-advogado-juiz-promotor de justiça.

Considerando a amplitude do tipo penal, a título de exemplo, são situações nas quais houve “acusação” de abuso de autoridade por parte do juiz: a) juiz que repreende advogado e apreende gravador¹⁴; b) juiz que determina que o advogado, por portar-se de modo inconveniente e por interromper os trabalhos, se retirasse da sala¹⁵. Trata-se de exemplos que, por não haver uma descrição típica que atendesse aos reclamos da legalidade penal ficavam a cargo do intérprete e de suas considerações.

A Lei 13.869/19, por outro lado, mostrou-se muito mais garantista trazendo, assim, mais segurança jurídica quando se trata da dinâmica conflitiva do exercício do poder. O art. 43, que inseriu o art. 7º-B na Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), dispôs que: “constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta lei”. Percebe-se, destarte, que o legislador deu maior concretude ao tipo penal, em comparação com a vetusta Lei de Abuso de Autoridade, ao especificar exatamente, em rol taxativo, no plano objetivo, quais comportamentos constituir-se-ão abuso de autoridade. São, portanto, comportamentos alcançados pela norma proibitiva – direitos dos advogados:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; IV – ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo,

¹⁴ TJSP nº 0292488-10.2011.

¹⁵ TJSP nº 2136209-20.2015.

sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB; V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Logo, as demais situações conflitivas que podem surgir da interação advogado-juiz podem, em tese, a depender da situação, ser consideradas infração ético-funcional, mas jamais crime de abuso de autoridade diante da ausência de tipo penal objetivo que reprove a conduta. Situações cotidianas que antes ensejariam a “acusação” de abuso de autoridade hoje ficarão relegadas à esfera administrativa, não sendo alcançadas pelo braço repressivo do Direito Penal.

Assim, somente e restritivamente considera-se abuso de autoridade a violação destes direitos do advogado no exercício da atividade profissional. Não há dúvida, por conseguinte, que o tipo penal da Lei 13.869/19 atende aos postulados da legalidade uma vez que disciplina – de modo exaustivo – quais comportamentos podem ser considerados ofensivos aos direitos profissionais dos advogados, diferentemente do antigo tipo da Lei 4.898/65 que considerava abuso qualquer atentado a direito ou garantia ligada ao exercício profissional. Não é necessário maior exercício de imaginação para se chegar à conclusão que, sob a lei anterior, qualquer comportamento mais incisivo do magistrado ou que desgostasse a parte (antes não era restrito ao advogado) poderia levar à alegação de abuso de autoridade. Agora, por outro lado, sob a égide da Lei 13.869/19, somente na violação das condutas que elenca o legislador é que se poderá pensar em abuso de autoridade o que, por óbvio, trará maior tranquilidade ao magistrado, não nos esquecendo que referidos comportamentos, para perfeita adequação típica, ainda devem passar pelo exercício da dupla tipicidade subjetiva e não serem considerados exercício exegético-silogístico de avaliação de fatos e provas na aplicação da lei.

Por fim, e levando em conta a atuação do magistrado, superadas as barreiras protetiva e tendo em mente o fim de proteção de bens jurídicos, o legislador pretendeu a punição de condutas que realmente, e sem maiores digressões, usurpassem dos limites da função e do poder; condutas de fato abusivas e de pronto percebidas como tal, verdadeiramente teratológicas. Aliás, é indicativo deste objetivo as expressões utilizadas pelo legislador durante toda legislação: “manifesta desconformidade”, “manifestamente ilegal”, “manifestamente cabível”, “manifestamente descabida”, “sem justo motivo e excepcionalíssimo”, “manifestamente ilícito” etc.

4. Considerações finais

A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), dentro do modelo de Estado de Direito, é norma jurídica de necessária implementação uma vez que protege os valores constitucionais – direitos e garantias individuais – que dão sustentação ao próprio Estado de Direito.

O agente público deve nortear sua atuação funcional dentro dos limites da lei. Assim, o exercício abusivo da função pública pode e deve ser reprimido na medida em que a ilegitimidade desta atuação coloca em risco a própria ordem constitucional e a credibilidade das instituições.

A Lei n. 13.869/19, atualizando o “catálogo de condutas proibidas”, a um só tempo protegeu liberdades públicas contra atuação arbitrária dos agentes públicos e também,

por meio de alguns institutos, protegeu o próprio agente público, criando “barreiras de proteção” ao exigir, para configuração da conduta, no plano subjetivo, dupla verificação do dolo – dolo direto e elementos especiais. Ademais, ainda que superada a questão do elemento subjetivo, ainda dispôs acerca de situações que excluem o injusto penal, aquilo que denominamos “vedação ao crime de exegese”. Também a lei, em comparação com a anterior, dificultou o processamento dos delitos e, outrossim, praticamente extinguiu os efeitos extrapenais da condenação relativos à perda e inabilitação de cargo, mandato ou função.

A Lei 13.869/19, ainda em comparação com a antiga Lei de Abuso de Autoridade, no que toca ao crime de violação de prerrogativas e direitos, é muito mais garantista uma vez que estabeleceu um rol taxativo de situações, no plano objetivo, que podem configurar crime de abuso de autoridade. Também neste delito a lei protege a atuação do agente público se comparada com a lei anterior uma vez que a configuração daquilo que se pode tipificar como “abuso de autoridade” não ficará mais ao critério interpretativo e discricionário do aplicador da lei.

Enfim, a nova Lei de Abuso de Autoridade, ao mesmo tempo que buscou tutelar bens jurídicos que dão vida e sustentação ao Estado de Direito, não se esqueceu de proteger a ação do próprio agente público. Por isso afirmamos tratar-se de uma “lei de dupla proteção”.

Referências bibliográficas

BRASIL. II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/349HBsW>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 328, p. 19-22, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.