

## **“LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE – CONCEITO E EXTENSÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL”**

Jorge Hassib Ibrahim, Juiz de Direito, TJMT.

### **RESUMO**

**Palavras-chave:** Lei de abuso de autoridade; decisão manifestamente ilegal; art. 9 da Lei nº 13.869/2019;

### **1- INTRODUÇÃO**

O presente artigo propõe uma análise do conceito e extensão do ato decisório que estaria em evidente desconformidade com a lei, previsto e tipificado na Lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019).

### **2- ART. 1º DA LEI 13.869/2019**

Antes de adentrar ao conceito e extensão da expressão “decisão manifestamente ilegal” contida no art. 9º da lei de abuso de autoridade (lei 13.869/2019), importante compreender a presença do elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto previsto no primeiro artigo da lei.

Com efeito, o artigo 1º da referida lei estabelece que a conduta deve ser praticada com a *“finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”*.

Dessa maneira, além das hipóteses típicas previstas na lei 13.869/2019, imperioso paga a configuração do fato típico a presença do elemento subjetivo especial narrado acima como norma de extensão, de modo que não seria suficiente haver uma decisão manifestamente ilegal se ausente o dolo específico mencionado.

Outra situação, que merece registro preliminar é a observância prévia do § 2º do art. 1º da referida lei, acerca da impossibilidade de punição em caso de divergência na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas.

Assim, não obstante a decisão seja “manifestamente ilegal”, caso ausente as situações previstas nos § 1º e presente a do § 2º, ambos do art. 1º da Lei de abuso de autoridade, o fato passa ser atípico.

Dito isso, trago as lições de Renato Brasileiro em sua obra (LEGISLAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL COMENTADA, Renato Brasileiro de Lima, EDITORA Juspodivm, 8ª. Edição, 2020, Volume único, pag. 56, 58, 60 e 61, respectivamente), in verbis:

*“...Firmadas essas premissas, parece não haver dúvida quanto à presença de um elemento subjetivo específico em relação aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19, pelo menos em regra.<sup>4</sup> Isso porque, consoante disposto em seu art. 1º, §1º, as condutas ali descritas constituem 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. Como se percebe, diversamente do que geralmente ocorre na redação dos tipos penais, em que esses elementos subjetivos específicos constam da redação típica de cada delito (v.g., estelionato – para si ou para outrem), o legislador houve por bem inserir, logo no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, uma norma penal de extensão que abrange, pelo menos em regra, todas as figuras delituosas previstas no novo diploma normativo. Sua presença (ou não), portanto, será de todo relevante para diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade...”*

*Pg 56.*

*“...Firmada a importância desse elemento subjetivo especial do injusto para a tipificação de todos os crimes de abuso de autoridade, podemos extrair algumas conclusões: a) o especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19 deve ser detalhadamente descrito*

*na denúncia oferecida pelo órgão ministerial – ou na queixa-crime subsidiária oferecida pelo ofendido (Lei n. 13.869/19, art. 3º, §1º). Isso porque, consoante disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve constar da peça acusatória a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Ausente a descrição detalhada da finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, impõe-se a rejeição da peça acusatória, ex vi do art. 395, inciso I, do CPP; b) o abuso de autoridade é tratado pela legislação pátria como espécie de crime de intenção (delito de tendência interna transcendente), assim compreendido como aquele que requer um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente, no caso dos crimes de abuso de autoridade a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal...” Pg 58.*

*“...A atuação de todo e qualquer agente público, seja ele um Ministro de Tribunal Superior, seja ele um Auditor da Receita Federal, envolve constantemente não apenas a interpretação de leis e atos normativos, mas também a apreciação de fatos e provas. Ocorre que, por mais que sejam utilizados critérios objetivos e métodos teóricos para o exercício de tais atividades, sempre haverá uma boa dose de subjetividade. E é exatamente dessa subjetividade que derivam divergências na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas. Atento a isso, o art. 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19, prevê expressamente que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.<sup>11</sup> O objetivo do dispositivo sob análise foi o de coibir aquilo que Rui Barbosa chamava de crime de hermenêutica, assim compreendida como toda e qualquer figura delituosa que procure criminalizar a interpretação jurídica, fática ou*

*probatória, que o agente público dê aos fatos que lhe são trazidos para sua apreciação.*  
*Pg. 60.*

Mesmo na vigência da revogada Lei de Abuso de Autoridade, a jurisprudência já rechaçava a possibilidade de se responsabilizar criminalmente o magistrado pela mera divergência de interpretação:

*“(...) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ABUSO DE AUTORIDADE. ART. 4º, “A”, DA LEI N.º 4.898/65. DESEMBARGADOR. DECISÃO JUDICIAL. CONFRONTO COM DECISÃO DE RELATOR DO STF. CONDUÇÃO COMPULSÓRIA PARA LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO. QUESTÕES ATINENTES À ATIVIDADE JUDICANTE. ATRIBUTOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. 1. Faz parte da atividade jurisdicional proferir decisões com o vício in judicando e in procedendo, razão por que, para a configuração do delito de abuso de autoridade há necessidade da demonstração de um mínimo de “má-fé” e de “maldade” por parte do julgador, que proferiu a decisão com a evidente intenção de causar dano à pessoa. 2. Por essa razão, não se pode acolher denúncia oferecida contra a atuação do magistrado sem a configuração mínima do dolo exigido pelo tipo do injusto, que, no caso presente, não restou demonstrado na própria descrição da peça inicial de acusação para se caracterizar o abuso de autoridade. 3. Ademais, de todo o contexto, o que se conclui é que houve uma verdadeira guerra de autoridades no plano jurídico, cada qual com suas armas e poderes, que, ao final, bem ou mal, conseguiram garantir a proteção das instituições e dos seus representantes, não possibilitando a esta Corte a inferência da prática de conduta penalmente relevante. 4. Denúncia rejeitada”. STJ, Corte Especial, APn 858/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/10/2018, DJe 21/11/2018...” Pg. 60.*

## **2- ART. 9º E DA LEI 13.869/2019**

O tema em estudo está relacionado ao dispositivo previsto no art. 9º da lei 13.869/2019, que contém em seu preceito primário os elementos normativos do tipo “manifesta

desconformidade com as hipóteses legais” (*caput*); “manifestamente ilegal” (inciso I); “manifestamente cabível” (incisos II e III), in verbis:

*“Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:*

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

*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.”*

Inicialmente, registro a difícil tarefa de conceituar o elemento normativo do tipo, uma vez que o mesmo afronta o princípio da taxatividade ou precisão/certeza, conforme o brocado “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”, sendo tal conceito vago e indeterminado, além de dar azo a indevida discricionariedade do julgador, permitindo o questionamento da sua constitucionalidade, conforme se vê nas lições de Renato Brasileiro em sua obra acerca do elementos normativos constantes do tipo em análise:

*“...Para fins de tipificação do crime do art. 9º, caput, da Lei n. 13.869/19, a decretação dessa medida de privação da liberdade deve se dar em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Mas qual seria o significado dessa preliminar? Difícil dizer. De fato, o grau de indeterminação dessa elementar do art . 9º, caput, vem de encontro ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX). Como é sabido, na garantia da lex certa, uma das dimensões de garantia do referido postulado, está contemplado o "princípio da precisão", da "certeza" ou da "taxatividade" (nullum crimen nulla poena sine lege certa), isto é, o tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, sob pena de se desconhecer o limite*

*entre o lícito e o ilícito. Lei incerta não pode, portanto, criar obrigação certa. A descrição do preceito incriminador da norma primária, assim como da sanção, deve ser de tal modo patente e evidente que evite qualquer atividade criativa por parte do juiz. ... Pois bem. Levando-se em consideração a vedação do crime de hermenêutica constante do art. 1º, §2º, o ideal é concluir que eventual divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas jamais terá o condão de caracterizar o crime do art. 9º, caput. Portanto, é indispensável que a medida decretada seja teratológica, ou seja, que se trate de uma ilegalidade chapada, manifesta, flagrante. Exemplificando, se um juiz da instrução e julgamento de primeira instância decretar, de ofício, a prisão temporária de alguém durante a fase processual, em virtude da prática de um crime de ameaça, parece não haver qualquer dúvida de que se trata de decisão em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Primeiro, porque referida prisão cautelar tem seu âmbito de aplicação restrito à fase investigatória. Segundo, porque o crime de ameaça não está elencado entre aqueles que admitem a prisão temporária. Terceiro porque, com o advento do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), nenhuma espécie de medida cautelar pode ser decretada de ofício, seja na fase investigatória, seja na fase processual da persecução penal (CPP, art. 282, §§2º e 4º, c/c art. 311). Daí por que o agente deverá responder pelo crime do art. 9º, caput, da Lei n. 13.869/19. Agora, se um juiz das garantias decretar, no curso de um inquérito policial instaurado para apuração de crime de homicídio qualificado, uma prisão temporária por entender presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, eventual discordância do Tribunal, por ocasião da apreciação de um *habeas corpus*, quanto à presença dos referidos pressupostos, jamais poderá levar à conclusão de que o magistrado de primeira instância teria incidido, sob o ponto de vista objetivo, em abuso de autoridade, porquanto o que houve foi uma mera divergência no tocante à avaliação dos fatos e das provas constantes dos autos...” (LEGISLAÇÃO CRIMINAL*

*ESPECIAL COMENTADA, Renato Brasileiro de Lima, EDITORA Juspodivm, 8ª. Edição, 2020, Volume único, pag. 81/82).*

Como se sobressai dos ensinamentos acima, imperioso verificar as hipótese legais de prisão a fim de perquirir os alcance e extensão da norma objeto do presente estudo.

O art. 283 do Código de Processo Penal disciplina as hipóteses legais acerca da prisão penal:

*Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.*

Do dispositivo acima extrai as 02 modalidades de prisão a saber: a) prisão cautelar, provisória ou sem pena e b) prisão definitiva após o trânsito em julgado das sentença penal condenatória.

No que se refere a prisão provisória ou cautelar, a lei prevê 03 hipóteses de cabimento, sendo a) prisão em flagrante; b) prisão temporária c) prisão preventiva.

### **2.1 - Prisão em flagrante:**

A prisão em flagrante vem disciplinada no art. 302 do Código de Processo Penal, (incisos I a IV) que estabelece suas hipóteses de incidência:

*Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:*

*I - está cometendo a infração penal;*

*II - acaba de cometê-la;*

*III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*

*IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

Assim, fora dessas situações, incorre o agente público em abuso de autoridade, como exemplifica Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha, em sua obra “abuso de autoridade lei 13.869/2019, comentada artigo por artigo, editora juspodivm, 1ª edição, 2020, pag. 61 *“Comete o Crime de abuso de autoridade, por exemplo o Delegado de Polícia que, agindo com finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou terceiro, ou ainda por mero capricho ou satisfação pessoal, dias após o esgotamento do crime, atua em flagrante indivíduo suspeito, no momento que estava usando para sua recreação, a coisa subtraída”*”.

No entanto, as circunstâncias do caso concreto pode levar dúvida acerca da ocorrência do flagrante ou até mesmo da própria existência do fato típico, de modo que um julgador possua interpretação diversa de outro, a não se fazer presente a “manifesta ilegalidade”.

De toda sorte, ainda que se entenda que na situação acima a decisão se revele manifestamente ilegal, o agente não poderá ser punido, uma vez tratar-se de divergência na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas nos termos §2º do art. 1º da lei 13.869/19.

## **2.2 - Prisão Temporária:**

A prisão temporária está disciplinada na lei 7960/89, cujas hipóteses de incidência estão delineadas no art. 1º, incisos I, II e III, todavia, majoritariamente se estabeleceu que para a decretação da medida cautelar é necessária a prática de qualquer delito previsto no Inciso III, conjugado com as situações do inciso I ou II.

O art. 2º da referida lei revela não ser possível decretar de ofício da prisão temporária, somente mediante representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, sendo que em caso de crime hediondo (ou equiparado),



o prazo pode se estender por 30 dias prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Assim, fora dessas situações acima mencionadas, bem assim, com prazos superiores ao estabelecido pela lei, tem-se manifesto abuso de autoridade caso o agente aja com finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda por mero capricho ou satisfação pessoal, sem perder de vista a possibilidade da divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas.

A título de exemplo suponha-se uma situação em que o juiz decreta uma prisão temporária em caso de delito de furto (art. 155 caput do Código Penal), ou caso decreta de ofício uma prisão temporária, situações em que verifica-se manifesta ilegalidade.

Entretanto, indispensável é a aferição da conduta acerca do elemento subjetivo específico de ser praticada com a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”, uma vez que como dito acima não se pode punir criminalmente o julgador por erro no julgamento, sob pena de comprometimento da imparcialidade na decisão, o que em hipótese alguma deve-se admitir.

### **2.3 - Prisão Preventiva:**

A prisão preventiva está disciplinada no art. 311 do Código de Processo Penal “*em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.*” Redação conferida pela lei nº 13.964, de 2019.

Por sua vez o art. 312 do mesmo diploma estabelece os pressupostos (indícios de autoria e prova da materialidade e do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado) e requisitos (garantia da ordem pública e econômica; conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal).

§ 1º “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares ([art. 282, § 4º](#))”.

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

IV - (revogado). ([Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#))

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#))

Por sua vez o art. 312 do mesmo diploma estabelece os pressupostos (indícios de autoria e prova da materialidade e do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado) e requisitos (garantia da ordem pública e econômica; conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal).

As situações envolvendo a prisão preventiva merecem uma atenção especial, uma vez que é o campo de maior incidência de habeas corpus questionando a legalidade desse

modalidade de prisão, bem como pela diversidade de situações previstas na lei que nem sempre encontra a estreita conformidade com o caso, a depender em última análise da jurisprudência.

Assim, para a configuração de uma decisão em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, deve-se verificar se o julgador observou os comandos legais pertinentes, como a presente de justa causa/pressupostos (indícios suficientes de autoria e prova de materialidade), bem como os requisitos do art. 312, e as situações de cabimento do art. 313, ambos do Código de Processo Penal.

Entretanto, não se pode estabelecer que decisão manifestamente ilegal seria a simples desconformidade com a lei, uma vez que a própria lei estabelece como elemento integrante do tipo penal o elemento normativo “manifesta”, o que revela um *plus* na mera inobservância das hipóteses legais.

Uma situação corriqueira de prisão preventiva envolvendo o delito de furto previsto no artigo 155 caput do Código Penal, nas hipóteses em que o acusado ostenta inúmeros antecedentes criminais pelo mesmo delito, que pela literalidade do art. 313, inciso I do Código de Processo Penal não seria admitida, já que a lei não cria essa situação especial consistente no fato do acusado ostentar inúmeros antecedentes.

Desse modo, decisão manifestamente ilegal é a evidente inobservância às hipóteses legais, e, para a configuração do tipo penal indispensável conforme advertido em linhas anteriores a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Importante registro é a situação em que o julgador fundamenta sua decisão na presença dos pressupostos e requisitos que pode para outro julgador não estarem presentes, hipótese que requerer a aplicação do § 2º do art. 1º da lei de regência que dispõe:

*§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.*

### **3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSTA DE ENUNCIADO**

A análise a respeito do conceito e extensão da expressão “decisão manifestamente ilegal”, observo que não se resume verificar sua contrariedade com lei, uma vez que a própria lei estabelece para a configuração do fato típico seja ela manifesta, evidente, clara, de modo a não permitir uma conceito genérico sem aferição casuística e com abandono à jurisprudência, que hoje representa ponto de direção do julgador.

**PROPOSTA:**

**A DECISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL DEVE SER AFERIDA NO CASO CONCRETO VERIFICANDO SUA CONTRARIEDADE COM O TEXTO EXPRESSO DE LEI E SEM AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA.**