



**O ABUSO DE
PODER**
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

MOHAMAD ALE HASAN MAHMOUD

MOHAMAD ALE HASAN MAHMOUD

O ABUSO DE PODER NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1ª edição

IDP

Brasília

2014



Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-917380-0-7



9 788591 738007

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

Impressão: www.inovarecriar.com.br

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan.

O abuso de poder no direito penal brasileiro/ Mohmad Ale Hasan Mahmoud. Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/2217-o-abuso-de-poder-no-direito-penal-brasileiro>– Brasília: IDP, 2014.

127 p.

ISBN 978-85-917380-0-7
DOI 10.11117/9785891738007

1. Direito Penal.

2. Abuso de Poder

I. Título.

CDD 341.2

Aos meus pais,
Maria Elza Mohamad e
Hasan Mahmoud Muhd Salameh,
pelo exemplo e o amor incondicional.

PREFÁCIO

A presente obra é fruto de intensas pesquisas do autor, desenvolvidas no curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O fenômeno do abuso de poder é apreciado sob diversos ângulos, partindo da análise de conceitos do Direito Administrativo para, em seguida, ingressar, propriamente, no plano jurídico-penal.

A disciplina legal do tema é objeto de contextualização histórica e de direito comparado, o que, aliás, serviu, decisivamente, para que o trabalho firmasse suas conclusões com maior propriedade e solidez.

Em interessante estudo dogmático, o autor discrimina qual é o valor objeto de tutela derivado do tratamento penal do abuso de poder. Sugere, então, *de lege ferenda*, a inserção, na parte especial do Código Penal, de um capítulo: “Dos Crimes contra os Bens Jurídicos referentes aos Direitos e Garantias Fundamentais”, com a previsão de seções, como “Dos Crimes contra a Liberdade do Exercício Profissional” e “Dos Crimes contra a Liberdade de Consciência e Crença”. Na sequência, propõe a introdução de uma especial causa de aumento de pena na parte geral do Código Penal, por meio da qual seria majorada a reprimenda dos delitos quando praticados por agentes públicos, em serviço, ou fora dele, mas se servindo de tal condição para, de forma mais eficiente, afetar bens jurídicos.

Realiza, então, exame, de colorido político-criminal, dos reflexos do controle de tal criminalidade de poder, tendo em conta o garantismo e o funcionalismo penal.

Por fim, amparado em rico trabalho de campo, cifrado na realização de entrevistas e apreciação de dados estatísticos, o autor promove incursão criminológica acerca das peculiaridades do tema.

Cuida-se de publicação que enriquece o cenário jurídico e que, penso, tornar-se-á referência obrigatória no tratamento do abuso de poder.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Professora Doutora de Direito Penal da USP
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	5
INTRODUÇÃO.....	8
I ABUSO DE PODER: ASPECTOS DOGMÁTICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA.....	15
1 O ABUSO DE PODER.....	16
1.2 O AGENTE PÚBLICO E O ABUSO DE PODER.....	22
1.3 ASPECTOS DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL.....	24
2 O CRIME DE ABUSO DE PODER.....	32
2.1 RAÍZES DA INCRIMINAÇÃO DO ABUSO DE PODER.....	35
2.2 O CRIME DE ABUSO DE PODER NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	43
2.3 OS PROJETOS DE REFORMA LEGISLATIVA NO BRASIL.....	54
2.4 IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE ABUSO DE PODER E A PRIMEIRA ETAPA DA PROPOSTA <i>DE LEGE FEREDENDA</i>	60
3 O ABUSO DE PODER COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA..	71
3.1 O CARÁTER BIFRONTE DA CAUSA DE AUMENTO.....	74
4 O CRIME DE ABUSO DE PODER E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.....	75
II – ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL E DE CRIMINOLOGIA.....	78
1 ABORDAGEM GARANTISTA.....	78
2 ABORDAGEM FUNCIONALISTA.....	81
3 ABORDAGEM ABOLICIONISTA.....	96
4 ABORDAGEM PELA CRIMINOLOGICA CRÍTICA.....	98
4.1 AS INSTÂNCIAS FORMAIS DE CONTROLE.....	103



CONCLUSÕES	117
BIBLIOGRAFIA	120

INTRODUÇÃO

O estudo do abuso de poder com *status* penal é muito fértil, pois permite: (i) questionamentos sobre qual ou quais são os bens jurídicos tutelados e sobre a relevância das incriminações diante dos movimentos minimalistas e abolicionistas; (ii) a análise do tratamento e da tópica legal dispensada aos tipos penais respectivos; (iii) o exame da ressonância de novos ideários, como os cunhados pelo Funcionalismo Penal, diante de uma necessária e tão reclamada política criminal efetiva; (iv) a abordagem do alcance da intervenção estatal, já que um plano vigoroso e ostensivo de combate ao abuso de poder pode revelar um índice de descrédito dos próprios agentes das instâncias formais de controle, e, (v) a apuração de relevantes dados criminológicos para a aplicação das normas penais sobre o tema.

O tratamento jurídico do abuso de poder se desenvolveu na proporção direta da evolução da democracia,¹ pois somente num regime de governo que garanta o fiel cumprimento dos direitos e garantias fundamentais é possível a repressão a este tipo de conduta. Inicialmente situada nos lindes administrativos, a gravidade da ação, a expressão dos bens sob tutela e sua essencialidade para a comunhão social, fizeram tal comportamento alçar à condição de infração penal.

A nocividade jurídica e a repulsa social causadas pelo abuso de poder mereceram a atenção da literatura universal.² O tema também é recorrente nos

¹ Segundo José Afonso da Silva: “*Democracia* é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.” *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 129-130. Esta concepção contemporânea reúne as três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica (aristotélica), a teoria medieval e a teoria moderna (Maquiavel), cf. Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de Política*, trad. Carmen C. Varrialle *et alii*, Brasília, Ed. UnB, 1986, p. 319.

² Na Rússia pré-revolucionária comentava-se sobre os abusos de autoridade cometidos nos Estados Unidos da América, conforme escreveu Leon Tolstói, em *Ana Karênina*, trad. Manuel S. Paranhos, São Paulo, Nova Cultural, p. 181. As peripécias dos chefetes intermitentes também foi alvo da apreciação de Gabriel Garcia Marques, em uma de suas mais importantes obras, *Cem anos de solidão*, trad. Eliane Zagury, Rio de Janeiro, Record, 1967, p. 104. A importância das garantias fundamentais, nesse contexto, foi o mote também de George Orwell,

noticiários, notadamente diante de casos rumorosos, bastando lembrar o famigerado *Massacre do Carandiru*, ou o caso da Favela Naval, em Diadema-SP.

Nesses casos expoentes, obviamente, o problema é destacado pelos meios de comunicação, dando a impressão de tratar-se de fenômeno pontual. Todavia, com um pouco mais de atenção, notamos como a violação dos bens jurídicos tutelados não é esporádica, mas realidade cotidiana e potencializada quando a consciência de cidadania é pouco desenvolvida.³ No entanto, assistimos levantarem em todas as partes do país ondas de indignação contra os diversos tipos de irregularidades no exercício do poder público.⁴

Diante da tomada de consciência dos direitos e garantias constitucionais, contrabalançada por um crescente medo dos órgãos das instâncias formais de controle e suas arbitrariedades, analisamos a legislação da incriminação do abuso de poder e seu eco no meio social.⁵ Na sequência,

in 1984, trad. Wilson Velloso, São Paulo, Ed. Nacional, 1991, e de Franz Kafka, *in* *O processo*, trad. Modesto Carone, São Paulo, Cia. das Letras, 1997.

³ Hannah Arendt formula advertências sobre o período em que vivemos, marcado pela perda de sabedoria e pela dificuldade de discernir. *Entre o passado e o futuro*, p. 28-42, *apud* José Eduardo Faria, *Poder e Legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 67.

⁴ Notemos que, recentemente, a indicação do coronel da Polícia Militar de Minas Gerais Severo Augusto da Silva Neto para o cargo de Secretário Nacional de Segurança Pública foi suspensa para a apuração de denúncias de que ele teria sido conivente com tortura a presos em seu Estado. Tal suspensão decorreu da pressão de movimentos populares como o “Tortura Nunca Mais”, de acordo com “Ministro manda apurar denúncia sobre tortura contra coronel da PM”, *in* *O Estado de São Paulo*, 24 de janeiro de 2003. No contrafluxo, percebe-se a reação às cenas do filme *Tropa de Elite*, 2007, de José Padilha, em que grande parte da população aplaude a retratada atuação sem peias do Batalhão de Operações Policiais Especiais, da Polícia Militar do Rio de Janeiro. É digno de nota que “a pedido de VEJA, o instituto Vox Populi realizou uma pesquisa para medir o impacto de *Tropa de Elite* nos espectadores. Os resultados indicam por que o filme é arrebatador. Na opinião de 72% dos entrevistados, os criminosos que aparecem no filme são tratados como merecem. Quase 80% deles concordam que a polícia é apresentada com fidelidade – ou seja, tem uma banda podre e uma banda boa. (...) O capitão Nascimento diz que o ‘playboy’ que fuma um cigarro de maconha é o responsável pela morte de um traficante abatido pelo Bope. A afirmação encontra eco na população. Para 85% dos espectadores, o raciocínio do capitão Nascimento está correto. O policial vivido por Wagner Moura ganhou enorme popularidade, mas isso não significa que todas as pessoas enxerguem num Rambo a solução para problema tão complexo como o da criminalidade. Na opinião de 53% dos entrevistados, o capitão é um herói, mas 43% rejeitam essa idéia, embora o vejam com relativa simpatia”. “A realidade só a realidade”, *Veja*, Ed. Abril, edição 2030, 17 de outubro de 2007.

⁵ De acordo com Alessandro Malinverni, “a frequência do abuso de poder público depende das características do país analisado. Quanto mais desenvolvido econômico e culturalmente, menor é o número de casos de abuso de poder; e vice-versa. Um fenômeno paralelo concerne à reação da opinião pública. Quanto mais elevado o nível econômico e cultural, mais intensa é a reação da opinião pública contra os abusos e mais rápida a formação de uma frente de

será objeto de atenção a eficácia dos meios de repressão a tal prática delitiva, sendo abordados os reflexos sociais do crime de abuso de poder, quando colocaremos em xeque a tradicional tópica legal que o insere entre os crimes contra a Administração Pública.

Os bens jurídicos tutelados com as tipificações de abuso de poder, ou sob a rubrica de crime de abuso de autoridade, referem-se, como demonstraremos no corpo deste trabalho, aos direitos e garantias fundamentais, atributos da personalidade humana. Sugerimos um novo tratamento dos crimes contra a pessoa, ampliando o já existente, para abranger condutas lesivas disciplinadas, atualmente, em outros Títulos do Código Penal, ou em leis esparsas. A alocação de figuras típicas dentre os crimes contra a Administração Pública magnifica valor secundário (a Administração) e minimiza valor fundante do Estado Democrático de Direito (a dignidade da pessoa humana).⁶

solidariedade a reclamar medidas para reprimir e prevenir o abuso. Quanto mais baixo o nível econômico e cultural mais rápida a resignação do povo, que acaba por considerar o abuso de poder como uma inevitável fatalidade”, *Criminalité et abus de pouvoir: delits et delinquants au-dessus de la loi, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p. 816, tradução livre conforme o original: “La fréquence de l’abus de pouvoir public présente de grandes variétés selon les pays. Généralement, plus le développement économique et culturel est avancé, plus le nombre des abus et leur gravité sont faibles; et vice versa. Un phénomène parallèle concerne la réaction de l’opinion publique. Plus élevé est le niveau économique et culturel, plus vive est la réaction de l’opinion publique contre les abus et plus rapide la formation d’un front de solidarité qui réclame des mesures pour réprimer et prévenir ces abus. Plus bas est le niveau économique et culturel, plus répandue est la résignation du peuple, qui finit par considérer les abus de pouvoir comme une inévitable fatalité.”

⁶ Conforme a lição de José Afonso da Silva: “A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.” E segue a ensinar que a Constituição brasileira “emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica.” E, após a apresentação da importância liberal da lei, para a configuração do Estado de Direito, esclarece o Professor da USP: “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo”. E, destaca: “pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 121-123.

Por outro lado, sugerimos a disciplina do abuso de poder na Parte Geral do Código Penal, como causa de aumento de pena, que conterà sua definição e espécies.

Fixamos, neste passo, que o abuso de poder, objeto desta obra, refere-se tão só ao vício do ato administrativo que pode concretizar-se em excesso de poder, ou em desvio de finalidade, ensejadores da construção típica dos arts. 322 e 350 do Código Penal, das disposições da Lei n.º 4.898/65 ou da Lei de Tortura. Refoge, pois, dos lindes da obra a abordagem, por exemplo, do abuso do poder econômico que também, naturalmente, respeitado o princípio da subsidiariedade, é alçado à categoria de conduta delitiva, atendendo-se ao mandamento constitucional: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (Constituição Federal, art. 173, § 4.º).⁷

O abuso de poder com *status* penal foi analisado neste trabalho sob vários prismas, inclusive levando em consideração enfoques de mais de uma corrente doutrinária penal.

Todavia, apreciamos o tema pautando-nos pelo Garantismo Penal, propugnado por Ferrajoli. De acordo com as palavras de Bobbio, um sistema geral do Garantismo ou, querendo-se, a construção das colunas mestras do Estado de Direito, tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal.⁸

Nesta etapa introdutória, é importante destacar nosso marco teórico. Acreditamos que o exercício do poder punitivo, em apertada síntese, representa árdua tarefa estatal, voltada apenas à preservação, com ingerência parcimoniosa, das condições de convivência social harmônica,⁹ respeitando-se

⁷ O abuso do poder econômico, como crime, é tratado na Lei n.º 8.884/94.

⁸ Cf. prefácio de *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, trad. Paula Zomer *et alii*, São Paulo, RT, 2002, p. 7

⁹ Segundo José Eduardo Faria, no trilha de Mannheim, “a inevitável tendência de todo e qualquer grupo social é a desagregação e seu rompimento – ou, como preferem certos autores, seu retardamento – somente é possível pela formulação de um complexo mecanismo de controles sociais, onde as normas jurídicas se constituem nos instrumentos mais sofisticados”, *Poder e legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p.69.

todos os limites próprios do Estado Democrático de Direito.¹⁰ Na versão original deste trabalho, empregávamos a consagrada expressão “fundamento do direito de punir”. Contudo, em atenção à advertência de MIGUEL REALE JÚNIOR, passamos a afastar tal utilização. Segundo o Professor da USP, não há um direito de punir, a que corresponderia uma obrigação do condenado de cumprir a pena, existindo apenas uma relação de *sujeição*. Ainda com apoio no mesmo autor, conclui-se que o poder de punir apresenta-se como “um dado de realidade inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento”.¹¹ Ademais, à luz de nossa matriz científico-penal, calcada nos ensinamentos de ZAFFARONI e NILO BATISTA, o poder punitivo apenas deve ser *limitado*, pois, todas as tentativas de sua *fundamentação* malograram, dado o seu caráter metastático.¹² Daí, não seria apropriado falar-se num direito de infligir sofrimento, mas apenas o cumprimento de um extraordinário dever, a ser deveras encabrestado.¹³

¹⁰ O preconizador do Garantismo Penal é citado por Paulo de Souza Queiroz: “Ferrajoli – que propugna pela abolição gradual das penas privativas de liberdade, por lhe parecerem excessiva e inutilmente aflitivas, bem como propõe a adoção de penas máximas de dez anos de prisão – se opõe à prevenção especial (ao menos nos moldes tradicionais). Por que o ‘Estado’ – escreve Ferrajoli – ‘que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão o de impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar, ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem, no entanto o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. As penas, por conseguinte’, conclui ele, ‘não devem perseguir fins pedagógicos ou correcionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico”. *Direito penal, introdução crítica*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 59-60.

¹¹ *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 17.

¹² Lecionam referidos autores: “o poder punitivo sempre limita a liberdade e, ao legitimá-lo, não se faz outra coisa senão semear o germe da destruição dos limites que traça. Eis a grande contradição do liberalismo penal fundacional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo penal que o demoliu nos últimos cento e cinquenta anos. Essa história ensina que a legitimação do poder punitivo é sempre *metastática*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 520.

¹³ Em artigo escrito em coautoria com a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, e Professora de Direito Processual Penal da USP, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, tivemos a oportunidade de pontuar o seguinte: Certo é que, com a nova ordem constitucional, prevaleceu o espírito de que era preciso reformar a legislação processual penal, para sintonizá-la com a Constituição e impor ao poder punitivo os seus imprescindíveis limites. A propósito, vale a pena trazer à colação o inexecedível culturalista sergipano Tobias Barreto (2003, p. 133), que teceu, de modo ao mesmo tempo ácido e certo, suas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir: “mas esta é a verdade: no círculo da natureza, onde até a beleza é a expressão de uma victoria, nada existe que não seja o producto de um desenvolvimento, ou este se conte por minutos, ou por myriades de séculos. E tendo-se em vista o imenso espaço de tempo

A partir de tal moldura, tecemos todas as críticas e apresentamos sugestões, guiando-nos pelos princípios norteadores de um Direito Penal mínimo: legalidade estrita, tutela de bens jurídicos (lesividade), culpabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Destacamos o princípio do Direito Penal do Fato, no qual a culpabilidade deve estar espelhada concretamente na conduta para análise típica. Acolhemos princípios dogmáticos do Finalismo e, no que julgamos pertinente, agregamos algumas ideias democráticas¹⁴ de autores tidos como funcionalistas, numa profícua simbiose. Tal é o caso de Mir Puig e Figueiredo Dias, filiados à concepção funcionalista do Direito Penal. Até por não serem vinculados à concepção radical do Funcionalismo Sistemático de Jakobs, houve, em vários pontos, uma convergência de ideias, propícia até a um consenso salutar, a cristalizar diretriz a ser seguida pelo legislador e pelos aplicadores do Direito.

O presente trabalho foi desenvolvido em três etapas. Empreendemos atividades de campo junto às corregedorias dos principais órgãos das instâncias formais de controle, buscando dados e políticas de controle do abuso de poder.

necessário para a explicação de certos fenômenos, de transição tão lenta, que se nos afiguram estacionários e fixos, – é evidente que a humanidade, como tudo que lhe pertence a título de propriedade, herança ou adquirida, não passa de um *parvenu*. Ainda ontem *macaca*, – e hoje *fidalgas*, que renega os seus avós e vive à cata de pergaminhos para provar a sua nobreza, como filha unigenita dos deuses. No mesmo caso está a moral, no mesmo caso o direito; ainda ontem força e violência, ainda ontem simples expressão de *experiência capitalizada* no processo de eliminação das irregularidades da vida social, e já hoje alguma coisa que se impõe, *sub specie aeterni*, ao nosso culto e à nossa veneração. (Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. Appendice à obra *Menores e loucos*. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 133)”. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*. Edição especial sobre a reforma do Código de Processo Penal, jul. de 2009, p.155-156.

¹⁴ Democráticas, pois, de acordo com a segurança de princípios decorrentes do Garantismo Penal, como exemplo pode ser citada a obra de Santiago Mir Puig, em que se encontram ensinamentos úteis sobre a configuração do Estado Democrático de Direito, apesar de tal autor se filiar ao Funcionalismo; concordamos assim, parcialmente, com suas ideias.

Posteriormente, procedemos à pesquisa legislativa e doutrinária,¹⁵ em quatro planos: histórico, de direito comparado, do direito brasileiro na atualidade e no plano da reforma penal.

Tivemos como paradigmáticas as lições de Antonio Luís Chaves Camargo, de que devemos pensar e aplicar o Direito “sem os defeitos de um raciocínio lógico-formal, pautado em argumentos de autoridade apriorísticos ou ontológicos, que permitem uma acomodação interpretativa já definida pela doutrina ou pela jurisprudência, que pretende ser vinculante, tudo a obstaculizar o desenvolvimento da ciência penal, no Brasil”.¹⁶

Não perdemos de vista, por fim, a advertência de Aníbal Bruno de que: “O Direito Penal não é, assim, pura ciência de conceitos, mas completa e fecunda os seus conceitos com uma orientação teleológica inspirada nos dados naturalistas e na realidade social onde a norma tem de atuar; põe-se em contacto com a vida, para que nela o Direito realize os seus fins, com a vida, que sugere os novos problemas, quando a dogmática já tem encerrado os seus.”¹⁷

¹⁵ Consideramos, tão só como material de apoio, o entendimento jurisprudencial com o fim de aferir a eficácia das normas sobre o tema.

¹⁶ *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo, Cultural Paulista, 2001, apresentação.

¹⁷ *Direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, t. I, p. 30.

I ABUSO DE PODER: ASPECTOS DOGMÁTICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA

Nesta primeira parte do trabalho, há predominantemente um estudo dogmático dos institutos afetos à disciplina do abuso poder. Há também breves incursões em temas de política criminal, assunto que será objeto de detida análise na segunda fase desta obra.

Nesta aproximação dogmático-penal, apreciamos o tema de modo interdisciplinar, levando em consideração também a legislação estrangeira, aproveitando-nos de algumas de suas contribuições.

Entendemos dogmática, com Mir Puig, como o trecho da ciência jurídica indispensável à concretização do comando normativo. Envolve o conjunto de preceitos lógicos por meio dos quais o direito, ciência prática, passa do ideal ao real, tecnicamente. Não diz tão só com critérios literais de interpretação, mas envolve um trabalho que parte de todos os critérios hermenêuticos, alcançando-se um processo de aplicação da norma penal, com cariz criador.¹⁸

Nos termos do magistério de Miguel Reale, “a Dogmática Jurídica não é outro nome da Ciência do Direito, nem tampouco se reduz a um simples processo artístico. No nosso modo de entender a *Dogmática Jurídica* corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico”.¹⁹

¹⁸ *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 22. Para Claus Roxin: “A *dogmática jurídico-penal* é a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e desenvolvimento [Fortbildung] dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do Direito Penal. Ela se distingue da *história do Direito Penal* e do *Direito Penal comparado* por sua referência ao Direito vigente e por seu método; também não se confunde com a *política criminal*, cujo objeto é o Direito não como ele é, e sim como ele adequadamente *deveria ser*.” *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 186-187.

¹⁹ *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 318-319.

Nesta primeira parte do trabalho, seguiremos analisando os institutos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, com seus reflexos na interpretação e aplicação das normas penais relativas ao abuso de poder.

1 O ABUSO DE PODER

O Estado exerce seu poder por meio da clássica tripartição orientada pelo princípio dos Freios e Contrapesos, de Montesquieu.²⁰ Nos três modos de concreção do poder estatal não há exclusividade e, sim, preponderância de atuação executiva, legislativa ou judiciária. O exercício de cada face desse poder possui características e limites insertos no Texto Maior, todos definidos pelo arcabouço de direitos e garantias fundamentais.²¹

A nomogênese e o posterior trabalho hermenêutico das disposições legais relativas ao poder estatal devem respeitar tais limites. Assim, toda atuação pública que implicar ingerência na vida das pessoas deve ter como fundamento de validade o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Nesta toada, é imperioso ter presente a seguinte distinção. O Regime Jurídico Administrativo é o conjunto de critérios orientadores da atuação dos agentes públicos, caracterizado pelo binômio prerrogativa-sujeição. Distinto, pois, do Regime Jurídico Privado, orientado, sobremaneira, pelo princípio da autonomia privada, no qual a liberdade é a regra, e as partes encontram-se em pé de igualdade.

Assim, os órgãos estatais, que encarnam o poder destinado ao interesse público, encontram-se submetidos a regramento próprio e, para cumprir sua missão constitucional, precisam estar aparelhados para executar suas funções.

²⁰ Santiago Mir Puig ressalta que “O Estado liberal responde à preocupação de *defender a sociedade do Estado*, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão de poderes e o princípio da legalidade.” *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 32, tradução livre, conforme original: “El Estado liberal responde a la preocupación de *defender a la sociedad del Estado*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de la legalidad”.

²¹ A propósito, Ruy Barbosa já divisava direitos de garantias, sendo os primeiros “no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e [sendo as segundas] as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, *limitam o poder*. (*República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*, p. 121)”, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 189.

Mas, às prerrogativas que instrumentalizam o poder público correspondem deveres que darão contorno aos atos dos agentes públicos.

1.1 CONCEITO E ESPÉCIES

Para unificar o tratamento terminológico, passamos a empregar a locução *abuso de poder* mesmo para o que se nominou abuso de autoridade pela Lei n.º 4.898/65. Podemos dizer, com Paulo José da Costa Jr., que o abuso de autoridade vincula-se à *potestas* de direito privado, ao passo que o abuso de poder, este sim, relaciona-se com o juridicamente irregular exercício das funções públicas.²²

Podemos definir o abuso de poder como o vício da atuação pública, qualificado pela ilegitimidade,²³ que lesa os interesses e os deveres da Administração e que pode, ou não, lesar a pessoa. Dentro da perspectiva fragmentária do Direito Penal, o abuso de poder poderá ter relevo penal quando houver impactante afetação de bem jurídico fundamental à convivência humana.

²² *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 337-338. No mesmo sentido Damásio de Jesus, *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, v. 4, p. 308. Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino, *autoridade* é um termo que pode ser interpretado como uma espécie de poder, acepção em que o destinatário da ordem a aceita, incondicionalmente, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, trad. de João Ferreira, *et alii*, 1986, p. 88. Contudo, para o presente trabalho, mais adequado é falar-se em poder, pois este, quando se aproxima dessa visão irresistível da “autoridade”, destoa do seu sentido jurídico, como assevera Dalmo Dallari: “Enquanto uma corrente doutrinária pretende caracterizar o poder do Estado como *poder político*, incondicionado e preocupado com sua eficácia, sem qualquer limitação, uma diretriz oposta qualifica-o como *poder jurídico*, nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos.” *Teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 111. Segundo José Afonso da Silva: “O Poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social.” E segue: “tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como *uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 110-111. Valiosa também é a lição de José Eduardo Faria: “O problema precursor da distinção entre legalidade e autoridade é a diferenciação que se fazia, em Roma, entre poder e autoridade. Enquanto a autoridade era a verdade socialmente reconhecida, o poder era a força socialmente reconhecida. A autoridade não é uma espécie de poder, mas sim alguma coisa que o acompanha: uma qualidade relativa à experiência dos mais velhos – os fundadores da velha Roma – e passada de geração para geração”, *Poder e legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 59.

²³ Legitimidade entendida, especificamente aqui, como a coerência entre a atuação estatal e o interesse público.

Mas, antes de nos aprofundarmos nos aspectos penais do tema, é necessário colher algumas informações de outros ramos do Direito para que, então, possamos bem fundamentar as nossas sugestões de alteração legislativa.

O abuso de poder é gênero que comporta duas espécies: o excesso de poder e o desvio de finalidade.

O excesso de poder manifesta-se na atuação pública com violação de competência legalmente determinada. Já o desvio de finalidade, também chamado de abuso de poder ideológico, revela uma atuação que é formalmente legítima, ferindo especificamente o objetivo do ato estatal, ou seja, divorciando-se do interesse público.

Tanto o excesso de poder quanto o desvio de finalidade podem culminar em subsunção típica nas hipóteses de crime de abuso de poder. O que determinará a tipicidade será a verificação de que na lesão ou exposição a risco de bens jurídicos, a condição de agente público, nas circunstâncias, contribuiu para preenchimento das elementares.

O desvio de finalidade, por ser praticado, em regra, por agentes mais graduados, é de punição mais rara, seja em decorrência de prevaricação ou de condescendência criminosa.²⁴

Dada a sofisticação por meio da qual se viabiliza o desvio de finalidade, há a possibilidade de cometimento de abuso de poder pela via omissiva.²⁵

²⁴ São mais facilmente detectáveis os casos de condutas oriundas de agentes hierarquicamente inferiores. Outro não foi o entendimento do jurista Pedro Aleixo, Vice-Presidente de Costa e Silva: “O problema do AI-5 não está nos generais. Está nos guardas de esquina, com todo esse poder nas mãos” (Revista *Época*, “O delegado da Morte”, Ed. Globo, Ano III, n.º 132, 27 de novembro de 2000, p.101). Posiciona-se da mesma maneira Alessandro Malinverni, *Criminalité et abus de pouvoir: délits et delinquants au-dessus de la loi*, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p. 813.

²⁵ Pagliaro admite o abuso de poder na modalidade omissiva com a fórmula “anche il non esercizio del potere”, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Milão, 1992, p. 238. Em sentido oposto, não admitindo o abuso omissivo, Grosso, *L’abuso d’ufficio*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, 1991-I, p. 319 e ss.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. Parte speciale, Bolonha, 1991, *Appendice*, p. 32. *Apud* Vittorio Manes, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, gennaio-marzo, 1997, 1204. Concordamos com o primeiro entendimento, tendo em conta as multifacetárias formas pelas quais se pode viabilizar o abuso, inclusive pela sua modalidade ideológica, sob as vestes da astúcia.

Quando o agente público possui mais prerrogativas, automaticamente, correspondem-se-lhes igual nível de deveres, os quais, por meio de dissimulação, poderão ausentar-se, gerando o abuso de poder negativo, ou na modalidade omissiva.

O abuso será apurado toda vez que o ato do agente público intencional e injustificadamente frustrar o interesse público.²⁶ O poder do Estado deve sempre ser exercido em prol da necessidade e da utilidade social.²⁷ Ante o princípio da subsidiaridade, devemos proceder à definição de *interesse público* que, de acordo com as incriminações da Lei n.º 4.898/65, da Lei de Tortura e dos arts. 322 e 350 do Código Penal, será violado quando o agente público, dolosamente, desrespeitar bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, tais como a liberdade de associação e a liberdade de expressão.

Como a finalidade do ato estatal sempre precisa ter como referência uma norma legal,²⁸ há robusta e extensa proteção contra as violações dos bens jurídicos na disposição garantista e ampliativa do § 2.º, do art. 5.º da Constituição.²⁹ A abordagem do bem jurídico objeto de tutela na criminalidade

²⁶ De acordo com os ensinamentos de Braz Florentino: “a instituição do poder social não tem outro fim que não seja o bem da sociedade. Por conseguinte, se os funcionarios publicos, revestidos do poder, esquecendo-se de sua missão, o convertem em instrumento do mal, damnificando o Estado, opprimindo ou vexando por qualquer maneira os cidadãos, rigorosas contas lhes devem ser pedidas (*Do delicto e do delinquente*, p. 82 e ss.), *apud* Oscar de Macedo Soares, *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro, Garnier, 6. ed., 1933, p. 446. Tal lição encontra-se em consonância com o teor do parágrafo único do art. 1.º da Constituição da República que proclama: “todo o poder emana do povo”.

²⁷ Segundo Hely Lopes Meirelles, desde o caso *Lesbats*, o Conselho de Estado da França passou a anular todos os atos abusivos das autoridades administrativas praticados com excesso de poder ou desvio de finalidade. “No caso *Lesbats*, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte a estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Conhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local. (Cf. *Sirey*, Refonte, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864)”, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 107.

²⁸ Conferir Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 194. No mesmo trilha, Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 85; e, Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*. São Paulo, RT, 2002 p. 168.

²⁹ *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Constituição Federal, art. 5.º, § 2.º).

do abuso de poder voltará a ocupar o centro de nossa atenção no próximo capítulo.

Especificamente sobre o abuso de poder com *status* penal, a jurisprudência italiana, com apoio em Bricola, identificou-o como a “transgressão de um dever inerente ao ofício, que se concretiza num ato ou comportamento ilegítimo praticado com dolo.”³⁰

Nos trabalhos preparatórios para a implantação do *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale di Milano*,³¹ após debates acerca do abuso de poder, seu objeto e espécies, ressaltou-se o caráter eminentemente normativo do abuso, pois, o poder encontra seu exercício e medida na lei.

A despeito da clara referência à legalidade, elaborou-se uma definição mais de natureza criminológica, sem a preocupação, de matriz democrática, de se cunhar um conceito – fechado – para a tipificação do crime de abuso de poder. De acordo com tais pesquisas, chegou-se à seguinte definição: “É passível de sanção criminal quem, investido de grande poder público, valendo-se desta posição, abusa ou excede dos poderes conferidos, ou conserva tal situação, empregando meios fraudulentos ou violentos, causando grave prejuízo a direitos subjetivos ou interesses individuais ou difusos, ou atentando contra direitos do homem, em proveito próprio ou alheio”³²

Tal formulação será, em parte, objeto de nossas críticas, pois não só aqueles investidos nos mais altos cargos podem promover o abuso, mas todo aquele que, no exercício de função pública, dispõe de maiores condições de violar bens jurídicos, nas circunstâncias concretas.

³⁰ Corte const. n. 7, 1965, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, 1966, p. 984 e ss..

³¹ O relatório inclui as contribuições das associações internacionais para o VI Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, Caracas, 25 de agosto a 5 de setembro de 1980.

³² Alessandro Malinverni, *Criminalité et abus de pouvoir: delits et delinquants au-dessus de la loi*, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p. 813-814, tradução livre conforme o original: “Quiconque, disposant de grands pouvoirs publics, en abuse dans un but de profit, ou bien de conservation ou d’accroissement de pouvoir, pour lui ou pour les autres, en employant des moyens frauduleux ou violents, et cause un grave préjudice à des droit subjectifs ou à des intérêts individuels ou diffus, ou bien porte atteinte aux droits de l’homme est passible de sanction criminelle”.

De acordo com Carrara, a palavra abuso tem em si dois significados diversos e grandemente distintos: um significado ontológico, e outro, jurídico. No sentido ontológico, abusa-se quando se altera a natural destinação de um serviço. No sentido jurídico, abusa-se, na hipótese em que a destinação do serviço seja a estabelecida, mas quando dele se serve de um modo ou objetivando-se fim ilícito.³³

Tributa-se ainda aos trabalhos elaborados quando da constituição do *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale di Milano*, a distinção entre abuso de poder nacional e abuso de poder internacional.³⁴ O abuso de poder nacional, que é o de interesse para a obra, divide-se em abuso de poder público e abuso de poder privado. São exemplos de abuso de poder público nacional: a utilização do poder político para atividades subversivas, a corrupção nos negócios públicos com estrangeiro, o desvio de função pública, o abuso de poder judiciário e o abuso de poder legislativo.³⁵

De tais categorias, as que mais se aproximam do objeto da obra são o “desvio de função pública” e o “abuso de poder judiciário”.

Sob a epígrafe de “desvio de função pública”, tratou-se de todo o universo dos crimes em que há traição dos deveres funcionais, com prejuízo para o Estado e eventualmente para particulares. Com relação ao abuso de poder judiciário, esclarece Malinverni que “uma forma de abuso de poder judiciário consiste em fornecer aos jornalistas informações relativas às investigações da polícia judiciária ou de juizados de instrução.”³⁶ O que, na

³³ *Programma, Parte speciale*, V, cit., 2514, 71 e s., apud Alberto Gargani, “L’abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara”, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, 1998, p. 1238; tradução livre conforme o original: “la parola abuso há in sé due significati diversi e grandemente distinti: luno dei quali puó dirsi il senso ontologico, l’altro il senso giuridico. Il senso ontologico si abusa di una cosa tutte le volte che si adopera ad un servizio diverso da sua naturale destinazione. In senso giuridico si abusa di una cosa anche adoprandola secondo la sua destinazione se ciò si faccia in un modo o per fini illiciti.”

³⁴ O abuso de poder internacional diz com o desrespeito às convenções e tratados internacionais em que, nações com algum tipo de condição mais vantajosa, nas circunstâncias, excedem-se lesando outros Estados, cf. Alessandro Malinverni, *Criminalité et abus de pouvoir: delits et delinquants au-dessus de la loi*, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p. 802-804.

³⁵ Cf. Alessandro Malinverni, *op. cit.*, p. 804-812.

³⁶ Cf. Alessandro Malinverni, *op. cit.*, p. 811, tradução livre, conforme o original: “Une forme d’abus de pouvoir judiciaire consiste à fournir, le plus souvent aux journalistes, des informations

realidade, vem ao encontro do movimento nacional que culminou na proposta legislativa alcunhada de Lei da Mordaça.³⁷

1.2 O AGENTE PÚBLICO E O ABUSO DE PODER

Agente público é conceito genérico do Direito Administrativo, o qual designa todo aquele que, de modo direto ou indireto, é investido em função pública, mesmo que não haja vínculo jurídico de caráter profissional ou empregatício, como, por exemplo, o jurado que a desempenha de modo esporádico.³⁸

Para os fins do presente trabalho, devemos delimitar quais pessoas, desse amplo universo, detêm poder capaz de torná-las sujeitos ativos dos crimes previstos nos art. 322 e 350 do Código Penal, na Lei n.º 4.898/65 e na Lei de Tortura.

O art. 327 do Código Penal enuncia o conceito de funcionário público de modo abrangente, inclusive instituindo o que se denomina “funcionário público por equiparação”:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - 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. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 6.799, de 23.6.1980 e alterado pela Lei nº 9.983, de 14.7.2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.799, de 23.6.1980).

relatives à des enquêtes de la police judiciaire ou de magistrats instructeurs au sujet de faits criminels.”

³⁷ Assunto a ser desenvolvido mais detalhadamente no capítulo seguinte.

³⁸ Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”, *Op. cit.*, p. 422. No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 73. Por outro lado, Odete Medauar entende que “os cidadãos que, de modo efêmero, exercem atribuições públicas, sem remuneração, como os jurados, os mesários e apuradores em eleições, integrantes de comissões e grupos de trabalho” não são agentes públicos, nominando-os apenas como “cidadãos que prestam serviços relevantes”, *Direito administrativo moderno*, São Paulo, RT, 2002, p. 323.

Já a Lei n.º 4.898/65 apresenta o seguinte conceito: “Art. 5.º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.”³⁹

É importante ter presente que o Estado, pessoa jurídica de Direito Público, exerce o poder por meio de seus órgãos, os quais são escalonados desde os que recebem suas atribuições diretamente da Constituição, até os órgãos subalternos, que possuem atribuições de recorte meramente operacional, disciplinadas em normas inferiores.⁴⁰ Assim, o poder manifesta-se gradativamente, conforme a hierarquia do órgão e o *status* do agente dele integrante. Desse modo, varia a intensidade de poder de acordo com a posição hierárquica do agente.

Logo, por mais distanciado que se encontre o agente da fonte fundamental de poder, que é a Constituição, estando ele no exercício do poder estatal, haverá a possibilidade de promover abuso, desde que se reúnam condições propícias à afetação de bens jurídicos.

Tal agente poderá, por interesses os mais variados, frustrar direito alheio, ou mesmo da própria coletividade. Obviamente que, em certas circunstâncias, dado o caráter diminuto do abuso, o ato será objeto tão só do Direito Administrativo, em atenção aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Neste passo, é interessante retomar, mais uma vez, as constatações dos trabalhos preparatórios para a implantação do *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale di Milano*, nas quais foram enumeradas algumas características próprias do agente do abuso de poder: a) adaptação social tradicional; b) distanciamento das formas comuns de delitos; c) nível de escolaridade acima da média; d) formação religiosa ou política; e) proatividade,

³⁹ De acordo com as considerações referenciadas anteriormente sobre a unificação terminológica, devemos ler a expressão “autoridade” do texto legal com o significado do termo “agente público no exercício do poder público”.

⁴⁰ Nesse sentido, José Afonso da Silva, *Op. cit.*, p. 111.

tenacidade, esperteza, capacidade de adaptação, senso prático e cinismo e crueldade acentuados; f) covardia; g) autoconfiança; h) objetivos de vida fixos.⁴¹

Os agentes públicos recebem tratamento constitucional por meio de normas e princípios que lhes fornecem os claros contornos de ação juridicamente permitida, definindo o seu âmbito de atuação, orientando, assim, os cidadãos no exercício de sua liberdade, possibilitando, enfim, a constatação do abuso.

É oportuno, pois, passar à disciplina constitucional do abuso de poder, analisando-a a partir dos princípios ligados à Administração Pública.

1.3 ASPECTOS DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

Segundo o art. 37 da Constituição Federal, a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Salientamos que se concederá, a teor do inciso LXIX, do art. 5.º, da Carta Política, mandado de segurança diante do abuso de poder. Assegura-se ainda no Texto Maior, no mesmo artigo, independentemente de pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, conforme o inciso XXXIV, alínea a.

Destacamos também a preocupação constitucional marcada no § 3.º, do art. 37, da Carta Política, que determina ao legislador disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, tratando especialmente da representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Na normatização do correto exercício das funções públicas, a Constituição já cuida dos crimes de responsabilidade, inclusive definindo a competência para o seu julgamento. A figura jurídica do crime de

⁴¹ Alessandro Malinverni, *Criminalité et abus de pouvoir: delits et delinquants au-dessus de la loi*, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p.814.

responsabilidade, contudo, não pertence, a princípio, à dogmática penal,⁴² revelando-se antes uma conduta de caráter reprovável no ambiente administrativo, sancionando-se politicamente os ocupantes dos cargos mais relevantes do Estado. Dentre os crimes de responsabilidade que podem ser praticados pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, consoante a Lei n.º 1.079/50, destaca-se: “art. 7.º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais: ... 5) servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso de poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua”. O abuso de poder aqui mencionado, dada a magnitude do poder conferido a tais agentes públicos, chamados por alguns doutrinadores de agentes políticos, provavelmente terá *status* penal. Acautelamo-nos pelo advérbio “provavelmente”, pois, a aferição perfeita somente poderá ser viabilizada à luz do caso concreto.

Os doutrinadores de Direito Administrativo acrescentam ainda os seguintes princípios a orientar o Regime Jurídico Administrativo: da supremacia do interesse público; da presunção de legitimidade ou de veracidade; da

⁴² A norma que define o crime de responsabilidade é a Lei n.º 1.079/50: “Art. 1.º São crimes de responsabilidade os que esta Lei especifica.” Do art. 3.º ainda se obtém sua natureza de infração não penal, pois “a imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.” Esta lei aplica-se ao Presidente da República, aos seus Ministros, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador Geral da República, e aos Governadores e Secretários dos Estados. A Lei n.º 7.106/83 estende aos Governadores do Distrito Federal e aos Governadores dos Territórios Federais e respectivos Secretários, as disposições da Lei n.º 1079/50. Contudo, somente no tocante aos Prefeitos Municipais e Vereadores, a legislação utiliza impropriamente a expressão “crime de responsabilidade” para definir condutas como tipos penais, trata-se do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967. Nos preceitos secundários das condutas descritas cominam-se penas que podem chegar até doze anos de reclusão. Neste mesmo decreto, em seu art. 4.º, são enumeradas as “infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionada com a cassação do mandato”; aqui, sim, têm-se as condutas própria e tecnicamente tidas como “crimes de responsabilidade”. Segundo Aristides Junqueira “ato de improbidade administrativa é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quicá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo presidente da República, mas por todo e qualquer agente público, a Lei nº 1.079/50 estendeu sua aplicação aos ministros de Estado (art. 13), aos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao procurador-geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74), fazendo questão de repetir, relativamente a cada um deles, que o procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo atenta contra a probidade da Administração e é crime de responsabilidade”, *Correio Braziliense*, Brasília, segunda-feira, 30/9/02.

especialidade; do controle ou tutela; da autotutela; da hierarquia; da continuidade do serviço público; da razoabilidade e proporcionalidade; da motivação; e da segurança jurídica.

Devemos analisar os princípios constitucionais relativos à Administração Pública, como apontamos no início deste tópico, a começar pelo princípio-matriz, o da legalidade, a que se remetem todos os demais

O princípio da legalidade, conquista do Iluminismo, confere a primeira baliza ao comportamento dos agentes públicos. A lei, expressão da vontade popular,⁴³ disciplina a atuação estatal. Segundo Santiago Mir Puig, “o princípio da legalidade, axioma primeiro do Estado liberal e em particular de seu Direito Penal, veio a proibir toda fonte de direito desligada do Poder Legislativo de Direito, único poder que expressa a vontade geral”.⁴⁴ O estudo deste princípio reclama a abordagem do que, impropriamente, chama-se de poder vinculado e de poder discricionário.⁴⁵

O caráter vinculado de um ato administrativo praticamente retira os juízos de oportunidade, conveniência, ou equidade, no exercício de poder decisório do agente público. O Poder Legislativo já contemplou todos estes caracteres.

Do ato discricionário defluiu a ideia de prerrogativa, pois, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a lei, ao atribuir determinada competência, deixa

⁴³ Na Antiguidade, contudo, “entre os gregos e romanos, do mesmo modo que entre os hindus, desde o primeiro dia, logo a lei surgiu como uma especialidade da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas.”, Cf. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, Lisboa, Livraria Clássica, vol I, p. 281. Mais adiante, conclui o autor: “A lei antiga nunca fazia considerandos. Para que os teria ela? Não tinha de explicar razões; existia, porque os deuses a fizeram. A lei não se discute, impõe-se, representa ofício de autoridade e, os homens, obedecem-lhe cheios de fé.” *Op. cit.*, p. 288.

⁴⁴ *El Derecho penal en el Estado social e democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 16, tradução livre, segundo o original: “*El principio de legalidad*, axioma primero del Estado liberal y en particular de su Derecho penal, venía a proibir toda fuente del Derecho desligada del poder legislativo del Derecho, único poder que expresa la voluntad general”.

⁴⁵ De acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “quanto aos chamados poderes discricionários e vinculado, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração”, *Op. cit.*, p. 86.

alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei.”⁴⁶

Nos atos discricionários há maior risco de burla do objetivo dos atos estatais que, sempre, devem ter em mira o interesse público. Neste ponto, cumpre lembrar o princípio da razoabilidade, o qual se encontra, por exemplo, positivado na Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111. Trata-se de uma forma de contenção da amplitude da discricionariedade, submetendo o ato à apreciação do Poder Judiciário.⁴⁷

Acentua Hely Lopes Meirelles ser o princípio da razoabilidade implícito na Constituição Federal e “que pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que, em última análise objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.”⁴⁸ Intimamente ligado a tal cânone, encontra-se a proporcionalidade, para alguns, uma regra, para outros, um princípio. De toda sorte, cuida-se de um atributo que deve sempre pautar a atuação da Administração. Recentemente, tem-se sentido, no universo penal, o emprego da proporcionalidade, na sua dimensão da proibição

⁴⁶ *Op. cit., loc. cit.* No mesmo sentido manifesta-se Odete Medauar, *Op. cit.*, p. 180. E acrescenta Hely Lopes Meirelles: “tratando-se de atos vinculados ou regrados, impõe-se à Administração o dever de motivá-los, no sentido de evidenciar a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade”, *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁷ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 80. A Professora Titular da USP lembra Gordillo, para quem: “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente, ou os públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.” *Op. cit., loc. cit.*

Lembra ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando afirma que o princípio da proporcionalidade “realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro.” *Op. cit.*, p. 81. Destaca, finalmente, que a Lei n.º 9.784/99 faz referência aos dois princípios separadamente, razoabilidade e proporcionalidade, mas, na realidade, o segundo faz parte do primeiro, pois a proporcionalidade “deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.” *Op. cit., loc. cit.* Para Odete Medauar “parece melhor englobar no Princípio da Proporcionalidade o sentido de razoabilidade”, *Op. cit.*, p. 158.

⁴⁸ *Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 91.

da proteção deficiente, a colocar em xeque o vigor o princípio da legalidade, o que, verdadeiramente, tem gerado preocupação da melhor jurisprudência.⁴⁹

O princípio da moralidade tem bastante proximidade com o tema do abuso de poder, na vertente do desvio de finalidade, porquanto na prática do ato administrativo há aparência de legitimidade, colimando-se, entretanto, finalidades metajurídicas irregulares. Verificamos forte tendência de alargamento do Princípio da Legalidade a abranger também a moralidade, para que se possa estabelecer o controle judicial dos atos violadores da ética administrativa. A partir de então, um grande número de autores passaram a entender a moralidade administrativa como ínsita à legalidade.⁵⁰

O princípio da impessoalidade guarda íntima ligação com o princípio da legalidade, pois a existência de leis a demarcar o terreno decisório do agente público leva a uma menor possibilidade da promoção de qualquer tipo de arbítrio. Na exata formulação de José Eduardo Faria: “a idéia de um amplo quadro de referências normativas denota uma certa carga qualitativa, na medida em que expressa os esforços efetuados num dado momento histórico, no sentido de *impessoalizar* o poder e, conseqüentemente, tornar seu exercício, legítimo”.⁵¹

⁴⁹ Nesse contexto: “O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação na seara penal - a fim de abrandar os rigores punitivos. Todavia, a sua dimensão de proibição da proteção deficiente não se justifica no Direito Penal, bastando contemplar a realidade e ter em linha de consideração o crescente recrudescimento legislativo” (STJ: EDcl no HC 170.092/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011). Em sentido contrário, admitindo a incidência da proporcionalidade para lastrear um recrudescimento penal: STF: HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012. Para uma análise mais detalhada, conferir: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan, Direito Penal Tributário, princípios constitucionais e direitos fundamentais: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: *Tributação e Direitos Fundamentais*. Coord. Paulo Gonet Branco, et al. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319-325.

⁵⁰ Neste diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 78. Odete Medauar, no mesmo sentido, acrescenta, com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que: “Muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio, no arbítrio, motivações outras que não encontram garantia no interesse geral, público e necessário; ... o que se quer defender é a lisura ou exação nas práticas administrativas; ... a presunção de fim legal equivale à presunção de moralidade (*O controle da moralidade administrativa*, 1974, p. 18, 19, 22, 186)”, *Direito administrativo moderno*, São Paulo, RT, 2002, p. 153. Hely Lopes Meirelles ainda esclarece: “o certo é que a *moralidade* do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade*, além de sua adequação aos *demaís princípios*, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”, *Op. cit.*, p. 88.

⁵¹ *Poder e legitimidade*, Coleção debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 77.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público, são frequentes os equívocos de interpretação, principalmente quando se leva em consideração o princípio da publicidade.⁵² Sob o pretexto da supremacia do interesse público, simplesmente, têm-se obviado direitos e garantias fundamentais. Tal se verifica especialmente em procedimentos nos quais a vida privada e a intimidade de cidadãos são estampadas nas páginas da mídia. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após a menção de que a publicidade é a regra, apresenta, como exceção, o sigilo nos procedimentos da Administração.

Esse sigilo somente se justifica a fim de preservar o interesse público ou a intimidade de alguém; e conclui: “pode ocorrer que, em certas circunstâncias, o interesse público esteja em conflito com o direito à intimidade, hipótese em que aquele deve prevalecer em detrimento deste, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual.”⁵³

Diante de uma interpretação desavisada dos princípios constitucionais e da lição da doutrina, assistimos às instâncias formais de controle violarem a intimidade e a privacidade, direitos constitucionalmente assegurados. Estes direitos, obviamente, não são tutelados de modo absoluto. Contudo, quando o interesse público reclame,⁵⁴ devemos admitir, tão só, uma mitigação do direito à privacidade e à intimidade, facultando-se ao Estado o acesso a dados pessoais, mas tão somente aos agentes públicos encarregados do processo e às partes diretamente envolvidas em eventual conflito. Entretanto, não se devem tornar públicos os autos de inquéritos ou processos judiciais, se, da publicidade, resultar dano à dignidade das pessoas envolvidas. Nesse diapasão, tem-se a edição da Lei 12.654/12, pela qual foi criada a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Tal norma, “por mais que empolgada por boa intenção, relativamente à modernização do sistema de identificação criminal, a fim de coibir erronia na elucidação de práticas delitivas, peca, pensamos, relativamente a comezinho aspecto de direito constitucional.

⁵² Odete Medauar lembra: “a publicidade dos atos administrativos tornou-se obrigatória desde o Dec. 572, de 12.7.1890, e presentemente é imposta pelo Dec. 84.555, de 12.3.80,” *Op. cit.*, p. 92.

⁵³ *Op. cit.*, p. 75.

⁵⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra a hipótese de preservação da Segurança Pública, *Op. cit.*, loc. cit. Em idêntico sentido, Odete Medauar, *Op. cit.*, p. 92.

Acreditamos que o legislador, talvez premido por um modelo de modernidade líquida, cujos contornos daninhos foram denunciados por Zygmunt Bauman, errou na mão, tisonando seriamente o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁵⁵

O abuso cresce, exponencialmente, diante do estabelecimento de espúria relação entre agentes públicos e os meios de comunicação de massa, com o fito de promoção pessoal, violando-se o princípio da impessoalidade, a quebrantar a regra inserta no § 1.º, do art. 37, da Constituição Federal.⁵⁶

Em tal ambiente, no qual os representantes das instâncias formais de controle desrespeitam os direitos fundamentais, é que vem a lume o projeto de lei alcunhado de “Lei da Mordaça”. Numa perspectiva de pôr peias às declarações dos agentes encarregados da persecução penal, cujo teor pode gerar efeitos absolutamente indelévels, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional o PL n.º 2961/1997.⁵⁷

Ainda sobre o direito à intimidade, o discurso de Beaney, no subcomitê do Congresso dos EUA reunido especialmente para estudar o assunto, foi incisivo: “Não é preciso ser muito inteligente para ver que se esta tendência cada vez maior em direção à ingerência na intimidade, através de grupos privados e organizações de todas as classes e também pelo Governo, não for controlada, em vinte ou trinta anos ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade já que aceitaremos como um fator evidente que vivemos num aquário e que não somos homens livres, mas peixes.”⁵⁸

Notamos, pois, a preocupação internacional, e já de longa data, com os abusos violadores da intimidade. Abuso mais facilmente praticado por agentes públicos, pois normalmente são os responsáveis pela manutenção da

⁵⁵ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, São Paulo, RT, ano 20, v. 28, set-out/2012, p. 340.

⁵⁶ *Verbis*: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.” (Constituição Federal, art. 37, § 1.º).

⁵⁷ Este projeto de lei é mais detidamente examinado no item 2.3.4.

⁵⁸ Cf. Miguel Urubayen, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, 1977, p. 21, *apud* René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, RT, 1980, p. 29-30.

integridade de tal direito constitucional, como os servidores públicos dos quadros da Receita Federal, do Banco Central, da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

No vetor oposto, há também abuso de poder quando agentes públicos sonegam informações de natureza essencialmente pública. Não se deve olvidar que, para a decretação de sigilo nos procedimentos administrativos, é fundamental a obediência aos precisos termos da Lei n.º 8.159/91, regulamentada pelo Decreto n.º 2134/97, sob pena de se prejudicar a transparência na condução dos interesses públicos. Vinculado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado encontra-se o tratamento do poder de polícia. Themístocles Brandão Cavalcanti referiu-se a este último conceito, da seguinte maneira: “constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais”.⁵⁹

O poder de polícia encontra-se disciplinado normativamente no art. 78 do Código Tributário Nacional: “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. O seu exercício, como toda atividade estatal, deve atender à finalidade pública, respeitando os critérios da necessidade, da proporcionalidade e da eficácia.⁶⁰

Merece menção, ainda, o princípio da eficiência, advindo ao texto constitucional por meio da Reforma Administrativa, promulgada na Emenda Constitucional n.º 19/98. Trata-se, verdadeiramente, de uma revolução na maneira como se enxerga a atuação estatal, pois além de se exigir legalidade e probidade no exercício das funções públicas, também se requer, agora,

⁵⁹ *Apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 107.

⁶⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 115-116. Conferir ainda Hely Lopes Meirelles, para quem decorre do princípio da eficiência o dever dos agentes públicos exercerem suas atribuições “com presteza, perfeição e rendimento funcional”, *Op. cit.*, p. 94.

racionalidade no emprego dos meios, de forma a propiciar ao administrado uma prestação de qualidade.

O objetivo da atuação pública tem de ser alcançado com a maior brevidade possível.⁶¹ É necessário assegurar ao administrado todas as condições para usufruir plena e expeditamente do serviço ou fomento públicos. Serviço entendido de modo amplo, como produto da ação dos órgãos estatais, incluindo-se a prestação jurisdicional. O Poder Judiciário não pode omitir-se ou atrasar-se, portanto, em situações de urgência, sob pena de frustrar direito ou garantia fundamental, com base na morosa estrutura estatal, escudando-se, por exemplo, no antiquado conceito de *prazo impróprio*.

O princípio da eficiência não se sobrepõe ao princípio da legalidade, mas com este se coaduna de modo a promover a tão alardeada modernização do Estado, já enunciada no Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado em 1995.⁶²

Assim, a atuação dos agentes públicos, regulada pormenorizadamente, deve atender a todos os cânones ou princípios apresentados. São enunciados que aparelham os administrados na fiscalização dos atos públicos, de modo a podermos afirmar que, intencional e injustificadamente, desatendidos tais princípios por atos dos agentes públicos, sejam comissivos ou omissivos, nascerá o abuso de poder. Este poderá ter relevância penal para as tipificações atuais quando se verificar a ocorrência violação ou exposição a risco de bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, como mais detidamente enfocaremos no capítulo vindouro.

2 O CRIME DE ABUSO DE PODER

O alcance da intervenção estatal na vida dos cidadãos tem variado conforme as transformações dos modelos político-econômicos. De modo geral, há um âmbito infenso à ingerência estatal: a esfera civil privada.⁶³ Neste trecho da vida, o cidadão atua livremente, pensando, cogitando e relacionando-se

⁶¹ Dotti afirma que com o incremento da sociedade “a velocidade passou a ser um atributo de eficiência”, *Proteção*, p. 32.

⁶² Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 83.

⁶³ Nesse sentido, Günther Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, p. 181-240.

pessoalmente. Trata-se de seu autogoverno, o qual deve sempre estar distante do controle estatal, sob pena de instalar-se o totalitarismo.⁶⁴

Por outro lado, também é inadmissível conceber um Direito Penal adstrito a particulares premissas éticas.⁶⁵ Num ordenamento jurídico ancorado

⁶⁴ Santiago Mir Puig lembra que “se a função de prevenção (Estado social) visa que os cidadãos evitem a prática de condutas que possam lesionar bens jurídicos, para que a prevenção respeite o limite liberal do foro interno (Estado democrático de Direito), o objeto da proibição não poderá ser tão só a decisão contrária a tais bens, senão precisamente a conduta que se quer que o cidadão evite. Um tal Direito penal preventivo não tem por objeto que o sujeito não ‘adote decisões’ contrárias aos bens jurídicos, já que o foro interno não constitui o âmbito que se quer regular, que é o dos processos de interação social.” *Op. cit.*, p. 59, tradução livre, conforme o original: “Se la función de prevención (Estado social) persigue que los ciudadanos eviten la realización de conductas que puedan lesionar bienes jurídicos, para que la prevención respete el límite liberal del fuero interno (Estado democrático de Derecho), el objeto de la prohibición no podrá ser el decidir sólo en contra de tales bienes, sino precisamente la conducta que se quiere que el ciudadano no realice. Un tal Derecho penal preventivo no tiene por objeto que el sujeto no ‘adopte decisiones’ contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es el delos procesos de interacción social”.

⁶⁵ De acordo com Abbagnano: “Ética: (lat. *Ethica*; ingl. *Ethics*; franc. *Éthique*; al. *Ethik*.) Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1.^a a que a considera como ciência do *fim* a que a conduta dos homens deve se dirigir e dos *meios* para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2.^a a que a considera a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar a mesma conduta. Essas duas concepções que se entrelaçaram na Antiguidade e no mundo moderno, são profundamente diferentes e falam duas linguagens diversas. A primeira, com efeito, fala a linguagem do ideal a que o homem está dirigido pela sua natureza, e, por conseguinte, da ‘natureza’ ou ‘essência’ ou ‘substância’ do homem. Já a segunda fala dos ‘motivos’ ou das ‘causas’ da conduta humana ou das ‘forças’ que a determinam e pretendem ater-se ao conhecimento dos fatos. A confusão entre os dois pontos de vista heterogêneos foi possibilitada pelo fato de ambas apresentarem-se habitualmente na forma aparentemente idêntica de uma definição do *bem*.” *Dicionário de filosofia*, trad. Alfredo Bosi, São Paulo, Mestre Jou, 1982, p. 360. Trata-se de tema bastante extenso, ligado intimamente ao conceito de moral, em que Abbagno expõe como sinônimo de ética, ou ainda como o objeto da ética, a conduta enquanto dirigida ou disciplinada por normas. *Op. cit.*, p. 652. Miguel Reale, referindo-se a Jellinek, trata da relação entre direito e moral, nos seguintes termos: “A teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos

constitucionalmente em cânones como o respeito da dignidade humana e do pluralismo, prevalece a liberdade do homem de ser, pensar e agir, desde que não se interfira na esfera de liberdade e direitos de outrem. Conforme a lição de Mir Puig, “uma sociedade pluralista supõe a concorrência de distintos sistemas de valores. O que para um é justo, para outro não o é. Cada ‘subcultura’ tem seus pontos de vista acerca da Justiça, porque cada uma delas tem sua ética”.⁶⁶ Já Figueiredo Dias e Costa Andrade, lembrando Morris e Hawkins, acentuam : “a função primordial do direito criminal é proteger as pessoas e os bens (...). Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheias”. E concluem: “Hoje aceita-se como um axioma a tese, já adiantada por S. TOMÁS, posteriormente assumida por STUART MILL e, já mais próxima de nós, pelo *Wolfender Report* e por Hart, de que é ilegítimo criminalizar por razões exclusivamente moralistas.”⁶⁷

A atuação do poder estatal deve sempre se conter “diante das barreiras democráticas: os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis”.⁶⁸

Daí porque, não apenas sob a ótica individualista e privada, mas também sob o enfoque social e público, incrimina-se o abuso de poder como forma de coarctar as violações às liberdades públicas, tais como o sigilo das

dispositivos que a comunidade considerar indispensáveis à paz social. Assim sendo, o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas. A teoria do mínimo ético pode ser reproduzida através de imagens de círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o Direito.” *Lições preliminares*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 42.

⁶⁶ *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 117, tradução livre, conforme original: “Una Sociedad pluralista supone la concurrencia de distintos sistemas de valores. Lo que para unos es justo, para otros no lo es. Cada ‘subcultura’ tiene sus puntos de vista acerca de la Justicia, porque cada una de ellas tiene su ética”.

⁶⁷ *Criminologia, homem delincente e sociedade crimógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 405-406.

⁶⁸ Conferir José Cretella Júnior, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, Bushatsky, 1972, p. 229.

correspondências e o livre exercício de atividade profissional. Há abuso de poder, portanto, ao se invadir a esfera privada, quando não há um comportamento externo do homem capaz de pôr em risco ou lesionar valores e bens fundamentais à consciência humana e social.

2.1 RAÍZES DA INCRIMINAÇÃO DO ABUSO DE PODER

2.1.1 PROLEGÔMENOS

De acordo com os registros mais remotos sobre a civilização, a manifestação do poder surge associada à religião.⁶⁹ Desde a formação da família, passando pela criação das fratrias, pela constituição das tribos e pelo desenvolvimento das primeiras cidades, o culto dos antepassados e dos antigos heróis sempre esteve ligado ao processo decisório.

Inicialmente, vinculou-se à figura do patriarca, no seio da família, a condução dos rumos de todos aqueles ligados ao lar. Como a liturgia religiosa era transmitida de varão a varão, cumpria ao *pater familias* o papel de emissário da decisão divina para a solução das questões surgidas no cotidiano. Assim, desta interface resultava nas mãos do patriarca poder intocável e inquestionável, de cariz divino. Melhor precisando com Fustel de Coulanges: “A quem competirá, pois, a autoridade principal? Ao pai? Não. Porque existe em todas as casas algo de superior ao próprio pai: a religião doméstica, o deus que os gregos chamam senhor do lar, e ao qual os latinos conhecem por *Lar familiae Pater*. Nesta divindade interior, ou, o que vem a dar no mesmo, na crença existente na alma humana, reside a autoridade menos discutível.”⁷⁰

Com a sofisticação das reuniões interpessoais, cujo sucesso decorria, segundo a unanimidade da época, da satisfação das necessidades das divindades, a autoridade e o poder imantavam o chefe, incumbido da

⁶⁹ Segundo Fustel de Coulanges, “O que mais uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: é na religião do lar e dos antepassados que se encontra esse poder.” *A cidade antiga*, Lisboa, Livraria Clássica, 1950, v. I, p. 55.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 122. E mais adiante, o autor ainda informa que: “A história da palavra basta para nos dar a idéia do poder pelo pai exercido durante muito tempo na família, e do sentimento de veneração que se lhe dedicava e era tanto como o devido ao pontífice ou ao soberano.” *Op. cit.*, p. 127 e 131.

realização do repasto fúnebre, das imolações e das libações às divindades. Sevimo-nos uma vez mais do magistério de Fustel de Coulanges: “Assim como na família a autoridade se acha inerente do sacerdócio e sendo o pai a título de chefe do culto doméstico, ao mesmo tempo juiz e senhor, assim também o sumo sacerdote da cidade é, de igual modo, o seu chefe político. O altar, no dizer de Aristóteles, confere-lhe a dignidade. Esta confusão entre sacerdócio e poder nada tem que nos deva surpreender. Encontramo-la já no começo de quase todas as sociedades, seja porque, na infância dos povos, só a religião possa dos homens obter a obediência, seja porque a nossa natureza experimenta a necessidade de não se submeter a outra autoridade a não ser a de idéia moral”.⁷¹

A religião ligou ao exercício do poder uma incondicionalidade absoluta: “Tinha-lhe medo e não ousava raciocinar, discutir, nem sequer fitá-la de frente”.⁷²

Contudo, os primórdios da repressão ao abuso de poder já podem ser identificados na Antiguidade. Segundo Macedo Soares, “já em Roma, no tempo da Republica, o principio salutar da responsabilidade dos magistrados ou funcionarios publicos, tinha sido consagrado pelas leis *Valeriae* e applicado a todos os fatos abusivos, como o indicam, entre outras as leis *peculatu de pecuniis repetundis, de ambitu*.”⁷³

Tal concepção ainda incipiente de que “maus governos são o resultado do poder irreprimido, que estimula o dirigente a se satisfazer no abuso de poder – ressurge ao final da Idade Média, de um lado pela influência do cristianismo e, de outro, pelos costumes germânicos do século IX, de acordo com os quais a sucessão hereditária correlaciona-se com um processo de eleição pelo povo e pelos mais importantes, e que se prolonga até o século XVII.”⁷⁴

⁷¹ *Op. cit.*, p. 265.

⁷² Fustel de Coulanges, *Op. cit.*, p. 251.

⁷³ *Op. cit.*, p. 447.

⁷⁴ Conforme José Eduardo Faria, *Poder e legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 60.

No período do Absolutismo, naturalmente, é difícil tratar da repressão ao abuso de poder. No entanto, nas Ordenações Filipinas já se pode notar como que um germe do que viria a ser tal incriminação.⁷⁵ Mas foi com as Revoluções Burguesas, arrimando-se no ideário contratualista de Locke e de Rousseau, no princípio dos Freios e Contrapesos de Montesquieu, e no jusnaturalismo de Grócio, que se propulsionou a ideia de contenção do poder estatal, culminando-se na formulação de direitos que os cidadãos poderiam opor ao Estado.⁷⁶

Imbuídos do ideário iluminista, alguns representantes da chamada Escola Clássica fixaram os vetores da repressão penal do abuso de poder. Este movimento congregou duas doutrinas, em princípio opostas, mas, ao final, convergentes no individualismo, oposto à tirania combatida nesse momento histórico, apoiadas no jusnaturalismo e no jusracionalismo.⁷⁷

Dado esse panorama geral acerca da evolução do tema, seguimos para uma análise do seu tratamento em nosso país.

⁷⁵ Título CXXXVI das Ordenações Filipinas:

“Que os Julgadores não appliquem as penas a seu arbítrio.”

“Mandamos a todos os Corregedores, Ouvidores, e Juizes assi de Fóra, como os Ordinários, e a todas as outras Justiças que poder tem para pôr penas, que nenhum deles ponha pena, de qualquer quantidade que seja, para a Chacellaria, sob pena de a pagar anoveada, ametade para quem o accusar, e a outra para os Captivos, e de ser suspenso de seu Officio até nossa mercê, e mais as penas que por elles assi forem postas, não hajão effeito.”, José Henrique Pierangelli, *Códigos penais do Brasil, evolução histórica*, Bauru, Jalovi, 1980, p. 134.

⁷⁶ Relevante, dentro dessa perspectiva, é a origem e o desenvolvimento da cláusula do devido processo legal. Numa síntese apertada, informa-nos Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, abeberando-se em Siqueira Castro, que a remota origem da garantia do devido processo legal, encontrar-se-ia no art. 39 da Magna Carta, imposta em 1215, na Inglaterra, ao rei João Sem Terra, pelos barões feudais, como forma de limitação ao absolutismo e suas práticas. Inicialmente, teve a denominação *law of the land*, vindo a lume a expressão *due process of law* apenas em 1354, na regência de Eduardo III, quando o parlamento editou o *Statute of Westminster of the Liberties of London*. Ensina ainda, que da Inglaterra, a cláusula passou para as colônias e, foi, justamente numa delas, que galgou seu mais alto grau de desenvolvimento. Os Estados Unidos, após a independência, incorporaram-na na Constituição, por meio da 5.^a emenda. Alcançou a jurisprudência americana a invejável teorização a respeito do sentido substantivo do princípio – *substantive due process* -, que o retirou de suas amarras puramente processuais. *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 43.

⁷⁷ Como bem esclarece Aníbal Bruno, congregou-se o “jusnaturalismo de Grócio, com a sua ideia de um Direito estranho e superior às forças históricas, resultante da própria natureza do homem imutável e eterno; e o contratualismo de Rousseau, que Fichte iria sistematizar, para o qual a ordem jurídica resulta de livre acôrdo entre os homens, que convêm resignar a uma parte dos seus direitos no interesse da ordem e segurança comum”, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. 1, p. 80-81.

2.1.2 NO BRASIL COLÔNIA

Neste período, a repressão ao abuso de poder praticamente inexistiu, a não ser pela remissão remota e de diminuta repercussão material feita ao Título CXXXVI das Ordenações Filipinas. Como bem asseverou Braz Florentino: “no regimen anterior á Constituição imperial, a irresponsabilidade do governo perante os subditos da monarchia estendia-se ordinariamente aos funcionarios ou agentes desse governo. Estava-se então longe de pensar e admittir – que as honras e os empregos fossem verdadeiros *cargos*, isto é *fardos*, ou *officios*, isto é *deveres*: pelo contrário estes serviam muitas vezes de fomento á corrupção, facilitando os abusos pela esperança de uma escandalosa impunidade”.⁷⁸

2.1.3 NO BRASIL IMPÉRIO

Com a declaração da independência do Brasil, houve uma mudança sensível. Como observa Braz Florentino, “a Constituição política do Império, alterou profundamente esta ordem de cousas, proclamando nos arts. 133, § 3.º, 156, 179, § 29 a responsabilidade dos ministros de Estado, magistrados, officiaes de justiça, e mais empregados publicos pelos abusos de poder, prevaricações e omissões praticados no exercicio de suas atribuições.”⁷⁹

O Código Criminal do Império, de 1830, em seu art. 2.º, § 3.º, cuidou do crime de abuso de poder como o “uso do poder (conferido por lei) contra os interesses públicos ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade pública o exija.”⁸⁰ Essa definição applicava-se ao que a doutrina chamava de *abusos de*

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 82 e ss., *apud* Macedo Soares, *Código Penal*, p. 446.

⁷⁹ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁰ Trata-se da definição dada aos chamados *crimes de abuso de poder*, presentes na Secção V, Capítulo I, do Título V, 2.ª parte. Dentre tais, os que se relacionam com as condutas hoje enunciadas especificamente como abuso de poder, destacam-se os art. 142, “Expedir ordem ou fazer requisição illegal”; art. 144, “Exceder á prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar, offendendo, ultrajando ou maltratado por obra, palavra ou escripto algum subalterno ou dependente, ou qualquer outra pessoa com se trata em razão de officio”; art. 145, “commeter qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercê-las”. É interessante notar uma vanguardista preocupação do legislador com o caráter taxativo do tipo penal, pois no art. 143 especifica-se o que são ordens e requisições ilegais consistindo naquelas emanadas de autoridade incompetente, ou destituída das solenidades externas necessárias para a sua validade, ou manifestamente contrárias às leis. Notamos, outrossim, o cuidado de já se determinar não apenas a nulidade, mas a verdadeira inexistência do ato decorrente de ordem ou requisição manifestamente ilegal (art. 142). Cumpre destacar, no trilho já aberto por Miguel Reale Jr. ao apreciar a tipicidade na Parte Geral, a presença de institutos

autoridade innominados, diferentes daqueles com *nomen juris* especiais, como o peculato, a peita, o suborno e a concussão.⁸¹

Lembra Paulo José da Costa Júnior que o “Código imperial, num longo elenco (art. 181), referia-se aos casos de abuso de poder, que classificava entre os crimes contra a liberdade individual.”⁸² Esta lição é muito importante, decisiva mesmo nas considerações que serão feitas no capítulo referente ao bem jurídico. O autor reconhece e identifica o bem jurídico tutelado na remota legislação criminal sobre o abuso de poder: a liberdade individual.

2.1.4 NO BRASIL REPÚBLICA

Ainda com Macedo Soares, podemos afirmar que, com a proclamação da República, “a Constituição Federal não podia deixar de manter os mesmos princípios tanto mais quando já a pessoa do Chefe da Nação, o Presidente da Republica deixou de ser sagrada, como era a do Imperador, e passou a ser um funcionario, cuja acção politica e administrativa se acha determinada na Constituição e nas leis. Pelas malversações, omissões, abuso ou excesso de poder são responsáveis todos os funcionarios ou agentes do poder publico desde o Presidente da Republica até o servente de repartição publica, o agente de policia e o oficial de justiça. A Constituição Federal dispõe ‘os funcionarios publicos são estritamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilizarem effectivamente os seus subalternos (art. 92)”.⁸³

Já o primeiro Código Penal da República “não definio, como o de 1830, o abuso de poder, mas pelas especies accumuladas n’esta secção, vê-se que o conceito é o mesmo. Parece que o Código considera equipolentes o *excesso* ou *abuso de autoridade*”.⁸⁴

próprios na Parte Geral disciplinados, tipicamente, na Parte Especial, como a cominação de sanção específica para os casos de tentativa e concurso de agentes.

⁸¹ Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Jacyntho, 1932, p. 305.

⁸² *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1989, v. 3, p. 578.

⁸³ Conferir Macedo Soares, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴ Conferir Macedo Soares, *op. cit.*, p. 448. Esmeraldino Bandeira, divergindo de Macedo Soares, entende que “se algumas vezes se póde distinguir no acto criminoso, o *abuso* do

No Código Penal de 1940, a matéria veio dispersa no Título dos Crimes contra a Administração Pública, tanto no Capítulo dos Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral, art. 322 (violência arbitrária), quanto no Capítulo dos Crimes contra a Administração da Justiça, art. 350 (exercício arbitrário ou abuso de poder). Neste mesmo Estatuto, na sua Parte Geral, havia a previsão no art. 44, inciso II, alínea *h*, do abuso de poder como circunstância agravante genérica.

Com a reforma de 1984, ainda se manteve o abuso de poder como circunstância agravante genérica, agora prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*.

Atendendo à reivindicação de tratamento uniforme da matéria, veio a lume a Lei n.º 4.898/65, cujo projeto recebeu o n.º 952, e ingressou no Congresso em 1956, por meio do trabalho do jurista Bilac Pinto. A despeito da boa intenção de dedicar um texto inteiro à matéria, é possível notar algumas incongruências justificadas pelo período político crítico em que se deu a sanção da Lei: durante a ditadura militar de 1964-1985.

Com o advento da Lei n.º 4.898/65, mesmo que empolgada por uma concepção de maior repressão a esse tipo de conduta, houve um abrandamento punitivo. Aprovado o texto, parcela da jurisprudência e grande parte da doutrina entendem que se operou a revogação do art. 322 do Código Penal que previa uma sanção mais rigorosa para a prática de violência no exercício de função – violência arbitrária.⁸⁵

excesso, muitas outras vezes essa distinção se torna seriamente difícil senão inteiramente impossível (...) a não ser, pois, nas hypotheses em que a lei usa expressamente de um ou de outro desses termos, quer com a fôrma de substantivos – abuso e excesso; quer com a fôrma de verbos – abusar e exceder; são perfeitamente synonimos e completamente identicos os ditos termos em seu significado etymologico e em sua acceção juridica.” Galdino Siqueira, *Op. cit.*, p. 306-307. A matéria foi disciplinada nos arts. 226, 228 e 230 e 231 do Código Penal de 1890. Somente a disposição do art. 226 do primeiro Código Penal republicano inova, ao tipificar especificamente a seguinte conduta: “exceder os limites das funções próprias do emprego”.

⁸⁵ Conferir, a propósito, Luiz Regis Prado, *Manual de direito penal brasileiro*, São Paulo, RT, 2006, v. 4, p. 417 e 688. Em sentido contrário, além dos conhecidos precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive listando-os, conferir: HC 48.083/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20.11.2007, DJ 07.04.2008, p. 1. Além de não haver acordo entre doutrina e jurisprudência sobre a revogação do art. 322 e de todos os comportamentos descritos no art. 350, devemos lembrar o comando constante do art. 150, § 3.º do Código Penal. Há, nesta última referência, a previsão de causa de aumento de pena para a conduta de invasão de domicílio praticada por funcionário público. Questiona-se como compatibilizar tais disposições, dada a sanção diminuta prevista na Lei n. 4.898/65. Ademais, da proposta *de lege ferenda*, a ser apresentada ao cabo desta obra, é possível advogar a possibilidade de haver

Digno de nota, também, foi o desnecessário deslocamento da perda do cargo para o preceito sancionador, como pena principal. Àquela época, a perda do cargo para crimes deste recorte já era prevista sob o feitiço de pena acessória.

A maneira como adentrou no ordenamento jurídico a Lei n.º 4.898/65, seu momento histórico e sua ineficácia punitiva, casa-se perfeitamente com o ambiente de compressão ou anulação de direitos e garantias fundamentais, porquanto sob a vestimenta de uma legislação específica, atenuou-se o rigor punitivo. Como ensina José Eduardo Faria: “a utilização pura e simples da força não gera autoridade mas sim mais violência, o poder legítimo, será aquele baseado no consenso dos governados, ou seja, na adesão de um grupo a uma mesma lei, uma vez que o poder flui – como afirma Hannah Arendt – da capacidade humana de agir em conjunto. E é isto que explica, justamente, a preocupação das ditaduras contemporâneas em justificar-se juridicamente no sentido de uma imposição menos pela força do que por um conjunto de idéias e de sentimentos em torno dos quais é dada tal adesão”.⁸⁶ Verificamos que tal lei representou, em termos práticos, uma maquiagem na política de controle do abuso de poder, pois, sob o epíteto de um combate mais rigoroso, promulgou-se um diploma legal vocacionado à ineficácia.

A liliputiana eficácia da Lei deveu-se também a certo entendimento jurisprudencial que, além de engendrar impunidade, concorreu para a crise de legitimidade daquela norma penal.⁸⁷ Tais arestos criaram uma espécie de exclusão de ilicitude fundada na relevância do interesse social. Por isso, segundo tal concepção, não há crime “quando a atuação visar a defesa social.”⁸⁸

relação de subsidiaridade entre os citados tipos do *Codex* e aqueles insertos na lei especial. Tal se lastreia na maneira como redigida a incriminação ampla (diga-se, acessória) da lei esparsa, somada à sua resposta branda, típica de tipos subsidiários. Assim, quando não for possível a aplicação dos tipos principais, do Código, abre-se a possibilidade de se servir das disposições da Lei, em que se emprega a locução “qualquer atentado”.

⁸⁶ *Poder e legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 79-80.

⁸⁷ Para Jakobs, a base da eficácia é a convicção que uma norma gera na população, quanto mais convincente, tanto mais delitivo, *Op. cit.*, p. 232.

⁸⁸ Nesse sentido, alguns exemplos: *JUTACRIM* 84/400, *RJD* 1/51 e *BMJ* 92/3.

Nada mais fluido. Essa corrente jurisprudencial veio no contrafluxo do remoto, porém lapidar, acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 5 de novembro de 1898, que condenou um magistrado pela prática de abuso de poder, confirmando a decisão do Tribunal Superior de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou o juiz de direito da Comarca do Rio Grande, por haver excedido os limites de suas funções. Coragem e independência marcam também o aresto de 19 de setembro de 1899, em que analisando atuação da “autoridade policial”, concluiu pela prática do crime de abuso de autoridade: “Cam. Crim. Da Corte de Appellação, reformando um Acc. da Cam. Crim. do Trib. Civ. e Crim., julgou procedente a accusação intentada contra o appellado major Manoel Joaquim Almeida Faria, porquanto embora tivesse este recebido do chefe de policia, como seu delegado, o officio em que se lhe determinou que procedesse, com a maxima severidade, contra o appellante Antonio Eduardo da Silva Santos, por continuar a explorar o jogo dos bichos, multando como reincidente e prendendo-o, caso se recusasse elle ao pagamento da multa, não devia o appellado prender o appellante por este motivo, pois a prizão antes da culpa formada só tem logar nos casos estabelecidos na lei (art. 13, § 2, da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871) e, ainda que allegasse o appellado ter agido por ordem do chefe de policia seu superior e, portanto, sem intenção criminosa, em que se fundou para absolvel-o o accordão appellado, tal allegação não procede, uma vez que a execução de ordem manifestamente illegal constitue crime que é punido na fórmula do art. 229 do Cod. Penal e não se pode presumir ausencia de intenção criminosa em quem tinha o dever de conhecer esta disposição e cuja ignorancia lhe não aproveita nos termos do art. 26, letra a, do cit. Codigo. (Vide Rev. Jurisp., Novembro 1899, ps. 284 e segs.)”.⁸⁹

Essa orientação, valorizadora dos direitos e garantias fundamentais, no correr histórico foi mitigada. Com a promulgação da Lei n.º 4.898/65, dada a

⁸⁹ Ambos os julgados são trazidos por Macedo Soares, *Código Penal*, p. 449. O art. 229 do Código Penal de 1890, tem a seguinte tipificação: “O que executar ordem ou requisição illegal, será considerado obrar como si tal ordem ou requisição não existira, e punido pelo excesso de poder, ou jurisdição que commetter.

São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituídas das solemnidades externas necessarias para sua validade, ou são manifestamente contrarias ás leis.”

pena extremamente baixa e o rito processual específico, colheu-se, sintomaticamente, impunidade.

Outra impropriedade da Lei em exame refere-se à indevida equiparação, em termos de sanção penal, constante do artigo 3.º, que comina a mesma pena para a efetiva lesão e para o mero atentado aos bens jurídicos tutelados. Tem-se, portanto, clara falha de técnica legislativa.⁹⁰

No atual cenário de impunidade, promulga-se a Lei n.º 9.455/97, em que se tipificam algumas condutas de abuso de poder, praticadas por meio de tortura.

Trata-se de diploma legal no qual se define a tortura como uma modalidade especial de crime contra a liberdade, em que se acrescenta o direcionamento da conduta do coato para determinados fins, ou especiais formas de infligir sofrimento. A tortura deve receber disciplina de acordo com o bem jurídico a que se visa proteger, obviamente, dentre os crimes contra a pessoa. No inciso I do § 4.º do art. 1.º da Lei em testilha, prevê-se uma causa de aumento de pena, “se o crime é cometido por agente público”. Utilizou-se do instituto penal adequado, a causa de aumento de pena, esta que se presta adequadamente a conferir um *plus* de proteção ao bem jurídico, conforme analisaremos adiante.

Após essa jornada pelo tempo, que nos trouxe maior segurança para entender melhor certos ranços que ainda infestam nossa realidade, passaremos em revista alguns ordenamentos jurídicos, no tocante ao tratamento penal do abuso de poder.

2.2 O CRIME DE ABUSO DE PODER NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Em todas as legislações penais americanas e europeias pesquisadas, cada qual com as suas peculiaridades, verificamos a repressão criminal do

⁹⁰ Situação assemelhada é encontrada, por exemplo, no crime de roubo, em que se prevê idêntica pena para comportamentos flagrantemente distintos. Dúvida não há sobre o caráter mais reprovável de a subtração patrimonial ser perpetrada com violência, se comparada com aquela consumada mediante o uso de grave ameaça. A propósito, conferir: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O roubo e a lógica, *Carta forense*, jan/2012, p. A-10.

abuso de poder. Desse estudo, observamos uma tendência de tratamento do crime de abuso de poder com vista à tutela dos direitos e garantias fundamentais, em vez de se colocar a tônica sobre o correto exercício do poder público.

2.2.1 ARGENTINA

O Código Penal argentino (*Ley 11.179 - texto ordenado por Decreto 3992/84, Buenos Aires, 21 de diciembre de 1984, Boletín Oficial, 16 de enero de 1985*), no art. 248, com redação determinada Lei 24.527 (B.O. 8/9/95), pune com prisão de um mês a dois anos e inabilitação especial para exercício de cargo público, o funcionário público que emitir ordem ou resolução contrárias às constituições ou leis nacionais ou provinciais ou executar as ordens ou resoluções desta classe, ou não executar as leis cujo cumprimento lhe incumbir. Trata-se de figura penal com caráter subsidiário.⁹¹

Verificamos opção legislativa no sentido de tratar a matéria dentre os crimes contra a Administração Pública. Pode, portanto, ser comparada à legislação brasileira, pois não se procedeu à perfeita individualização do bem jurídico. Há certa cumulatividade de tutela, fundindo-se tipo pluriofensivo que abre caminho à oscilação jurisprudencial, principalmente no tocante à hipótese de eventual concurso aparente de normas.⁹²

Consta do artigo 20bis do Estatuto Repressivo argentino, à semelhança do que ocorre no art. 92 do Código Penal brasileiro, como efeito da condenação por crime praticado com abuso de poder, uma sanção referente ao exercício do cargo público. O diploma brasileiro estabelece a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando: a) aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. Por seu turno, o Código argentino atribui tão só a

⁹¹ Conforme Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, TEA, Bs. As., 1983, t. V, p. 137; Carlos Creus, *Delitos contra la Administración pública*, Astrea, Bs As., 1981, p. 188; etc.), *apud* Fernando Horacio Molinas, *El dolo y en daño en el delito de abuso de autoridad*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 513.

⁹² A questão dos problemas afetos ao concurso aparente de normas será analisada no item 2.4.

inabilitação especial de seis meses a dez anos, quando o delito cometido importe incompetência ou abuso no exercício de um emprego ou cargo público.

Não há, portanto, previsão do abuso de poder como causa de aumento de pena ou como circunstância agravante genérica, na Parte Geral do Código Penal argentino.

O problema da verificação acurada do valor objeto de tutela também já foi contemplado pela doutrina argentina. Diante da confusão acerca do bem jurídico, verificou-se inexpressivo número de condenações sobre tal criminalidade.⁹³ Por um lado, Rodolfo Moreno entendeu tratar-se de crime contra a Administração Pública. Por outro lado, Eusebio Gómez defendeu a ideia de tratar-se de crime contra as constituições ou leis nacionais ou provinciais.⁹⁴

2.2.2 PERU

A reforma da legislação peruana de 1991 é preciosa, pois serve de abono à proposta de alteração que se seguirá neste trabalho. Há um amplo Título de Delitos contra a Liberdade, no Código Penal peruano (*Ley n.º 25.280/1991*). Tutela-se tal bem jurídico de modo a cobrir grande parte dos direitos fundamentais, como a intimidade, o sigilo das comunicações, a liberdade de reunião, a liberdade de expressão e a liberdade sexual.

Essa codificação apresenta avanço substancial na sistemática da tutela do bem jurídico em foco, obviando em grande parte a possibilidade de erros judiciários na aplicação dos critérios de solução de concurso aparente de normas.

Não há disposição referente ao abuso de poder na Parte Geral do Código Penal peruano.

Interessante é notar o momento que se seguiu à conquista democrática: a era Fujimori. Neste triste trecho da História peruana, com a legislação de emergência, as garantias individuais foram ofuscadas.

⁹³ Cf. Fernando Molinas, *op. cit.*, p. 513.

⁹⁴ *Apud* Fernando Horacio Molinas, *op. cit.*, p. 520.

2.2.3 CHILE

Na mesma linha progressista do limiar da década de 90 no Peru, o Código Penal chileno (Decreto n.º 663, de 30 de julho de 1999) traz o Título dos Crimes contra os Direitos Assegurados pela Constituição.⁹⁵ Ali, tutelam-se os direitos à privacidade, à liberdade de locomoção e de culto. Abre-se o § 4.º, com dezesseis artigos dedicados aos Crimes praticados por Funcionários Públicos contra os Direitos Assegurados pela Constituição.⁹⁶

O Código Penal chileno, em sua Parte Geral, prevê, à semelhança da disposição inserta no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal brasileiro, a hipótese do abuso de poder como circunstância agravante genérica. No art. 12, alínea *g*, do Estatuto Repressivo chileno, consta a agravante de cometer o delito “prevalecendo-se do caráter público que tenha o agente”.

2.2.4 CUBA

Também no Código Penal cubano (*Ley n.º 62/1987*), dedica-se todo um Título aos delitos contra os direitos individuais, tais como: direito à igualdade, direito de manifestação, de associação, de queixa, de petição, da liberdade de locomoção, de expressão e de culto. Mas, a despeito do avanço, notamos a tipificação autônoma do abuso de autoridade, assinalando-se o seu caráter subsidiário.

Na Parte Geral do Código Penal cubano, há a previsão, à semelhança do Código Penal brasileiro, da hipótese do abuso de poder como circunstância agravante genérica. No art. 53, alínea *g*, consta a agravante de “cometer o delito com abuso de poder, autoridade, ou confiança”.

Notamos aqui também a possibilidade de ocorrência de problema do concurso aparente de normas, propício à impunidade.

⁹⁵ No original “*De los crimines y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución.*”

⁹⁶ No original “*Agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución.*”

2.2.5 COSTA RICA

No Código Penal costarricense (*Ley nº 4573, del 4 de mayo de 1970*), percebemos a incriminação da conduta de privação de liberdade perpetrada por “abuso de autoridade”, inserida no Título dos Crimes contra a Liberdade. Há, também, no Título dos Crimes contra os Deveres da Função Pública, previsão de tipo de “abuso de autoridade”, art. 331, extremamente aberto, incriminando a conduta do funcionário público que ordena qualquer ato arbitrário, em prejuízo dos direitos de alguém.

Não há a previsão do abuso de poder na Parte Geral do Estatuto Repressivo da Costa Rica, quer como circunstância agravante genérica, quer como causa de aumento de pena.

Verificamos dado positivo em tal legislação, qual seja, a preocupação de se incriminar, dentre os crimes contra a pessoa, as prisões ilegais. Contudo, com a inserção simultânea do elemento normativo “abuso de autoridade” em mais de um tipo penal, gerou-se a probabilidade de entendimentos e decisões díspares.

Trata-se de marcante contribuição legislativa, mas cujo alcance poderia ter sido bem maior. Acertou-se ao incriminar, dentre os delitos contra a pessoa, as prisões ilegais, contudo a par das reformas bem intencionadas, houve a falta de cuidado sistemático.

2.2.6 PORTUGAL

No Código Penal português (com a redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 48 de 15 de março de 1995), o abuso de poder é tratado de modo disperso. Há algumas referências no Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Pessoal, com a previsão do crime de “coacção grave”, no art. 155º. Punem-se também as prisões ilegais, quando o agente de autoridade pública atua com desvio de finalidade ou com grave abuso de poder. Cumpre salientar a sofisticação dessa legislação, pois a punibilidade à grave conduta do abuso de poder não se restringe ao excesso de poder (aqui descrito pela locução “grave abuso de

poder”), mas preocupa-se também com o, igualmente relevante, desvio de finalidade, também chamado de abuso de poder ideológico.⁹⁷

Existe um Capítulo que chama a atenção, dentro do mesmo Título dos Crimes contra as Pessoas, denominado “Dos Crimes contra outros bens jurídicos pessoais”, no qual se disciplina, no art. 201º, a seguinte conduta: “subtração às garantias do estado de Direito português”. Destacamos ainda o Título “Dos crimes contra a paz e a humanidade”. No Capítulo dos Crimes contra a Humanidade, verifica-se o crime de tortura. Esta última figura penal tem como sujeito ativo especial “quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa”. Essa orientação, sincronizada com o ideal de sistematização dos bens jurídicos afetos à personalidade humana vem em abono à sugestão adiante apresentada, de que o delito de tortura é um crime que deve também ser inserido no Código Penal, dentre os crimes contra a pessoa, em Capítulo destinado à tutela dos direitos e garantias fundamentais, pois claramente atentatório contra a liberdade de autodeterminação.

No Título dos Crimes contra o Estado, mantém-se a incriminação genérica do abuso de poder, com seu carácter subsidiário, no art. 382. Prevê-se, também, neste âmbito dos crimes contra o Estado, o crime de violação de domicílio por funcionário, com abuso de poder.

Cumprе notar que no Código Penal lusitano há a previsão como circunstância agravante apenas da reincidência, não figurando o abuso de poder na Parte Geral, quer como circunstância agravante, quer como causa de aumento de pena.

Apesar de todo o avanço, notamos ainda algum resquício de imprecisão que, insistimos, pode gerar perplexidade judicial e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

⁹⁷ As espécies de abuso de poder encontram-se examinadas, de maneira mais pormenorizada, no item 1.1.

2.2.7 ESPANHA

No Código Penal, *Ley Orgánica 10/1995*, no Título dos crimes contra a liberdade, abre-se um Capítulo *De las detenciones ilegales y secuestros*. Disciplina-se no título seguinte *Las torturas y otros delitos contra a integridad moral*. À semelhança do Código Penal lusitano, o vizinho ibérico progride na tutela adequada da liberdade de locomoção, inclusive com o devido tratamento da tortura. Tem-se, na sequência, o Título dos crimes contra a liberdade sexual.

Na Parte Geral do Código Penal espanhol, há previsão do abuso de poder, sob a vestimenta legal de circunstância agravante. No art. 22, 7.^a), tem-se a agravante consistente na prática do crime “prevalecendo-se do caráter público que tenha o agente”. Trata-se de sistemática consagrada desde 1848. A doutrina espanhola ressalta, amparada na respectiva jurisprudência, que “no basta, claro es, la calidad pública del sujeto activo con la cualidad pública del sujeto pasivo y la correlativa cohibición de éste, sino que lo decisivo es ese ánimo específico de aprovechamiento de la mencionada ventaja.”⁹⁸ Trata-se, pois, de destaque especial conferido ao elemento subjetivo que deve, evidentemente, abarcar inclusive as circunstâncias do crime.

Todas estas disposições são enunciadas sem prejuízo da previsão genérica, no Título dos crimes contra a Administração Pública, da atuação arbitrária dos funcionários públicos. As críticas anteriores sobre o tratamento sistemático e a insegurança jurídica também têm cabimento no modelo espanhol.

2.2.8 ITÁLIA

O Código Penal italiano [*on le modifichie apportate dalle leggi 205/1999; 479/99, 507/1999; 7.12.2000 n. 397 (indagini difensive) G.U. 3 gennaio 2001 e legge 1.03.2001 n. 63, legge 27 marzo 2001 n. 97*] disciplina a matéria no art.

⁹⁸ Tomás S. Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valência, Tirant lo Blanch, 1996, p. 258.

323, *Abuso d'ufficio*, prevista no Título dos Crimes contra a Administração Pública, também com a ressalva de se tratar de figura subsidiária: “o funcionário público ou encarregado de serviço público que, no exercício da função ou serviço, em violação de normas legais ou regimentais, ou ainda omitindo-se diante de seus deveres legais, intencionalmente, pede para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida”.⁹⁹

Cuida-se de uma figura penal distinta do nosso abuso de poder, contudo com raízes idênticas, vinculadas aos princípios liberais de contenção da atuação estatal. O debate sobre o bem jurídico tutelado em tal modelo incriminador, que já recebeu a alcunha de abuso de poder inominado, é bastante longo e acalorado.¹⁰⁰ Houve inclusive a sugestão, no seio da Comissão convocada pelo Ministro Caianiello, de se desdobrar a figura em três: *prevaricazione*, *favoritismo affaristico* e *sfruttamento privato dell'ufficio*.

⁹⁹ Tradução livre, conforme o original: “il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzione o del servizio, in violazione di norme de legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di um interesse proprio o di um prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri um ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri um danno ingiusto.”

¹⁰⁰ Conferir Pagliaro, *Per uma riforma delle norme sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 535 e ss.; Id., *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1405 e ss.; Id., *Nuovi spunti sull'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1997, 501 e ss.; Camaioni, *Transfigurazione e morte dell'abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 1937, 1938. Sobre o debate que antecedeu a recente reforma do art. 325 do Código Penal italiano, ver E. Gallo, *Aperto il dibattito sul delitto d'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 271 e ss.; Vinciguerra, *L'abuso d'ufficio: stato delle cose e ragioni della riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 858 e ss.; Fiandaca, *Verso una nuova riforma del reato d'abuso d'ufficio?*, in *Quest. giust.*, 1996, 308 e ss.; A. Rossi, *Giudice penale e discrezionalità amministrativa. La riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Quest. giust.*, 1996, 19 e ss.; Picotti, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 347 e ss.; Manes, *Abuso di ufficio e progetti di riforma; i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 1997, 1202 e ss. Sulla nuova fattispecie di cui all'art. 323 c.p. v. AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, con un'ampia sintesi dei lavori parlamentari a cura di A.A. Dalia; D'Avirro, *L'abuso d'ufficio*, II, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano, 1997; Laudi, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1049 e ss.; Patalano, *Amministratori senza paura della firma com i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al dir.*, 1997, n. 29, 18 e ss.; Padovani, *Commento all'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234 (Modifiche dell'art.323 c.p.)*, in *Legislazione penale*, 1997, n. 4, 741 e ss; Apud Alberto Gargani, “L'abuso inominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, 1998, p. 1224.

À semelhança do que ocorre com a nossa figura de “abuso de autoridade”, o *abuso d’ufficio* italiano tem suscitado elevado grau de dúvida nos tribunais, com conseqüente insegurança das soluções dos casos concretos.¹⁰¹

De acordo com o conteúdo do art. 175,¹⁰² do antigo Código Zanardelli, o foco da incriminação dizia com os direitos fundamentais.¹⁰³ Mas o objetivo da incriminação do art. 323 do atual Código Penal italiano é, por sua vez, claramente a tutela da imparcialidade da Administração Pública.

Em comparação com a incriminação da figura brasileira de abuso de poder, há, nos arts. 605 e seguintes do Código Penal italiano, em seção destinada à tutela da liberdade, significativos avanços legislativos, com a tipificação do abuso de poder nas prisões e diligências ilegais. Incluem-se, também, entre os crimes contra a liberdade, os delitos sexuais.

Há a positivação do abuso de poder como agravante genérica na Parte Geral do Código Penal peninsular. Segundo o art. 61, 9.), dentre outras, são circunstâncias agravantes comuns as que exacerbam o crime, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, haver o sujeito ativo cometido o fato com abuso de poder, ou com violação dos deveres inerentes de função pública ou de serviço público, incluindo-se aí a qualidade de ministro de culto.¹⁰⁴

¹⁰¹ Neste sentido, Vitorio Manes, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XL, gennaio-marzo, 1997, p. 1202.

¹⁰² “Art. 175. O funcionário público que, abusando de seu ofício, ordena ou comete qualquer ato arbitrário contra algum direito, ato não previsto legalmente como crime, é punido com detenção de quinze dias a um ano; e, se agir por fim privado, a pena é aumentada de um sexto e a detenção substituída por reclusão”. Tradução livre conforme o original: “Art. 175. Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altri diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione”.

¹⁰³ Cf. Gargani, *Op. cit.*, p. 1226.

¹⁰⁴ Tradução livre, conforme o original:

“Art. 61. Circostanze aggravanti comuni:

– Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti:

...

9) l’aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto.”

2.2.9 ALEMANHA

O Código Penal alemão¹⁰⁵ estatui, dentre os crimes funcionais, no § 343, que “o funcionário público, atuando em procedimento penal, que maltrate fisicamente, utilize violência, grave ameaça ou tortura, para obter alguma declaração ou para omiti-la, será castigado com a pena de privação de liberdade de um a dez anos”. Tipifica-se, nos parágrafos seguintes, o desenvolvimento de persecução penal e a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança em face de pessoa inocente. Verificamos, pois, a tutela da liberdade diante da atuação das instâncias formais de controle.

Não há, na Parte Geral do Código Penal germânico, a previsão do abuso de poder como causa de aumento de pena ou como circunstância agravante genérica. Dispõe-se apenas do § 46, em que se fornecem os critérios básicos para a dosimetria da pena.

Sublinhamos a preocupação com a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Verificamos uma tendência clara de proteção via incriminação de condutas reveladoras de lesão a elementos da personalidade humana e, não, com a tônica na repressão aos comportamentos contrários à regular atuação dos órgãos públicos.

2.2.10 FRANÇA

O Direito Penal francês atualmente não tem merecido muita atenção de nossa doutrina, concentrada principalmente em se abeberar nas experiências italianas e germânicas. Mas, nem sempre foi assim. Até o princípio do século XX, ainda ocupava lugar de destaque o magistério de penalistas como Lacassagne, Tarde e Garraud.

Nos últimos anos, contudo, a França tem apresentado uma preciosa produção doutrinária acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com nomes tais como: Bernard Bouloc, Yves Guyon e Jean Pradel.

¹⁰⁵ Cf. a coletânea *Código Penal, StGB, Código Procesal Penal, StPO*, cuja introdução é de Claus Roxin e a coordenação de Emilio Eiranova Encinas, Madrid, Marcial Pons, 2000. A sua publicação data de 13 de novembro de 1998 no órgão oficial de imprensa n. I, p. 945, p. 3322, de acordo com a página oficial do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria da República de Portugal, <http://www.gddc.pt>.

O Código Penal Francês (*Ordonnance n.º 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002*), de todos os pesquisados, é aquele que possui o mais extenso tratamento dos crimes contra a pessoa, destinando-lhe um Livro inteiro; *Livre II – Des crimes es délits contre les personnes*. Neste Livro há dois Títulos, tratando o primeiro dos Crimes contra a Humanidade, dentre eles o genocídio (*Titre Ier – Des crimes contre l’humanité*), e o segundo versando sobre os Atentados contra a Pessoa Humana (*Titre II - Des atteintes à la personne humaine*). Neste, há sete capítulos em que os atributos da personalidade são tutelados de maneira destacada. A correta disposição do bem jurídico é notada também com a previsão sistemática dos delitos de tortura (*Articles 222-1 à 222-6-1*), de discriminação racial (*Articles 225-1 à 225-4*), e de violação da vida privada (*Articles 226-1 à 226-7*).

Já no Título Terceiro, Dos Crimes contra a Administração (*Titre III - Des atteintes à l'autorité de l'Etat*), há uma Seção para os delitos de abuso de autoridade contra a Administração (*Des abus d'autorité dirigés contre l'administration, Articles 432-1 à 432-3*); e outra Seção destinada aos delitos de abuso de autoridade praticados contra os particulares: *Des abus d'autorité commis contre les particuliers: Paragraphe 1 Des atteintes à la liberté individuelle (Articles 432-4 à 432-6); Paragraphe 2 Des discriminations (Article 432-7); Paragraphe 3 Des atteintes à l'inviolabilité du domicile (Article 432-8); Paragraphe 4 Des atteintes au secret des correspondances (Article 432-9)*.

Tem-se uma forma *sui generis* de tutela, em que figuras penais previstas no Livro dos Crimes contra a Pessoa são referidas em tipos autônomos, com pena mais rigorosa. Contudo, esta opção ainda não é a mais vantajosa na medida em que deixa de conferir ampla cobertura aos bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, conforme será proposto adiante.

Concluída esta etapa, que nos rendeu interessantes elementos para oportuna proposta *de lege ferenda*, seguimos para a apreciação do tema nas Casas Legislativas.

2.3 OS PROJETOS DE REFORMA LEGISLATIVA NO BRASIL

Foram pesquisadas por volta de vinte propostas legislativas sobre o abuso de poder com *status* penal. Verificamos o interesse na repressão ao abuso de poder, ora de modo esparso, com a criação de novas figuras penais, ora de modo concentrado, com incremento na punição de condutas já disciplinadas na Lei n.º 4.898/65.

Notamos em tais projetos de alteração legislativa a intenção de melhora, entretanto, esbarrou-se num obstáculo estrutural: a ausência de critério sistemático. Sem a individualização do bem jurídico objeto de tutela, o legislador sente a necessidade de reforma, mas não consegue efetuar-la de modo eficaz, tornando o ordenamento punitivo cada vez mais hipertrofiado, com impropriedades que conduzem à impunidade.

Em caminho distinto seguiu o Ministério da Justiça, quando à sua frente José Carlos Dias. Desencadeou-se processo conglobante para a reforma do Sistema Penal. Foi nomeada Comissão de Juristas, presidida por Miguel Reale Júnior, e composta por penalistas do quilate de Ivette Senise Ferreira, Nilo Bastista e René Ariel Dotti. Antes da apresentação das propostas de alteração legislativa, seus integrantes foram a campo e aferiram a realidade a ser disciplinada. Somente a partir do denominado Diagnóstico Preliminar, os juristas vieram a elaborar as propostas de reforma.

Consta do Diagnóstico Preliminar do Sistema Penal Brasileiro que a Comissão do Ministério da Justiça: “enfrentou, em áreas de grande repercussão social – como, exemplificativamente, os serviços de segurança pública – a ausência ou ao menos a não-transparência de dados essenciais para conclusões no sentido afirmativo ou negativo da eficiência do poder público, na área de atuação.”

A pesquisa empírica empreendida para a realização desta obra também enfrentou dificuldade na colheita de dados oficiais. Na nossa investigação, enxergamos um cenário marcado por uma preocupação às avessas com o combate ao abuso de poder. Foram realizadas entrevistas com os Corregedores dos órgãos das instâncias formais de controle. Apesar das

primeiras respostas sinalizarem para repressão, tanto administrativa, quanto judicial-criminal, do abuso de poder, quando se avançava nas indagações, solicitando os dados estatísticos de processos e punições, alegou-se revestirem-se os dados de sigilo.¹⁰⁶ De qualquer modo, desde o princípio dos anos sessenta, a Criminologia Nova ou Criminologia Crítica já advertia com relação à “desvalorização das estatísticas oficiais como instrumento fundamental de acesso à ‘realidade’ do crime”, pois “elas colocavam necessariamente aporias insuperáveis dum ponto de vista gnoseológico”.¹⁰⁷ Essa postura dos Corregedores revela o quanto os princípios constitucionais são, rotineiramente, desrespeitados, tais como o princípio da publicidade.

O Projeto de Lei n.º 3619/1993, de autoria da Deputada Federal do Espírito Santo, Rita Camata, revela a preocupação com dois direitos fundamentais, a intimidade e o livre exercício profissional, no caso específico do advogado. O citado projeto foi elaborado graças ao trabalho de René Ariel Dotti e Nilo Batista, e consta de sua Justificação: “O Projeto determina que a escuta telefônica só se dará mediante autorização judiciária competente, a requerimento do Ministério Público, e não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias. Também veda a intromissão das comunicações entre o suspeito, indiciado ou acusado e seus defensores”.¹⁰⁸ Nesse panorama, contudo, é imperioso ter em consideração a possibilidade de certos profissionais da advocacia empregarem, indevidamente, o múnus público para patrocinar o desvio. Daí, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão não reconhecendo a ilegalidade na realização de escuta ambiental em parlatório de

¹⁰⁶ Exceção feita à Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de SP que, na pessoa do Dr. José Raul Gavião de Almeida, mostrou-se bastante colaborativa, apesar do sistema de estatística do órgão não estar ainda estruturado de modo a transmitir ao público os dados sobre a realidade do abuso de poder praticado por magistrados.

¹⁰⁷ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 43.

¹⁰⁸ *Diário do Congresso Nacional*, 27 de março de 1993, p. 6240. Tratando também da tutela da intimidade, da vida privada e da honra, encontra-se o Projeto de Lei n.º 3349/1997, de iniciativa do Deputado Federal de Pernambuco, Gonzaga Patriota, que veda, sob pena de “abuso de autoridade”, a exposição do indiciado, autuado em flagrante, preso provisoriamente, a participar de ato de divulgação à imprensa, cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 24 de outubro de 1997, p. 33922.

unidade prisional, a fim de se captar diálogo entre advogado e membros de facção criminosa.¹⁰⁹

A despeito da alcunha de cidadã, a Carta Política de 1988 enfrenta obstáculos na concretização de suas democráticas disposições. Seu império e eficácia são vítimas de crise, pois apesar da encorpada estrutura de direitos e garantias, os agentes públicos ainda atuam com mentalidade caudilhesca.

Situações de tal jaez motivaram a apresentação do PL-2082/1989, de iniciativa do Deputado Federal do Rio Grande do Norte, Ney Lopes, em que se atribui à Ordem dos Advogados do Brasil legitimidade processual para intervir na relação processual nos crimes em que se fere a dignidade da pessoa humana.¹¹⁰

Também nesta toada, encontra-se o Projeto de Lei n.º 1668/1996, de iniciativa do Poder Executivo, no qual se busca a reforma do Título XI, do Código Penal, Dos Crimes contra a Administração Pública. Refere-se ao art. 344, “coação no curso do processo”, inserindo uma figura equiparada incriminando-se a “violência contra o direito de defesa”.¹¹¹

Em sentido oposto, verificamos propostas eleitorais de Plano de Governo que desrespeitam a independência e a liberdade do exercício da Advocacia e seu caráter de função essencial da justiça. Um exemplo foi colhido no programa de José Genoíno, candidato a Governador de São Paulo, em 2002, pela Coligação “São Paulo Quer Mudança”, PT/PC do B/ PCB. Ao tratar da Segurança Pública, propôs-se a transformação dos presídios de segurança máxima em *Cárceres Duros*. “As condições dos Cárceres Duros consistirão em celas individuais, impedimentos de contatos entre presos, *rigoroso controle do contato do preso com familiares e advogados através de vigilância eletrônica*.”¹¹² Trata-se de proposta de atuação administrativa eivada pela ilegalidade, pois segundo o inciso III, do art. 7.º, da Lei n.º 8.906/94, é direito do

¹⁰⁹ Assentou-se: “O sigilo das comunicações entre advogados e clientes é inviolável. Todavia, tal garantia não tem o condão de acobertar o suposto emprego espúrio do múnus público para a prática delitiva.” (RHC 26.063/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2012, DJe 02/10/2012).

¹¹⁰ *Diário do Congresso Nacional*, 26 de abril de 1989, p. 2527.

¹¹¹ *Diário da Câmara dos Deputados*, 9 de abril de 1996, p. 08931.

¹¹² *Programa de Governo 2002*, São Paulo, Secretaria Estadual de Comunicação do PT-SP, p. 140, os destaques são nossos.

advogado: “*comunicar-se com seu cliente, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.*”¹¹³

Nos termos da lição de Mir Puig: “O exercício do *ius puniendi* em um Estado democrático não pode violar as garantias próprias do Estado de Direito, isto é, as que giram em torno do *princípio da legalidade.*”¹¹⁴ Neste passo, cumpre lembrar a advertência de Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Daí a frequência do recurso à *guerra ao crime* como expediente de capitalização política sobre o medo e à insegurança e, por isso, de legitimação das formas mais agressivas de poder”.¹¹⁵ O escólio de Miguel Reale Júnior sobre o assunto também cai à fiveleta: “Nos dias atuais, em época eleitoral, com o crescimento da criminalidade, as soluções repressivas ganham foro de verdade absoluta nas propostas dos candidatos, que pretendem trocar votos, em suas propagandas, pela ilusão de segurança, um verdadeiro estelionato para ludibriar o eleitor. De um lado, um candidato a presidente, em debate na Folha de São Paulo, afirma ser a favor dos direitos humanos, mas dos humanos direitos, frase fascistóide que desconstrói qualquer significação dos direitos humanos, ao justificar sejam os ‘não direitos’ destituídos de direitos, passíveis, destarte, de serem atingidos em sua integridade física ou moral, não acobertados, por exemplo, pelo princípio da presunção de inocência.”¹¹⁶

De iniciativa do Poder Executivo também é o Projeto de Lei n.º 2961/1997, que altera dispositivos da Lei n.º 4.898/65. Além de propor a tipificação de novas modalidades de conduta de “abuso de autoridade”, prevê ainda o recrudescimento da pena, que passaria para detenção de seis meses a dois anos.¹¹⁷ O que se traz de mais polêmico neste projeto é o reforço na tutela da vida privada, daí ter sido rotulado de “Lei da Mordaça”. Propõe-se a

¹¹³ Os destaques são nossos.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 37, tradução livre, conforme original: “El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al *principio de legalidad*”.

¹¹⁵ *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 414.

¹¹⁶ Insegurança e tolerância zero, *Boletim do IBCCrim*, Edição Comemorativa de 10 anos, outubro de 2002, p. 9.

¹¹⁷ A pena para a figura típica do “abuso de autoridade”, conforme o art. 6.º, § 3.º, *b*, da Lei n.º 4.898/65 é de detenção de 10 dias a 6 meses.

inserção no art. 4.º, da Lei n.º 4.898/65, da alínea I, com a seguinte redação: “constitui abuso de autoridade manifestar o magistrado, o membro do Ministério Público, o membro do Tribunal de Contas, a autoridade policial ou a autoridade administrativa, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre investigação, inquérito ou processo, ou revelar ou permitir que cheguem ao conhecimento de terceiros fatos ou informações de que tenha ciência em razão do cargo e que violem o interesse público e o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas”.¹¹⁸

Apesar da proposta de reforma legislativa ter sido apresentada com claro objetivo democrático e garantidor, membros do Ministério Público manifestaram-se contrariamente e com indignação.¹¹⁹

O PLS 236/2012,¹²⁰ proposta de elaboração de Código Penal, trouxe a lume um texto que recebeu críticas duríssimas de juristas de primeira grandeza, como Miguel Reale Júnior (SP), René Ariel Dotti (PR) e Juarez Tavares (RJ). Tal proposição redirecionou o tipo do crime de “abuso de autoridade” para o Código Penal, no Título dos Crimes contra a Administração Pública, em seção de um único artigo, de número 271. A pena é aumentada para o intervalo de dois a cinco anos de reclusão. É mantida a previsão de agravante do abuso de poder, no art. 77.

O Poder Legislativo encontra-se motivado à modificação legislativa, contudo, não se concentra num projeto de alteração global e sistemática da tutela penal dos direitos e garantias fundamentais. Perde-se em reformas pontuais ou desfocadas que culminam num aglomerado inchado e desconexo com a disciplina processual; deixa-se de considerar a realidade das Corregedorias e os percalços da jurisprudência.

¹¹⁸ Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 9 de abril de 1997, p. 08875.

¹¹⁹ Aloísio Firmo Guimarães chegou ao ponto de fazer a seguinte exortação: “Espera-se que, diante de tantas inconstitucionalidades, a Câmara dos Deputados não dê seguimento a uma propostas legislativa tão perniciososa aos interesses da sociedade.” Reflexões sobre a proposta de alteração do art. 4.º da Lei nº 4.898/65 (Projeto de Lei nº 2.961/97), *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, Ano 6, nº 72, p. 7.

¹²⁰ Tratado como *Projeto Sarney*, no Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do ano de 2012, a proposição foi objeto de manifesto contrário à sua aprovação, tendo em vista a rapidez na sua elaboração, seis meses, além da apontada existência de falhas dogmáticas e redacionais.

O equívoco decorre provavelmente da supervalorização da política criminal, em detrimento da dogmática penal. Como bem explica Mir Puig, a dogmática não cumpre o mero papel de reprodução e esclarecimento do texto legal. Vai além. Desde o Direito Romano, sempre houve o reconhecimento do papel decisivo dos juristas na função criadora do direito. Mas, com as codificações e a cristalização dos princípios liberais,¹²¹ começou-se a sentir um enrijecimento exegético, contribuindo em muito para o ostracismo da dogmática, especialmente da dogmática penal. Daí a recorrente busca da política criminal, olhando-se sempre a reforma legislativa como se fosse a grande panaceia. Despreza-se, assim, o fato de que, mesmo com uma nova legislação, esta precisará ser objeto de exegese, atendendo-se aos critérios dogmáticos, a fornecer o instrumental lógico para concreção da norma. A interpretação da norma, e sua consequente aplicação ao fato concreto, cumpre a missão criadora do Direito, na qual a letra da lei não oferece mais do que o ponto de partida e o limite máximo da exegese da norma.¹²²

Após a verificação de que o tema não tem passado despercebido ao legislador, vamos nos dirigir à verificação do valor que imanta o tema em foco: o bem jurídico. Diante de tudo quanto pesquisado e da análise que se seguirá, partiremos para a apresentação de proposta de reformulação global de tratamento da matéria.

¹²¹ Devemos obtemperar, contudo, a amplitude do discurso de Mir Puig, pois é justamente no limiar das grandes codificações que o Direito Penal se afigura efetivamente como ciência. O opúsculo de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, data de 1764. Além de Carrara e outros na Itália, a doutrina penal na Alemanha atravessa todo o século XIX, desde Feuerbach, passando por Kant e Hegel, com marcante desenvolvimento dogmático que, sem dúvida, traduziu-se em dividendos científicos de significativo valor. Já no século XX, não se pode deixar de salientar o Tecnicismo Jurídico, cuja fundação deveu-se a Arturo Rocco em sua famosa preleção de Sassari; e que contou, numa segunda fase, com juristas do porte de Maggiore, Bettiol, Petrocelli e Battaglini, cf. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. I, t. I, p. 80, 93, 116 e 120.

¹²² Conforme *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 12-26.

2.4 IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE ABUSO DE PODER E A PRIMEIRA ETAPA DA PROPOSTA DE *LEGE FEREDENDA*

A doutrina penal mais avançada, praticamente em coro, tem no bem jurídico¹²³ o critério norteador do trabalho de construção legislativa de incriminação dos comportamentos. Presta-se, ainda, à operacionalização do Direito Penal, para o fim de identificação e aferição da relevância penal dos fatos concretos da realidade.¹²⁴

A teoria Teleológico-Funcional Racional apresenta, como pilar para a incriminação, a ideia de que a intervenção estatal apenas se legitima quando dirigida para tutela de bens jurídicos com *status* penal (com respeito, pois, ao princípio da subsidiariedade), e que tal intervenção deve-se adequar

¹²³ David Teixeira de Azevedo ensina que “com Honig (*Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, passim*) e os desenvolvimentos posteriores de Schwinge e Mezger (cf. Antolisei, “Il reato come offesa di un bene giuridico”, in *Problemi penali odierni*”, p. 67) ganha a doutrina do bem jurídico a dignidade de centro metodológico do direito penal.” *Dosimetria da pena*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 31-32). Já Antonio Luís Chaves Camargo ressalta a importância de Birbaum na conceituação do bem jurídico “que determinou uma modificação nos estudos do Direito Penal, até nossos dias, evoluindo seu conceito de acordo com a influência filosófico-jurídica de cada época”, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo, Cultural Paulista, 2001, p. 23. Em sentido contrário, “Günther Jakobs, *Strafrecht...*, § 2/3 *et seq.*, que rechaça a ideia de bem jurídico, considerando que a missão do direito penal está em proteger a validade das normas. Em ‘Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de derecho penal*. Trad. Peñaranda Ramos. Madrid : Civitas, 1997, p. 293 *et seq.* tenta Jakobs demonstrar que o conceito de bem jurídico nada tem de liberal, o que porém não convence, se nos lembrarmos da época em que se descartou tal conceito. Esta concepção de Jakobs permanece minoritária entre os funcionistas.” *Apud* Luís Greco, *op. cit.*, p. 132. Acentua Bustos Ramires que Jakobs, “un discípulo de Welzel no solo mediatiza el bien jurídico, sino que le niega desde una perspectiva funcionalista sistemática de la norma, esto es, el bien jurídico penal reside en la garantía de las *expectativas* que el funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente, no admite condicionamiento y que en consecuencia en caso de que tales expectativas se vean incumplidas, ellas no seran en modo alguno defraudadas.” E conclui a abordagem sobre o pensamento de Jakobs, para quem: “Lo importante ya no son los bienes jurídicos, sino que lo es el sistema y por ello lo transcendente no es la *affección* de un bien jurídico, sino la *desconsideración* con el sistema, la falta de respeto: las personas no importan, solo lo sistema.” *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1994, p. 27.

¹²⁴ Figueiredo Dias, ao tratar do conceito material de crime informa que, neste mister, é indispensável a pesquisa da fonte de legitimação da intervenção estatal; lembra a ideia da violação de sentimentos comuns à consciência coletiva de Durkheim. Busca em Garófalo a dicotomia dos *delicta in se*, em que as condutas são axiologicamente relevantes, porque lhes preexiste uma valoração negativa do ponto de vista moral ou cultural; e dos *delicta mere prohibita*, cujo comportamento é constituído em ilícito somente pela sua proibição pela lei, uma vez que as condutas são consideradas axiologicamente neutras. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, São Paulo, RT, 1999, p. 57-58.

constitucionalmente.¹²⁵ Para Santiago Mir Puig: “O Direito penal de um Estado social e democrático de direito deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, tendendo à prevenção de delitos (Estado social), entendidos como aqueles comportamentos que os cidadãos estimem danosos para seus bens jurídicos – ‘bens’ não num sentido naturalista nem ético-individual, mas como possibilidades de participação nos sistemas sociais fundamentais–, e na medida em que os mesmos cidadãos considerem graves tais fatos (Estado democrático).”¹²⁶

A seu turno, Zaffaroni entende que a coexistência social será harmônica quando se assegure a previsibilidade do comportamento alheio, na certeza de que o outro deverá respeitar os entes que se considerem necessários para que o homem se realize em sociedade, que é a única forma em que pode se realizar. Estes entes são, pois, os bens jurídicos.¹²⁷

Amparado em Navarrete, David Teixeira de Azevedo esclarece que “se bem é tudo o que tem valor para o homem ou para a sociedade, pois apto e útil a satisfazer uma necessidade, o bem jurídico constitui-se no objeto concreto da tutela que encarna esse valor e coagula esse interesse no âmbito do ordenamento jurídico”.¹²⁸

Conforme já adiantado no item 1.1, o abuso de poder se manifesta quando o agente público se dissocia de modo flagrante, ou ardilosamente, do cumprimento de sua função, que é a promoção do interesse público. Este, ante o caráter fragmentário do Direito Penal, para os fins da análise do crime de

¹²⁵ Assim, Figueiredo Dias, *Op. cit.*, p. 62.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 35, tradução livre, conforme o original: “El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos – ‘bienes’ no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales –, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático).”

¹²⁷ *Manual de derecho penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 1977, p. 28.*

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 32. Bettiol, após tratar da jurisprudência dos conceitos e da jurisprudência dos interesses, adentra à jurisprudência dos valores, assinalando que “este valor também pode ser denominado *bem jurídico*, e constitui o critério decisivo de escolha para a construção do conceito *individual penal*. Primeira tarefa, portanto, da ciência jurídica penal é a elaboração de conceitos ‘individuais’, quer dizer, de conceitos deduzidos nas *figuras particulares de crime* sem as quais seria impossível qualquer elaboração de categorias superiores.” *Direito Penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, RT, 1977, v. I, p. 91.

abuso de poder, vincula-se aos bens jurídicos referentes¹²⁹ aos direitos e garantias fundamentais. Esta ideia é corroborada pela simples leitura dos seguintes artigos da Lei n.º 4.898/65:

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. *(Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)*

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 o 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

¹²⁹ Utilizamos a expressão “referentes” aos direitos e garantias fundamentais em atenção à formulação de Birnbaum de que “los derechos como tales no son los que reciben una lesión, que los derechos subjetivos de una persona siempre se mantienen, que lo que se lesiona desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas son determinados bienes, como la vida, la salud, el honor, que reciben una protección jurídica. Se trata de bienes que le han sido dados al hombre por la naturaleza, o bien, de bienes que son el resultado del desarrollo social y de la sociedad civil. En primer caso se trata de bienes naturales y, en el segundo, de bienes sociales”, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, t. 1, 2.ª parte (1834), p. 149-194, *apud* Bustos Ramíres, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, p. 106.

ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

...

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

Assim também se depreende do texto dos arts. 322 e 350 do Código Penal:

Violência arbitrária

Art. 322 - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

Exercício arbitrário ou abuso de poder

Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

A análise dos valores albergados em tais tipificações deve partir obviamente da sua natureza constitucional. Pérez Luño proclama que os direitos fundamentais constituem “um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”,

viabilizando-se “o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas”.¹³⁰ A diferença que se estabelece entre o que são direitos e o que são garantias fundamentais, classicamente baseada em que os primeiros são *declaratórios* e, as segundas, *assecuratórias*, hodiernamente, encontra-se relativizada, “porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.¹³¹

Contudo, de acordo com a disciplina legal atual da criminalidade do abuso de poder, a correção do exercício da função pública é tutelada de modo imediato. Nelson Hungria adentrou na questão, mas não tomou posição categoricamente: “Os fatos de que cuidam o art. 350 e seu parágr. único, a que corresponde a rubrica ‘exercício arbitrário ou abuso de poder’, representam, na sua quase totalidade, atentados ou ofensas, por parte da autoridade ou seus agentes, à liberdade pessoal, sob o aspecto de liberdade de locomoção ou direito de ir e vir (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*). O que em tais dispositivos se depara é o apoio que a lei, com a reforçada sanção penal, presta ao princípio que, remontando à *Magna Charta* outorgada por João Sem Terra em 1215 (*nullo liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi per legalem iudicium vel per legem terrae*), é consagrado pela nossa Constituição nestes termos: ‘Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.’”¹³² Essa orientação encontra eco, inclusive legislativo, nos Códigos Penais peruano e chileno, nos quais condutas, aqui, previstas como crimes de abuso de poder (contra a Administração Pública), lá, são tipificadas como crimes contra a pessoa.

Essa tendência já fora antecipada por Ivette Senise Ferreira ao ensinar que “entre os esforços que se materializam na área penal para uma ampliação da tutela legal com relação aos direitos da personalidade podemos citar como iniciativa pioneira o dispositivo do art. 161 do Anteprojeto de novo Código Penal

¹³⁰ El proceso de positivación de los derechos fundamentales, *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 188.

¹³¹ Cf. José Afonso da Silva, *Op. cit.*, 189.

¹³² *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. IX, p. 506. Por outro lado, entendendo tratar-se apenas de tutela da Administração, conferir: René Dotti, *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 522; Guilherme Nucci, *Código Penal comentado*, São Paulo, RT, 2000, p. 886; Damásio de Jesus, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, v. 4, p. 304.

apresentado por Nelson Hungria em 1963, que dispunha da captação indevida da conversação privada mediante processo técnico.”¹³³

Assim, os bens jurídicos ligados diretamente à pessoa, como a liberdade, em sua multifária manifestação, a integridade física e psicológica, as garantias assecuratórias desses direitos como, por exemplo, o exercício da ampla defesa e do contraditório, constituem expressão de direitos e garantias fundamentais a serem tutelados contra toda forma de abuso, seja por ação ou omissão.

A identificação do objeto de proteção, portanto, há de levar em consideração o valor encarnado ao bem, sua magnitude e ressonância social e constitucional. Assim, devemos investigar sobre a conveniência, oportunidade e correção dogmática e político-criminal de comparecerem tais bens jurídicos dentre aqueles cuja tutela se efetiva por meio dos crimes contra a Administração Pública e, não, no capítulo destinado aos crimes contra a pessoa. Essa inversão, a um só tempo, toma a qualidade do sujeito ativo e o modo de execução, no exercício da função, como se fora o valor maior a ser tutelado, legando o verdadeiro e relevante objeto (atributos da pessoa humana e da cidadania) a posição secundária.

Alberto Gargani, ao estudar a visão de Carrara sobre o *abuso innominato di autorità*, é enfático ao esclarecer que historicamente a origem de tal criminalidade se deveu à necessidade de bem proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.¹³⁴

Ganha ainda força a ideia de que os bens jurídicos tutelados referem-se aos direitos e garantias fundamentais, quando contemplada a “Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade de Abuso de Poder”, aprovada na 96.ª Seção Plenária da Organização das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, em Milão:

¹³³ A intimidade e o Direito Penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v.2, n.5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

¹³⁴ “L’abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara”, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, 1998, p. 1243.

B. Vítimas de abuso de poder

*18. Entendem-se por 'vítimas' as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou omissões que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos do homem.*¹³⁵

A fim de se viabilizar a proposta de alteração legislativa a ser enunciada neste trabalho, é necessário operar uma modificação de cunho sistemático, que contribuirá para minimizar toda a problemática decorrente da concreta aplicação das normas de regência. Não haverá mais a celeuma acerca de possível concurso de crimes,¹³⁶ ou de eventual absorção,¹³⁷ diante da pena do *crime mais grave*. Os Tribunais chegam à conclusão, não raras vezes falaciosa, de que o crime mais grave é aquele que possui a pena mais rigorosa. Infelizmente, o nosso sistema punitivo não alcançou este grau de precisão. É patente, por exemplo, a aporia decorrente do cotejo entre os crimes de furto e de dano.¹³⁸ No primeiro, há mera subtração da coisa alheia móvel, subsistindo claramente a possibilidade de recomposição do patrimônio. Contudo, na segunda infração penal, o bem é destruído, pelo menos em uma de suas modalidades. E, por odioso preconceito legislativo, tem-se pena bem mais alta para o crime que afeta menos o bem jurídico.¹³⁹

Os Tribunais equivocam-se na utilização dos critérios de solução de concurso aparente de normas. Somente se pode falar em consunção, por exemplo, quando se tratar de crimes com idêntico bem jurídico tutelado, numa progressividade de lesão. Todo o mais não se refere a critério lógico-jurídico da dogmática penal, mas sim com a política criminal.

¹³⁵ Consultar pela internet no site do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República de Portugal, <http://www.gddc.pt/direitos-humanos>.

¹³⁶ *RT*, 393:298, 404:297; *JUTACRIM*, 6:33, 11:248, 15:35, 18:185, 25:372, 45:196, 46:347.

¹³⁷ *RT*, 405:310; 10:113.

¹³⁸ Exemplo apresentado nas aulas de Temas Fundamentais de Direito Penal, disciplina ministrada no curso de graduação da Faculdade de Direito da USP, pelo Professor David Teixeira de Azevedo.

¹³⁹ A pena do furto simples é de reclusão de um a cinco anos, e multa (Código Penal, art. 155); já a pena do dano é de detenção de um a seis meses, ou multa (Código Penal, art. 163).

Se o valor matricial, referência para todos os demais, é a dignidade da pessoa humana¹⁴⁰, direta e gravemente lesada pelo abuso de poder, a utilização indevida da função pública é o meio de execução e, não, o contrário: violação de bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, prestando-se para atingir os deveres e a regularidade da Administração. Divergimos, pois, de Magalhães Noronha. O Professor da Universidade Mackenzie, a princípio, reconheceu: “O conteúdo das infrações integrantes do art. 350 é a liberdade individual ou a liberdade de locomoção.” Mas, advertiu que “nem todas as incriminações do art. 350 são violações a esse bem jurídico”, “que não é a liberdade pessoal que se tutela em si, mas antes a função do desenvolvimento normal da atividade judiciária. É ainda essa a objetividade jurídica prevalente: a atuação da justiça em relação à liberdade da pessoa. As ofensas a ela não só atingem o indivíduo, mas também a justiça em sua entidade e prestígio.”¹⁴¹

O equívoco posicionamento da doutrina em geral, e de Magalhães Noronha em particular, com a alocação do crime de abuso de poder no Capítulo dos crimes praticados pelo funcionário público contra a Administração, relaciona-se ao tratamento assistemático conferido à matéria no Código Penal. Além do quê, quando os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais são violados, ainda mais por agente do Estado, as consequências jurídicas à pessoa são exponenciais.

¹⁴⁰ A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1.º, inciso III). Segundo a lição de José Afonso da Silva: “*Dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-lo para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’ (Constituição da República Portuguesa anotada, p. 58 e 59).” *Curso de Direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 109. Santiago Mir Puig acrescenta mais um elemento sobre o princípio do respeito à dignidade humana, conforme se depreende do seguinte trecho: “Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse obra suya en cuanto ser racional, se respeta la dignidad humana”, *Op. cit.*, p. 175.

¹⁴¹ *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 403-404.

É importante sublinhar, inclusive, a função seletiva e hierarquizante que a disposição dos bens jurídicos exerce na codificação. Ao se tentar, no crime de abuso de poder, erigir o bem jurídico “prestígio da Administração” acima dos bens jurídicos referentes aos “direitos e garantias fundamentais”, há um retrocesso ao período em que se reprimia, antes de mais nada, os crimes de lesa-majestade¹⁴².

Com o advento da Lei n.º 4.898/65, objetivou-se corrigir tais distorções, outro não sendo o registro do autor do anteprojeto: “o objetivo que nos anima é o de complementar a Constituição para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em muitos Municípios brasileiros”.¹⁴³

A solução sistemática que propomos implica a reorganização do tratamento da matéria, à luz dos bens jurídicos, os quais melhor se situam no Título dos Crimes contra a Pessoa, em um Capítulo que poderia ser nominado como dos Crimes contra os Bens Jurídicos referentes aos Direitos e Garantias Fundamentais.¹⁴⁴

No Capítulo que se propõe, constam as seguintes Seções:

- a) Dos Crimes contra a Vida;
- b) Dos Crimes contra a Incolumidade Física;

¹⁴² Neste trilha ensinou Mir Puig: “Es cierto que en épocas anteriores el poder político otorgó la máxima protección penal a valores estatales y religiosos, pero también es evidente que ello responde a concepciones superadas en nuestro ámbito de cultura, concepciones que no decidían el contenido del Derecho penal con arreglo al criterio de los intereses fundamentales de la sociedad.” *Op. cit.*, p. 164.

¹⁴³ *Diário do Congresso Nacional*, 10 de outubro de 1957, p. 8148. Rui Stocco, em certo sentido, trilha no mesmo norte do ora propugnado: “Os delitos previstos na lei em estudo [n.º 4.898/65] possuem dupla objetividade jurídica: 1.ª) *Objetividade jurídica mediata*: é o interesse ao normal funcionamento da Administração Pública em sentido amplo, no que se refere à conveniência da garantia do exercício da função pública sem abuso da autoridade; 2.ª) *Objetividade jurídica imediata*: proteger as garantias individuais estatuídas pela Constituição Federal.” Todavia, o ilustre Magistrado parece confundir-se ao tratar dos sujeitos do delito: “Há dupla subjetividade passiva: *Sujeito passivo imediato*: É o Estado, titular da administração pública; *Sujeito passivo mediato*: É o cidadão, titular da garantia constitucional lesada ou molestada.” (*Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 1997, p. 19).

¹⁴⁴ Interessante lembrar com Luiz Regis Prado que: No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) optou pela enumeração casuística de hipóteses configuradoras de abuso de poder por parte da autoridade pública (Parte III, Título – Dos crimes contra a liberdade individual) (*Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, v. 4, 2006, p. 687), ou seja, dentre os crimes praticados contra a pessoa.

- c) Dos Crimes contra a Liberdade de Locomoção¹⁴⁵;
- d) Dos Crimes contra a Liberdade de Expressão;
- e) Dos Crimes contra a Liberdade de Associação e Reunião;
- f) Dos Crimes contra a Liberdade Sexual¹⁴⁶;
- g) Dos Crimes contra a Liberdade do Exercício Profissional¹⁴⁷;
- h) Dos Crimes contra a Liberdade de Consciência e Crença;
- i) Dos Crimes contra o Direito de Voto;
- j) Dos Crimes contra a Inviolabilidade do Domicílio;
- k) Dos Crimes contra a Intimidade¹⁴⁸; e,
- l) Dos Crimes contra a Honra.

A disciplina do abuso de poder, viabilizada por meio de causa de aumento de pena, encontraria seu tratamento na Parte Geral do Código Penal. Assim, deixaríamos de tratar o abuso de poder como crime, autonomamente. Pesquisando as maneiras pelas quais se expressa essa incriminação em nosso ordenamento jurídico, notamos que a intenção do legislador sempre foi tutelar os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais. Estando

¹⁴⁵ Aqui deve ser tratado o crime de detenção e diligência ilegais. Também nesta seção deve ser disciplinado o crime de tortura, considerado no Código Penal Português como crime contra a humanidade; sua inserção nesta seção se justifica, apesar de sua pluriofensividade, pela proximidade com o constrangimento ilegal. Deve-se ter presente que a tortura possui a mesma raiz incriminadora das figuras típicas de abuso de poder, pois atrelado no mais das vezes à colheita ilícita de prova mediante sofrimento físico ou moral, como positivado nos §§ 343 e ss. do Código Penal alemão.

¹⁴⁶ Afastamos o inadequado Título dos Crimes contra os Costumes, como veio a ser efetivado pela Lei 12.015/09. Com a proposta também se possibilita a correção do tratamento da infeliz tipificação do assédio sexual, inserido no nosso costurado, e quase transfigurado Código Penal, no art. 216-A, incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. A temática referente à mudança no tratamento dos crimes sexuais já foi abordada por Figueiredo Dias e Costa Andrade: “As alterações registradas na figura da violação não deixam aliás de exprimir as profundas transformações operadas a nível das concepções na matéria de práticas sexuais e que ficaram – como já ficou assinalado – a considerar a liberdade e autenticidade da expressão sexual como único valor digno e carecido de tutela jurídico-criminal. Com reflexos evidentes a nível da própria linguagem, onde expressões como *crimes sexuais* ou *crimes contra a autodeterminação sexual* substituíram as fórmulas tradicionais de *crimes contra os bons costumes*, *contra a honestidade* ou equivalentes.” *Criminologia, o homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 438.

¹⁴⁷ Tutela diferente daquela decorrente dos tipos protetores de direitos trabalhistas, aqui se agasalha o exercício independente de categorias profissionais como o advogado e o jornalista.

¹⁴⁸ Aqui inserido o sigilo das comunicações.

este conjunto de bens jurídicos protegido em específico capítulo do Título dos Crimes contra a Pessoa, remete-se o tratamento do abuso de poder com *status* penal para a Parte Geral do Código Penal, cumprindo a função de majorante.

O instituto *causa de aumento de pena* presta-se ao papel de modalizador sancionatório, quando há, na ação, mais intensa violação do bem jurídico. A hipótese de incremento punitivo por meio de causa de aumento de pena relativa à maior culpabilidade é mais rara. Assim, ensina David Teixeira de Azevedo: “as causas de aumento e de diminuição identificam-se com as circunstâncias objetivas, ligadas ao tipo penal em seu aspecto descritivo e normativo e à antijuridicidade em seu âmbito objetivo. (...) “o aumento ou diminuição de pena, segundo as escalas previstas nas causas a ela relativas, ordinariamente, não reflete a maior ou menor reprovabilidade do agente, mas busca melhor tutelar o bem jurídico e satisfazer parte das finalidades preventivas da sanção jurídica, já na determinação legislativa da reprimenda.”¹⁴⁹

Quando há abuso de poder, a particular condição do agente e o modo de execução específica (violência, ameaça ou dissimulação), verifica-se um cenário mais propenso à violação dos bens jurídicos. Temos, portanto, campo apropriado para a criação de causa de aumento de pena.

Por outro lado, quando, nas circunstâncias, a conduta do agente público não alcançar o *status* de relevância penal, a sua ação deverá ser tratada como mero ilícito administrativo; ou poderá encaixar-se em alguma daquelas espécies consideradas como *abuso de poder nominado*,¹⁵⁰ tutelando-se aqui, sim, de forma imediata o prestígio e a correção da Administração Pública.

Diante da reformulação, ora sugerida, que culminará numa legislação mais enxuta e racional, dada a necessidade de tutela efetiva dos bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, mesmo o jurista penal de orientação minimalista,¹⁵¹ por mais ortodoxo, não se oporia, pois haverá um

¹⁴⁹ *Dosimetria*, p. 80-81.

¹⁵⁰ Ver nota 76.

¹⁵¹ René Dotti assevera que “a defesa do *princípio da intervenção mínima*, que identifica o chamado *Direito Penal mínimo*, constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema punitivo, depurando-o da

Título dos Crimes contra a Pessoa mais extenso, contudo, com uma tutela uniformizada sobre bens jurídicos que, atualmente, encontra-se esparramada pelo ordenamento levando a diversos equívocos.

Ao finalizamos este Capítulo, propomos a transferência dos tipos de abuso de poder (arts. 322 e 350 do Código Penal, Lei n.º 4.898/65 e Lei de Tortura) para modelos punitivos a serem distribuídos em Seções do Capítulo dos Crimes contra os Bens Jurídicos referentes aos Direitos e Garantias Fundamentais, a ser inserido no Título dos Crimes contra a Pessoa. Remanesce, então, conforme a nossa sugestão, a hipótese do abuso de poder apenas como causa de aumento de pena, a ser prevista na Parte Geral do Código Penal.

Não queremos, com estas ideias, diminuir a relevância da conduta consistente no abuso de poder, ou deixar de conferir-lhe magnitude no cenário de violação de bens jurídicos. Trata-se apenas de rever o que hoje se tutela por meio da legislação ligada ao tema e divisar quais são os bens objeto de proteção. Cumprida esta tarefa, apuramos que tais valores precisam ser normatizados de maneira contextualizada, na defesa dos atributos da pessoa. Na sequência, será particularizada a maneira pela qual deve ser elaborada, segundo pensamos, a majorante relativa ao abuso.

3 O ABUSO DE PODER COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Recebendo os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais tratamento num Capítulo próprio no Título dos Crimes contra a Pessoa, havendo aí também a incriminação da tortura, o excesso de poder e o desvio de finalidade com *status* penal terão a disciplina remetida para a Parte Geral do Código Penal, sob a roupagem jurídica de majorante.

No cumprimento de suas funções, o agente público dispõe de prerrogativas, o que leva os administrados a encontrarem-se numa posição de

sujeição. Logo, os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, na relação agente público-cidadão, encontram-se numa situação de maior vulnerabilidade. Aníbal Bruno, ao tratar do abuso de poder como circunstância agravante, lembra que o contexto revela “o enfraquecimento da defesa, sobretudo pela confiança da vítima diante do prestígio da posição do agente.”¹⁵² Nessa linha, Mir Puig salienta que a inserção de sujeito ativo especial no tipo, em situações como a ora tratada, sem dúvida condicionam a gravidade objetiva da ação.¹⁵³ E, conclui: os poderes especiais do sujeito, como suas características pessoais e seu plano de execução, condicionam a valoração da conduta.¹⁵⁴

Contudo, não podemos desprezar que o agente público, valendo-se desta condição, ao investir contra os bens jurídicos, além de deter maior capacidade de lesioná-los, revela, simultaneamente, comportamento dotado de mais robusta reprovabilidade. E, como bem lembra Jescheck, o conteúdo do injusto e a culpabilidade, fatores fundamentais na determinação da pena, não estão totalmente desvinculados.¹⁵⁵

Todavia, segundo o posicionamento de Mir Puig, a culpabilidade não pode ser entendida como juízo de reprovabilidade, mas como um juízo de atribuição. Ou seja, culpável é o agente que praticou o fato injusto quando tinha condições, nas circunstâncias, de praticar o ato, ou seja, não havia nenhuma anormalidade psíquica ou motora que inviabilizasse a vinculação da prática do ato injusto ao agente. Afirma, ainda, o mesmo autor que não se poderia falar em uma acepção ética de culpabilidade que remontaria à arcaica e indemonstrável ideia de livre-arbítrio, que remanesceria, de certa maneira, no conceito de exigibilidade de conduta diversa.¹⁵⁶

¹⁵² *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1962, vol. I, t. III, p. 127

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 196.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 197.

¹⁵⁵ *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1978, p. 1207.

¹⁵⁶ Para Mir Puig: “La doctrina jurídico-penal há ido, por outra parte, cargando de contenido metafísico y moralizante el concepto de culpabilidad. Hoy es frecuente entender que ésta supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico, por hacerlo cometido cuando *podía haber obrado de outro modo*. La culpabilidad supone, así concebida, la *libertad de voluntad o libre albedrío*.” *Op. cit.*, p. 173-174. E, mais adiante, assevera que “la culpabilidad no indica la *cuantía de la gravedad del mal* que debe servir de base para la graduación de la pena. Dicha cuantía viene determinada por la *gravedad del hecho antijurídico* del cual se culpa al sujeto.” *Op. cit.*, p. 179. E, categoricamente se insurge o mesmo autor contra a posição

Assim, apesar de divergirem quanto ao conteúdo do conceito dogmático de culpabilidade, tanto para o magistério de Miguel Reale Júnior,¹⁵⁷ em sintonia com Jescheck, quanto para o de Santiago Mir Puig, a criação da causa de aumento de pena mostra-se adequada; pois, o que se tem em mira é um acréscimo de proteção demonstrável concretamente. A aferição do nível de reprovabilidade ínsita à conduta deverá ocorrer quando da fixação da pena-base.

A proposta de inserção da causa de aumento de pena na Parte Geral cumpre duas funções. Primeiro, marca a concomitante alteração na Parte Especial, com a criação do Capítulo dos Crimes contra os Bens Jurídicos referentes aos Direitos e Garantias Fundamentais. Segundo, dela deve resultar, necessariamente, a revogação da circunstância agravante referente ao abuso de poder, inserta na alínea *g*, do inciso II, do art. 61 do Código Penal. Segundo David Teixeira de Azevedo, as circunstâncias agravantes, diferentemente das majorantes, devem ser destinadas ao acréscimo punitivo decorrente de uma maior culpabilidade. Entretanto, muitas circunstâncias agravantes congregam, segundo a ótica do Professor da USP, além de maior proteção ao bem jurídico, também indicam situação de mais acentuada carga de reprovabilidade. Essa atecnia pode gerar sérias distorções na dosimetria da pena, como dupla valoração de aspectos do injusto ou da culpabilidade.¹⁵⁸

Como já afirmado, o abuso de poder, funcionando como causa de aumento de pena, prestar-se-á como proteção adicional ao bem jurídico. Logo, em vez da opção pelo instituto da circunstância agravante, como se deu na

dominante sobre a natureza da culpabilidade: “La concepción contrária sólo puede ser admitida por quien acepte que la pena no se impone para prevenir hechos lesivos, sino como rebución de la *actitud interna* que el hecho refleja en el sujeto.” *Idem*. E conclui: “En nuestra concepción, en cambio, la medida de la pena no puede basarse en la culpabilidad, pura atribubilidad, sino en outro principio: el de *proporcionalidad* de la pena com el delito.” *Ibidem*.

¹⁵⁷ Ensina o professor paulista que a culpabilidade não figura apenas como fundamento da pena, mas também como seu limite. Nesta última vertente, comparece no art. 59 do Código Penal como critério modalizador da primeira fase da individualização da resposta punitiva. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. I, p. 186.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 57 e ss.

reforma penal de 1984, que manteve o sistema de 1940, é de se preferir a roupagem jurídica da majorante.¹⁵⁹

É interessante lembrar que, quando o legislador pátrio definiu o crime de genocídio, foi criada uma causa de aumento de pena que vem em abono à sugestão ora apresentada. Consta da Lei n.º. 2.889, de 1.º de outubro de 1956, em seu art. 4.º que: “A pena será agravada de um terço, no caso dos arts. 1.º, 2.º e 3.º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público”. Apesar da menção a *agravação*, obviamente de agravante não se trata, mas, antes, de majorante, por fornecer o percentual a ser acrescido na fixação da reprimenda.

À semelhança do tratamento da matéria dispensado no Código Penal português, que assegura de modo mais efetivo e pormenorizado a tutela do bem jurídico, sugerimos na formulação da causa de aumento de pena a discriminação das duas modalidades de abuso: excesso de poder e desvio de finalidade.

3.1 O CARÁTER BIFRONTE DA CAUSA DE AUMENTO

Sugerimos que a causa de aumento de pena adentre no ordenamento jurídico abarcando uma hipótese normalmente não disciplinada.

Normalmente, o abuso de poder é proibido tendo em conta a prática do desvio de finalidade ou do excesso de poder, *no exercício do cargo*. Propomos um passo além, conferindo-se acréscimo punitivo também para aquelas condutas praticadas fora do exercício do cargo, mas em razão dele. Assim, busca-se reforçar o respeito dos agentes públicos pelos cânones constitucionais, conferindo-se mais robusta proteção aos bens jurídicos. Cremos que, desta maneira, haverá maior estímulo para se prestigiar princípios constitucionais, como o da impessoalidade, em situações tais em que o detentor de cargo público, lançando mão da importância de suas funções e prerrogativas, viola mais facilmente bens jurídicos, praticando claramente

¹⁵⁹ Nem no Código Criminal do Império, 1830, nem no primeiro Código Penal da República, 1890, havia previsão do abuso de poder como circunstância agravante ou como causa de aumento de pena.

excesso de poder, transpondo os limites da competência legalmente determinada.

Para ultimar a primeira parte deste trabalho, a funcionar como reforço argumentativo, no próximo capítulo, proceder-se ao cotejo entre o instituto do estrito cumprimento do dever legal e o abuso de poder.

4 O CRIME DE ABUSO DE PODER E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Para robustecer ainda mais as considerações apresentadas sobre os bens jurídicos, neste capítulo será analisada a causa de exclusão de ilicitude *estrito cumprimento do dever legal*. Trata-se de tema da teoria do delito estreitamente ligado à criminalidade afeta ao abuso de poder.

Cuida-se de um terreno limítrofe no qual se suscitam não só questionamentos de ordem dogmática, mas, também, de cunho criminológicos e de política criminal. A sociedade, ressentida pelo impacto da prática de um crime, desencadeia como que uma demanda de resposta penal, possuindo as instâncias formais de controle um perfil, mais ou menos rigoroso, ao sabor de tais demandas.¹⁶⁰ Esse aspecto é bem apresentado por Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Qual, em síntese, o espaço de tolerância que uma ordem social comporta? Trata-se, como facilmente se intui, de questões que ganham cada vez maior acuidade na sociedade contemporânea, caracterizada por duas tendências contraditórias, que fazem crise no problema de ordem, do controlo e do comportamento desviante: por um lado, a tendência para a institucionalização crescente do comportamento e para a dissolução progressiva da individualidade pessoal na máscara dos papéis sociais; por outro lado, porém, assiste-se à pluralização social, cultural e moral da

¹⁶⁰ Tais demandas normalmente são catalisadas pela imprensa de sensação e por setores econômicos que lucram com a disseminação da insegurança, como bem ilustrado pelo documentário do norte-americano, Michael Moore, *Tiros em Columbine (Bowling for Columbine)*, Estados Unidos da América, 2002.

sociedade e, conseqüentemente, à disseminação do ‘espírito de heresia’ e ao aumento das tensões que reclamam mais tolerância e menos ordem.”¹⁶¹

A atuação do Estado, na área penal, tem como meta, conforme a dicção do art. 59 do Código Penal, a prevenção e repressão de delitos. Contudo, sob pena de se degenerar em mero punitivismo estéril, não é possível perder de vista os cânones constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal) e da presunção de inocência, ou da desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Logo, cumpre à Polícia, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a missão de lidar com a vítima e o suspeito, dispensando-lhes todo o respeito que a condição humana lhes confere. Dadas as características inóspitas imanentes ao cenário da persecução penal, policial e judicial, cabe a todos os agentes públicos assegurar-lhes condições para o exercício de seus direitos e garantias. Daí constar da formulação da causa que exclui a antijuridicidade do comportamento do agente público, o termo *estrito*, não bastando, pois, o *mero* cumprimento do dever legal.

Como bem ensinou Miguel Reale Júnior, na tese que lhe assegurou a cadeira de Professor Titular da Faculdade de Direito da USP,¹⁶² os institutos da Parte Geral também possuem tipicidade. Logo, para que se efetive um devido tratamento da temática do abuso de poder, é necessário sempre ter presente quais são as elementares típicas do estrito cumprimento do dever legal.

Com o fim de evitar o uso indiscriminado da discriminante, Hungria advertiu: “para que o exercício de direito ou o cumprimento do dever legal (dever oriundo diretamente de *ordem da lei*) discriminem o fato, é necessário que obedeçam, rigorosamente, às condições objetivas a que estão subordinadas. Todo direito, como todo dever, é limitado ou regulado na sua

¹⁶¹ *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 247-248.

¹⁶² *Parte Geral e tipicidade*, São Paulo, USP, 1986.

execução. Fora dos limites traçados na lei, o que se apresenta é o *abuso de direito* ou o *excesso de poder*.”¹⁶³

Entre o estrito cumprimento do dever legal e o abuso de poder existe uma tênue linha divisória. Caso atue o agente público com excesso doloso, o seu comportamento será subsumido a alguma das figuras da atual criminalidade do abuso de poder.

Ricardo Antunes Andreucci¹⁶⁴ observa que o estrito cumprimento do dever legal normalmente é sucedido por legítima defesa. Contudo, o agente público, pela sua condição e pelas circunstâncias em que surgiu a agressão, tem de reagir, obviamente, com maior prudência.

A causa de exclusão de antijuridicidade deve ser apreciada de maneira hermética. Trazendo à baila o disposto no art. 293 do Código de Processo Penal, sobre os meios necessários para a execução do mandado de prisão, verificamos, pois, os limites bem delineados para a aplicação da justificação. Assevera ainda Andreucci a proximidade do estrito cumprimento do dever legal com o poder de polícia; sendo que este confere o âmbito de atuação funcional do agente público.

Na divergência entre Hungria, que entende que se deve ater ao critério objetivo da antijuridicidade, e Cunha Luna, que vislumbra a ideia de se considerar o aspecto subjetivo, Andreucci comunga com o segundo, tendo em vista a necessidade de se apurar o caráter intrínseco da arbitrariedade.

E conclui Andreucci proclamando que “os direitos humanos configuram o limite último do estrito cumprimento do dever legal”, e que “nenhuma outra causa de exclusão de ilicitude do Código Penal encontra sua razão de ser no valor dos direitos fundamentais do homem.”¹⁶⁵

Entrosando essa conclusão, segue Andreucci: “Procura-se, sempre, a responsabilidade pessoal do executor, como forma de coibir o abuso de poder”.

¹⁶³ *Comentários*, vol. 1, t. 2.º, p. 307.

¹⁶⁴ Violência e estrito cumprimento do dever legal, *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXVI, 2.º semestre de 1975.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁶ Fica evidente e deveras robustecida, portanto, a ideia, ora defendida, de que os bens jurídicos tutelados na atual criminalidade do abuso de poder referem-se aos direitos e garantias fundamentais, urgindo, pois, a reforma legislativa proposta, sistematizando-se sua tipificação.

II – ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL E DE CRIMINOLOGIA

Após a pesquisa dogmática sobre os bens jurídicos objeto de tutela na criminalidade do abuso de poder, e sobre a devida disposição tópica da matéria, a seguir serão abordados alguns aspectos relevantes sobre o tema, à luz de graves questões de política criminal e de criminologia.

A abordagem científica e crítica do abuso de poder é muito importante, dado o questionamento em termos de legitimidade penal, cifrado na indagação *por que obedecer?* Conforme já advertia Aristóteles: “Exigir virtude em um e não exigir em outro seria um absurdo. Se àquele que obedece faltam essas virtudes, como ele poderá bem obedecer? Se o que manda não é sóbrio, e nem justo, como poderá bem ordenar?”¹⁶⁷ Devemos levar em consideração, materialmente, como são interpretadas as normas penais, e questionar sobre o consenso acerca de seu teor.

1 ABORDAGEM GARANTISTA

O Garantismo Penal, doutrina desenvolvida por Luigi Ferrajoli, tem como cerne a ideia de assegurar sempre o, constitucionalmente determinado, arco de liberdades do cidadão, por meio do qual se salvaguardam os direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁸ Tão intensa e absoluta esta tutela que veio inscrita como cláusula pétrea nas Cartas Políticas dos países mais adiantados.¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Idem*, p. 258.

¹⁶⁷ *Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, Rio de Janeiro, Tecnoprint, 1989, livro I, Cap. IV, parágrafo 10, *apud* José Eduardo Faria, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁸ Para Ferrajoli: “Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Nesse sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à

Assim, para o devido exame do abuso de poder com *status* penal, aquele por meio do qual o agente público logra ferir de maneira mais contundente bens jurídicos, os cânones do Garantismo são fundamentais. Ensina o professor italiano: “constitucionalismo e garantismo significam submissão à lei. Nesse sentido, ambos geram um fenômeno relativamente novo, qual seja, o da limitação de poderes e da legalidade na atuação desse poder”. E segue: “todas as esferas de poder, público, privado, estatal, internacional, exigem um controle de jurisdicionalidade, com o objetivo de recompor as violações, seja através do controle de constitucionalidade ou, por exemplo, num recente fenômeno da história europeia, da punição à criminalidade do poder, como a corrupção, a concussão, etc., que são, de um lado, atrelados ao aumento das funções estatais, mas de outro são também elementos estruturais extremamente ligados à regulação capilar do exercício dos poderes públicos ao menos no Estado de Direito.”¹⁷⁰ Por mais que seja o paradigma eleito para guiar este trabalho, é prudente sublinhar a seguinte advertência de Zaffaroni e Nilo Batista:

Enquanto o funcionalismo sistêmico atribui à política toda a responsabilidade pelas decisões judiciais e veda aos juízes a aplicação crítica do direito penal, a crítica otimista (Habermas) ou prudente (Ferrajoli) assinala o objeto para o qual deve tender a realização do estado de direito, mas tampouco responde aos juízes com instrumentos teóricos que lhes permita uma aplicação crítica do direito penal. As duas últimas, ao evitarem a questão, criam o mesmo risco do hegelianismo, de onde derivam (...), não é descartável a idéia de que, no futuro, surja um *comunicativismo* e um *minimalismo* penais de

vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno”. Teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal, *Bol. IBCCrim* n.º 77, abril de 1999, p. 3.

¹⁶⁹ O mesmo autor enfatiza: “os direitos fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos, os gerados pelos *direitos de liberdade*, que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos *direitos sociais*, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como de resto o mercado, acaba por identificar-se com a *esfera do decidível*, por eles delimitada e vinculada. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a *esfera do indecível que e do indecível que não*.” O direito como sistema de garantias, *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público de Portugal*, Lisboa, n.º 61, publicado originalmente em *Jueces para la Democracia, Información y debate*, n.º 16-17, trad. Eduardo Maia Costa, p. 38-39.

¹⁷⁰ *Bol. IBCCrim* cit., p. 4.

direita ou outro de esquerda. Talvez a teoria jurídica arraste uma carga de origem, que é sua tendência a perceber, primariamente, os elementos estáveis e permanentes de uma sociedade, com o que privilegia sempre uma visão conservadora, mesmo nos autores que não são conservadores, mas que optam por imaginar outra estabilidade.¹⁷¹

Pois bem, prossigamos. Os bens jurídicos que hoje são tutelados sob a rubrica de abuso de poder ou de tortura, cujo tratamento sistemático encontra-se proposto nos capítulos anteriores, correlacionam-se a um rigor punitivo compatível com a gravidade da conduta e com a natureza e a extensão do dano.

É importante reprimir, os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais devem receber tratamento de modo sistemático, com sua tutela em um Capítulo do Título dos Crimes contra a Pessoa; o abuso de poder, por seu turno, deve ser disciplinado como causa de aumento pena prevista na Parte Geral do Código Penal. De tal arte, reordenamos a prevenção e repressão ao abuso de poder com *status* penal.

Contudo, imperiosa é a criação de mecanismos transparentes e eficazes de controle das instâncias formais de controle, reforçando-se os, pouco operantes, já existentes. Logo, deve-se incrementar o controle do Ministério Público sobre a atividade policial; aumentar-se a atenção do Poder Judiciário sobre o Ministério Público, e estabelecer-se mecanismos que propiciem condições para a fiscalização da atuação estatal pela população.¹⁷² Sentimos como as Corregedorias encontram-se atuando de modo absolutamente inconstitucional, visto que golpeiam o princípio da publicidade, inscrito no art. 37 da Carta Política. Trata-se, entretanto, de assunto próprio de política criminal, principal preocupação e objeto de estudo dos funcionalistas, corrente sobre a qual nos debruçaremos no próximo capítulo.

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 652. As particularidades do comunicativismo, modalidade de processo próprio do Garantismo, serão tratadas no próximo capítulo.

¹⁷² Destacamos a dificuldade encontrada nas corregedorias das instâncias formais de controle para a obtenção de estatísticas sobre abuso de poder. Instados os corregedores, no mais das vezes, deram de ombros, aquartelando-se em injustificável e inconstitucional: “são dados sigilosos, sinto muito”.

2 ABORDAGEM FUNCIONALISTA

Funcionalismo é a teoria sociológica cujas bases foram lançadas por Émile Durkheim. Suas raízes podem ser buscadas no Positivismo, do qual tomou o método de observação para formular os princípios sobre o funcionamento da sociedade. Trata-se de uma teoria sociológica organicista, ou seja, parte-se da ideia da sociedade composta como um sistema dotado de órgãos que atuam sinergicamente. As unidades parcelares deste sistema são as instituições como a escola e a família. Aos indivíduos, que compõem os órgãos, cumpre a adesão participativa no progresso social.¹⁷³

Uma crítica tanto dos filósofos quanto dos sociólogos sobre o Funcionalismo refere-se ao fracasso da tentativa de explicação dos fenômenos sociais, pois o método funcionalista é marcado pela mecanização e “coisificação” dos órgãos que compõem o sistema.¹⁷⁴

O Funcionalismo Penal preocupa-se justamente com a textura dos fenômenos sociais, participando o Direito Penal do sistema como uma forma de controle social, endereçando críticas ao modelo finalista que padeceria das amarras decorrentes da subserviência a conceitos ontológicos, predeterminados.¹⁷⁵

¹⁷³ Cf. George A. Theodorson e Achilles Theodorson, *A Modern Dictionary of Sociology*, New York, Crowell, 1969, p. 166-167.

¹⁷⁴ Ensina o Professor da London School of Economics and Political Science, Percy S. Cohen: “As philosophical critics, followed in turn by social scientists, have long shown, those explanations of social phenomena, which are truly and simply functionalist are seriously flawed: they are teleological in that they account for items by examining their positive consequences in maintaining a wider system of which they are a part; and they reify such systems by treating them as though they were either mechanical or organic wholes (Nagel, 1956)”, *The Social Science Encyclopedia*, London, Routledge, 1989, p. 324. As limitações e críticas à teoria funcionalista são detidamente apresentadas por John Rex, *Problemas fundamentais de teoria sociológica: possibilidade de aplicação de uma metodologia científica*, trad. Edmond Jorge, Rio de Janeiro, 1973, p. 78-97.

¹⁷⁵ Nesse sentido assevera Percy S. Cohen: “Functionalism and functional analysis emerged in reaction to these so-called histories. And, given the reaction against these seemingly untestable theories of pseudo-history and moreover, their distracting effect on the examination of the here-and-now, it is likely that the commitment to functionalist doctrine was regarded not only as a necessary justification of the method but as a rationalized refutation of the two doctrines of ‘conjectural’ history. [the theory of evolutionary parallelism and the theory of diffusionism]” *Op. cit.*, 323.

Não há apenas uma corrente funcionalista do Direito Penal.¹⁷⁶ Todavia, todas as orientações participam de um cerne comum, ou seja, algumas ideias-chaves em torno das quais gravitam juristas que exercem grande influência em nossa cultura jurídica, como Claus Roxin, Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias, Santhiago Mir Puig e Günther Jakobs. As ideias principais são a contraposição ao conceito preconcebido e ontológico de ação e a concepção da pena orientada para os fins de prevenção geral positiva.¹⁷⁷

Primeiro, tratemos da visão funcionalista moderada de Roxin.

Traço marcante de tal concepção, também chamada de teleológica-racional, é a influência da política criminal. Esta é tratada não nos estritos limites conferidos por Liszt, para o qual a política criminal teria no Direito Penal uma barreira intransponível. Segundo Figueiredo Dias, a política criminal adentra no horizonte penal compondo, juntamente com a dogmática, uma nova ciência conjunta do Direito Penal, em que a própria política criminal ocupa uma posição de transcendência.

À luz dessa estrutura de política que, para Henkel, professor de Roxin, nunca pode ser entendida como algo diverso da busca pelo bem comum, edifica-se a tese de que a política *criminal* é o conjunto de medidas de que se serve o Estado para combater o crime, mas sempre tendo como norte o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais (reveladores do bem comum).¹⁷⁸

Roxin entende por política criminal “no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos

¹⁷⁶ No mínimo, é possível citar duas correntes, a moderada encabeçada por Roxin (*Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972), e a mais radical liderada por Jakobs (*Derecho Penal - Parte General*, trad. da 2. ed. alemã, de 1991, por J. Cuello Contreras e José L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995).

¹⁷⁷ Nomes listados por Luís Greco, no artigo Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 132-133.

¹⁷⁸ Cf. Luis Greco, *op. cit.*, *loc. cit.*

limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho.”¹⁷⁹

Assim, a política criminal orientadora tanto do direito constituído como daquele a se constituir, conforma, juntamente com a teoria dos fins da pena, toda a teoria do delito.

Não há como negar a importância e o valor de alguns pilares do Funcionalismo Penal, dentre eles a imputação objetiva. Segundo o pensamento de Antonio Luís Chaves Camargo, saudoso monografista do tema: “A imputação objetiva veio para excluir do campo penal aquelas ações praticadas dentro do risco permitido, estabelecendo um limite restrito de atuação do Estado, no âmbito da dignidade humana, raiz constitucional de onde derivam todos os direitos humanos ou fundamentais.”¹⁸⁰

Contudo, algumas advertências devem ser feitas sobre particularidades do Funcionalismo. A ideia da preponderância da política criminal pode levar a interpretações extremadas sobre os seus limites.

Lembremos, para tanto, a visão político-criminal apresentada por Noé Azevedo. Analisando-se a sua obra, verificamos que o remoto ano de 1936 não apresenta problemas muito distantes de nossa realidade. Em sua tese de *cathedra* de Direito Penal na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Noé Azevedo trata das garantias da liberdade individual e as, então novas, tendências penais. As suas considerações são muito atuais, pois, também naquele período, enfrentava-se produção legislativa intensa e assistemática, decorrente da tumultuada vigência do Código Penal de 1890.

Ensinou o mestre: “Mais verdadeira, mais conforme á realidade social é, sem dúvida, a doutrina de Binding. Basta que haja a violação da *norma* para que se caracterize o delicto. A norma não é a disposição penal escripta, e sim a

¹⁷⁹ Cf. Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Camen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 58.

¹⁸⁰ Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal no estado democrático de direito, *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo, Método, 2001, p. 79.

regra geral de conducta de todos os individuos bem adaptados ao meio social em que vivem. Entretanto, sendo certo que as leis escriptas não se limitam a punir as violações dessa norma geral de conducta, estabelecendo penalidades para crimes verdadeiramente artificiaes, resultantes da violação de leis promulgadas para proteger interesses de ocasião, de determinadas classes e até mesmo de certos grupos de individuos que jamais poderiam cogitar da existencia de uma lei, punindo determinados actos substancialmente justos.”

E continua o mestre: “Vivemos em nossos dias sujeitos a toda ordem de desmandos da chamada economia dirigida. As incursões do Estado nos mais variados departamentos da actividade humana, pretendendo disciplinar a producção, a circulação e a distribuição das riquezas, são precedidas de leis ou decretos de excepção. As disposições dessas leis de decretos afastam-se das noções geraes, diffundidas no ambiente social. A consciencia do homem justo, honesto e piedoso, segundo a concepção de GAROFALO, não seria capaz de presentir, de adivinhar, de conhecer ou intuir a existencia de uma prohibição. Demais, – acrescenta – as prohibições dessas leis de ocasião costumam supprimir direitos arraigados na consciencia dos cidadãos.” E arremata: “afastando-se os legisladores do sentir commum do povo, promulgando leis e baixando decretos-lei, estatuinto normas excepcionaes com o intuito de conjurar crises ou de dirigir a economia nacional, quando na realidade a desorientam, as disposições legaes postas assim em vigor deixam de traduzir a consciencia juridica popular.”¹⁸¹

Apesar de todo o discurso liberal, notamos certas concessões na busca da segurança jurídica inadmissíveis numa perspectiva de preservação absoluta de direitos e garantias fundamentais. O Lente rechaça hipótese de retroatividade da lei penal mais benéfica, afirmando que: “A these que desenvolvemos é a de que essas disposições de direito clássico, dictadas pela preocupação com a defesa das liberdades, prerogativas e direitos individuaes, não se fundam em principios scientificos e são inefficazes. Acabamos de demonstrar que os preceitos que ora estabelecem a irretroactividade, e ora

¹⁸¹ *As garantias da liberdade individual em face das novas tendencias penaes*, São Paulo, RT, 1936, p. 116-118.

determinam a retroacção da lei penal, afastam-se da lógica, da sciencia e da philosophia penal.”¹⁸²

Notamos, portanto, inclusive no discurso de um Professor da Universidade de São Paulo, num período não muito distante, certa concessão na flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, a abrir perigoso veio interpretativo.

Tendo em vista que, no mais das vezes, o abuso de poder é perpetrado pelos agentes das instâncias formais de controle, e sendo estes os responsáveis pela concretização das diretrizes da política criminal,¹⁸³ a análise dessa criminalidade sob a ótica funcionalista é dotada de peculiaridades que devem ser analisadas com vagar.

A preocupação com a realidade crescente e renitente da criminalidade ligada ao abuso de poder tem um carácter paradoxal na perspectiva funcionalista de ciência conjunta do Direito Penal. Se a política criminal fixa as diretrizes para o combate ao crime, e esta tarefa é realizada de modo criminoso, ou seja, com agentes que se negam a cumprir as disposições do ordenamento jurídico, possui-se um aparelho repressivo ilegítimo.

Logo, um conjunto de medidas voltadas ao combate do abuso de poder conduziria à colocação em xeque da credibilidade do próprio aparelho estatal punitivo. Este que é, justamente, o responsável pela implementação da política criminal.

Haveria, então, reconhecimento, ao menos em parte, de atuação ilegítima por parte dos responsáveis diretos pela concretização da política criminal. Logo, somente contrariando a transcendência da política criminal na ciência penal conjunta, supera-se o círculo vicioso. Devemos, antes, basear a magnífica pirâmide da ciência total do Direito Penal num triângulo equilátero, tendo iguais tamanhos e relevâncias os lados da dogmática, da criminologia e da política criminal; encontrando-se, no cume, os direitos e garantias

¹⁸² Idem, p. 141-142.

¹⁸³ Outra não é a lição de Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Elevadas, como acaba de se mostrar, à categoria de objeto da criminologia, as instâncias formais de controlo converteram-se em *destinatários da política criminal*.” *Op. cit.*, p. 390.

fundamentais, cumprindo o papel de transcendência na concepção de Direito Penal, consagrando-se, assim, um modelo de matriz garantista.¹⁸⁴

A mesma ideia de conferir mais efetividade ao Direito Penal, diante de uma sociedade de riscos, levou Jakobs, como veremos mais adiante, a uma formulação extremamente perigosa, envolvendo os riscos do que Silva Sánchez chamou de movimento de expansão do Direito Penal. Cancio Meliá fala desse movimento de um “Direito Penal de exposição ao perigo” de características antiliberais, na regulação jurídica da persecução e do processo penal sacrificando-se garantias de liberdade para fundamentar uma luta efetiva contra a criminalidade.¹⁸⁵ Caso emblemático pôde ser percebido na nossa mais Alta Corte. No julgamento da Ação Penal Originária n. 396, entendeu, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, que mesmo não dispondo mais o réu da condição de ocupante de cargo que lhe conferia o foro especial, deveria ele ser julgado naquela Casa. E a razão teria sido o abuso de direito, derivado, nas circunstâncias de ter o deputado federal renunciado ao cargo, na véspera da assentada de julgamento.¹⁸⁶ Ora, um juízo ético não pode, ao

¹⁸⁴ Conforme exposto no capítulo anterior.

¹⁸⁵ Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito, in *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Grijlev, 2000, p. 19.

¹⁸⁶ Colhe-se da ementa do julgado:

“(...) Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha

arrepio das disposições constitucionais, *in casu*, em prejuízo do princípio do juiz natural, conduzir os rumos da persecução penal. Trata-se, pensamos, de manifestação bem ao sabor do, nominado por Ferrajoli, *processo decisionista*:

De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma *verdade máxima*, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, como dissemos no parágrafo 2.4, mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz.

(...)

Por isso o esquema decisionista costuma ser solidário com o método inquisitório (ainda que não necessariamente esteja excluído dos sistemas acusatórios): com base nele, de fato, é natural que o órgão judicante seja órgão ativo na busca da verdade substancial, informada por critérios essencialmente discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, interessando a decisão justa mais que sua controlabilidade; o papel da defesa resulta irrelevante ou, pior, é visto como um obstáculo ao bom andamento do juízo; o objeto privilegiado do processo não é o fato-crime, mas a personalidade criminosa do réu.

narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente. (AP 396, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010, DJe-078 DIVULG 27-04-2011 PUBLIC 28-04-2011 EMENT VOL-02510-01 P-1).

(...)

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual já ilustrada de 'correspondência aproximativa'. Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que forma sua motivação. Com efeito, a *falsidade fática* de tais discursos é motivo de impugnação e reforma em sede de *juízo de mérito*; sua *falsidade legal* é motivo de impugnação e reforma também em sede de *juízo de legitimidade*. Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não são ditadas por motivos puramente processuais, correspondem diversamente dos juízo de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um *ato de verificação* e a um *ato de refutação*. Geralmente, num sistema penal de tipo cognitivo, todos os atos nos quais se exprime o contraditório - contestações, declarações de inocência, depoimentos, confissões, intimações, testemunhos, reconhecimentos, acareações, requisições, sustentações orais, impugnações, exceções e assim por diante - equivalem a momentos de um conflito entre verdades judiciais contrapostas, isto é, entre asserções que enunciam ou sustentam hipóteses acusatórias e asserções que as *contradizem*, contestando assim não apenas sua veracidade como também a validade dos preceitos que as fundamentam.

Verificabilidade e verificação das motivações, como mostrei na primeira parte, são por outro lado as condições constitutivas da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição das decisões judiciárias. E como tais valem para garantir aquele específico direito fundamental que interessa ao direito penal e que é a imunidade do cidadão inocente a punições arbitrárias. Disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de *legitimação externa, ético-política, ou substancial* do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. (...) Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político - do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública - pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória.

(...)

Tudo isso significa que no direito penal, uma vez que a principal garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e portanto a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte

de legitimação formal proveniente da máxima submissão do juiz à lei.¹⁸⁷

Distanciando-se desse viés decisionista, é imperiosa a formulação de rigoroso sistema de controle do abuso de poder, consagrando os direitos e garantias fundamentais como eixo sólido, cuja estrutura não possa ser abalada sob pretexto de controlar eventuais crises. Segundo Cancio Meliá, “ante esta situación que podría denominarse – aún a riesgo de abusar de la expresión – ‘de crises’ en la fundamentación – nada más y nada menos – del sistema penal, se ha ido generando en las últimas décadas una corriente de pensamiento - en la que precisamente JAKOBS ha intervenido de modo decisivo – que pretende ofrecer una explicación – fundamentación unitaria, no antinómica del sistema penal con profundas repercusiones como es natural, en todos los sectores de las ciencias penales: la teoría de la prevención general positiva.”¹⁸⁸

O Funcionalismo de Roxin afasta-se, ainda, pode-se dizer, de um Direito Penal de cariz garantista, por admitir, em certa medida, como limite para a aplicação da pena a teoria retribucionista. De acordo com Figueiredo Dias, Roxin, por meio da teoria unificadora da pena, “com a construção de uma *moldura da culpabilidade* como *espaço nevrálgico* de aplicação da pena,” reaviva “ainda de novo a idéia da compensação da culpa, a idéia mestra da retribuição, que reivindica – se bem que de forma ‘encoberta’ e latente – o seu regresso à cena das finalidades da pena, degradando os propósitos preventivos, que deviam ser os únicos, para meros ‘corretores’ da fundamental correspondência entre culpabilidade e pena (Roxin, “Acerca da problemática do direito penal da culpa”, *BFD* 59 (1983), p. 6 e ss., “Das Schuldprinzip im Wandel”, *Festschrift für Arthur Kaufmann* (1993), p. 519 e *AT*, § 3, especialmente ns. ms. 37 e ss.)”¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 498-502.

¹⁸⁸ *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 112. Nesta mesma página, o Professor português cita Anabela Rodrigues que chega a qualificar a doutrina de Roxin de “versão disfarçada da retribuição”. Entende desta maneira também Luis Greco, ao traduzir a obra de Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*

Nesta esteira constitucional e garantista é que foram apresentadas as propostas de tratamento adequado dos bens jurídicos referentes aos direitos e garantias fundamentais, tendo o abuso de poder sua definição e disciplina na Parte Geral do Código Penal, sob o feitiço de causa de aumento de pena.

O cotejo entre Garantismo e Funcionalismo já foi realizado por mais de uma vez.¹⁹⁰ Miguel Reale Júnior posicionou-se pela rejeição da compreensão do funcionalismo sistêmico, ligado à manutenção do sistema consensual, concepção que seria vazia, mormente em razão do controle social dissociado da defesa do próprio infrator frente ao Direito Penal. Conclui o autor, aduzindo: “O exame dos limites desenha o quadro em que se deve situar o Direito Penal garantista, para a proteção da segurança jurídica dos consorciados e promoção de valores positivos”.¹⁹¹

O Garantismo revela-se na proposição de que a intervenção penal somente se justifica para cumprir a função de prevenção especial. Contém-se nesta formulação, além do impedimento de futuros crimes, também a prevenção da atuação arbitrária das instâncias formais de controle. Para Ferrajoli, a pena “não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias.”¹⁹²

É mais sutil a comparação entre o Garantismo e o Funcionalismo na concepção de Roxin,¹⁹³ mas tomado o Funcionalismo em sua acepção mais

no direito penal, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, nota 46, p. 208. Ainda sobre o caráter retribucionista da teoria de Roxin, Bustos Ramires, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1994, p. 84.

¹⁹⁰ Paulo de Souza Queiroz, *Direito penal, introdução crítica*, São Paulo, 2001, p. 57-60. O cotejo insere-se no capítulo da função do direito penal: teorias da pena. E, como o funcionalismo pretende “unir a teoria do delito à teoria da pena, ou, ainda, integrar a política criminal à dogmática penal”, *Op. cit.*, p. 87, logicamente que a teoria da pena de Roxin é parte imanente de seu conceito de crime, a empolgar a teoria do delito teleológica-racional. Assim, se para o Funcionalismo Penal a Política Criminal protagoniza o sistema, para o Garantismo são os direitos e garantias fundamentais, obviamente, que assumem a proeminência.

¹⁹¹ *Instituições...*, p. 20.

¹⁹² *Apud* Paulo de Souza Queiroz, *Op. cit.*, p. 59.

¹⁹³ De acordo com Jesús-María Silva Sánchez, a preocupação de Roxin é prática, a envolver a crítica do sistema. Empreende o representante da vertente moderada do Funcionalismo uma tentativa de salvar o sistema, tornando-o apto à solução dos problemas, orientando o

extremada, de Jakobs, o hiato se agiganta, e as cautelas decorrentes da opção pelo Garantismo se impõem ainda mais.

A insegurança gerada pelo Funcionalismo ganha maiores proporções quando se foca na vertente extremada de Jakobs. Como atrás fizemos notar, em rápida referência, apesar deste autor não ter na política criminal o centro metodológico,¹⁹⁴ ele desenvolve uma argumentação que discrepa muito dos princípios do Garantismo.

O Professor da Universidade de Bonn vê a missão do Direito Penal comprometida com a unidade e identidade do sistema e com a confiança na norma¹⁹⁵. O autor chega a propugnar a relativização das garantias individuais em situações de crise de legitimidade do ordenamento penal.¹⁹⁶ Nesses períodos de emergência, teria vigência o *Direito Penal do inimigo*, diferente do Direito Penal do cidadão, em que se tem como norte legislativo e exegético a liberdade do ser humano.

Portanto, segundo a ótica de Jakobs, o *Direito Penal do cidadão* consagra a *Esfera Civil Interna*, o âmbito pessoal e privado, no qual não é permitido ao Estado intervir. Ao tratar do cânone *cogitationis poenam nemo patitur*,¹⁹⁷ constatou o autor que os pensamentos e as ideias, a mundivisão do

ordenamento de acordo com a Política Criminal. Face à preocupação prática de Roxin, a preocupação de Jakobs seria metodológica. “Con todo, la discrepancia fundamental se halla, según creo, en las referencias fundamentales en virtud de las cuales se asigna contenido a los conceptos. Así, Roxin procede a orientar el sistema del Derecho penal a las finalidades de política criminal, que son varias y diversas entre sí, pudiendo darse casos de limitación recíproca; muy significativo es que Roxin se refiera no a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho penal en general, lo que para él es algo significativamente más amplio. En su construcción, pues, —y esto es esencial— *entran en juego de modo decisivo valores y principios garantísticos, y no meras ‘necesidades sistémicas’ en ‘función’* de las cuales deba conformarse el sistema dogmático del Derecho penal. En cambio, también en este punto Jakobs procede a una absolutización: aquí, el sistema dogmático se orienta exclusivamente a la idea de prevención-integración que, por otra parte, en la concepción de Jakobs, resulta todavía más cuestionable que en resto de planteamiento al uso.” *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p.70.

¹⁹⁴ Segundo Roxin, *op. cit.*, p. 53 e ss.

¹⁹⁵ Cf. Jakobs “Criminalización en el estadio previo a la lesión de um bien jurídico”, in *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, p. 222 e 232.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 236 238.

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 184 e ss.

homem, seu patrimônio interno, são incapazes de desencadear uma perturbação social e exigir a intervenção estatal.¹⁹⁸

Logo, num Estado Democrático de Direito não se poderia falar em ingerência no autogoverno dos cidadãos, pois, do contrário, estaria sendo ferida a sua autodeterminação. Figueiredo Dias fala de um Estado de Direito Material em contraposição ao Estado de Direito Formal, de natureza liberal e individualista.¹⁹⁹

A perspectiva funcionalista radical de Jakobs tem o Direito Penal do inimigo como exceção. Nos tempos de normal vigência das normas penais, toda e qualquer intervenção estatal no corpo social depende de uma perturbação social externa. Contudo, excepcionalmente, a intervenção do Direito Penal do inimigo é admitida, consagrando uma normatização de *emergência*. A sua aplicação teria lugar em hipóteses de crise de legitimidade do sistema penal, para comprimir liberdades, a fim de maximizar a proteção dos bens jurídicos.²⁰⁰ Argumenta Jakobs que eventual espera de efetiva perturbação externa, nesse contexto, poderia expor a risco normas e instituições fundamentais do Estado.²⁰¹

Roxin, ao analisar o Funcionalismo Penal de Jakobs, pontua:

<la perspectiva funcional no está vinculada a ningún modelo determinado. Quien únicamente sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreto contenido>>. <<En una perspectiva funcional sólo interessa>> la <<fuerza de autoconservación del sistema>> (Jakobs, *ZStW*

¹⁹⁸ Santiago Mir Puig é taxativo: “el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no deve tomar en cuenta la actitud interna del sujeto, ni siquiera cuando se *manifiesta* en un comportamiento externo – aunque propugne lo contrario un importante sector doctrinal”, *Op. cit.*, p. 186. Sobre este importante setor doutrinário, o Professor espanhol remete, na mesma página, aos nomes de Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 56, Jescheck, *Tratado de derecho penal*, p. 587, e Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg., Teil, 2.^a ed., a975, p. 148 e ss. e 366 e ss.

¹⁹⁹ Afirma o Professor da Universidade de Coimbra que Estado de Direito material seria “todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.” *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, São Paulo, RT, 1999, p. 33.

²⁰⁰ *Idem*, p. 190.

²⁰¹ Neste sentido, conferir a análise de Jakobs sobre os delitos graves como aqueles contra a Paz Pública e que disseminam o ódio entre a população, *Op. cit.*, p. 219 e ss.

107 (1995), P. 853). La función de la pena y de la dogmática es, por tanto, independiente de la concreta Constitución y de la legislación y puede conectarse en la misma medida con un sistema liberal, colectivo o totalitario. Cada uno de ellos puede, si bien de modo diverso, estabilizarse mediante el Derecho penal.²⁰²

E acrescenta Alessandro Baratta: “La institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el derecho, tiene de ese modo, la función de garantizar el modo de confianza que es posible en los sistemas sociales complejos (N. Luhmann, 1973, 84, 97; 1981, 118)”. E prossegue Baratta “La abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular, que es un principio fundamental del positivismo jurídico, en la teoría sistémica es llevada a su extrema consecuencia.” Mais adiante conclui o mesmo autor: “la teoría sistémica trasladada del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social (N. Luhmann, 1974, 66 y ss.), y con ello atribuye mucho más valor, para la estabilidad del sistema social, a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que a principio crítico de la valorización ética y política tanto individual como colectiva. De allí se deriva que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados (N. Luhmann, 1983, 53 y ss., 229; 1964, 251 y ss.; G. Jakobs, 1983, 28 y ss.).”²⁰³

Os garantistas, como Zaffaroni, opõem-se de modo veemente ao Funcionalismo, que seria “uma mostra da decadência da teoria penal. Talvez seja a teoria mais anti-humanista do atual momento doutrinário, justamente considerada como uma sorte da ‘doutrina da segurança nacional’ periférica”.²⁰⁴

²⁰² *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 67.

²⁰³ Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, in *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, año 8, nos. 29-32, 1985, p. 10.

²⁰⁴ Raul E. Zaffaroni, *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Cláudio Fragoso*, Rio de Janeiro, Forense, 1992. Antonio Garcia-Pablos de Molina reconhece que as teorias funcionalistas possuem um ponto de partida válido e frutífero, aceitando-se o crime como fato

Essa preocupação maximiza-se tendo em conta o poder de definição primário das instâncias formais de controle, dando concreção à manifestação estatal do que é o ou não enquadrado no conceito de delitivo. De tal relevo é a atuação de tais instâncias que setores de destaque da doutrina chegam mesmo a reputá-la como componente indissociável do próprio caráter criminoso do fato.²⁰⁵

Esta concepção de Funcionalismo Penal extremado assombra tanto quanto a desastrosa experiência brasileira de se legislar, desenfreadamente, por meio de medidas provisórias em matéria penal. Tragédia que não pôde ser evitada mesmo com os requisitos para sua edição: relevância e *urgência*.²⁰⁶ A

social e dinâmico, contudo adverte que “Las teorías funcionalistas no ofrecen una explicación satisfactoria para todas y cada una de las manifestaciones singulares de la criminalidad.” E prossegue: “el funcionalismo, como toda ‘macroteoría’ excesivamente pretenciosa, puede llegar a olvidar la complejidad del fenómeno criminal, desconociendo las singularidades (etiológicas, fenomenológicas, etc.) de las muy diversas manifestaciones del mismo, con generalizaciones ingenuas y triviales. Es lo que sucede cuando, por ejemplo, se imputan todos los males sociales a las ‘estructuras, prescindiendo del hombre mismo, que es el protagonista de la historia” *Estudios penales*, Madrid, Bosch, 1984, p. 111. Jesús-Maria Silva Sánchez também apresenta as críticas recebidas pelo Funcionalismo Penal: “a) frente à dogmática tradicional, o funcionalismo mostra menor cientificidade, ao ser fonte de maiores inseguranças e propiciar a arbitrariedade (Hirsch, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-FS*, P. 416; Küpper, G. *Grenzen*, p. 12); b) a reconstrução normativa das categorias que este modelo dogmático propicia, corresponde a uma crescente confusão entre as mesmas, acabando por levar a uma dogmática em estado prévio ao naturalismo, isto é, às velhas teorias da imputação (sobre tais manifestações de Hirsch neste sentido, cf. Perron, *Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehretagung*, ZStW 99 (1987), p. 637-663, p. 638-639; nesse sentido também Neumann, ZStW 99 (1987), p. 587 e ss.); c) as teorias funcionalistas, que são enxergadas normalmente como concepção utilitarista de Direito Penal, se prestam a ser utilizadas (instrumentalizadas) em sentido autoritário e contrário às garantias do Estado de Direito (nesse sentido Krauß, cf. Persson, ZStW 99 (1987), p. 642. Também Naucke, *Die Wechselwirkung*, p. 24-25, nota 20, acusa a chamada ‘orientação [do Direito Penal] às conseqüências’, à prevenção, por exemplo, de favorecer a instrumentalização do Direito Penal pelos grupos políticos)”, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 71.

²⁰⁵ Figueiredo Dias, Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal do Futuro, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43 (1983), p. 18 e ss.

²⁰⁶ Feriu-se abertamente o Texto Maior, em razão do desrespeito ao princípio da reserva Legal, como lembra Alberto Silva Franco: “No plano de estabilização monetária, conhecido por *Plano Collor* ou *Plano Brasil Novo*, instituído pelo Governo Federal para combate ao processo inflacionário, foram inseridas, entre diversas outras providências, duas medidas provisórias, de caráter penal: a Medida Provisória n. 153, que definia os crimes de abuso do poder econômico, e a Medida Provisória n. 156, que definia os crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que o pratiquem. Ambas as medidas provisórias foram aplicadas logo após a respectiva publicação no órgão oficial de imprensa. Inúmeras pessoas foram arbitrariamente e abusivamente detidas em meio a um grande alarido nos meios de comunicação. Deu-se às prisões uma conotação de exemplaridade, exibindo-se os autores desses eventuais delitos nos canais de televisão, para fins de intimidação geral.” *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 1997, v. 1, t. 1, p. 50.

matéria, de tão sensível, foi objeto de reforma constitucional, aprovada por meio da Emenda n.º 32, de 11 de setembro de 2001.

Mesmo levando em consideração o posicionamento dos funcionalistas moderados,²⁰⁷ não podemos admitir concessões, seja no plano da política criminal ou mesmo em termos de reforço nas expectativas sociais acerca da norma, sob o risco, mesmo que remoto, de se reviverem as tristes experiências da Escola de Kiel e do Direito Penal Soviético.²⁰⁸

O Funcionalismo Penal tem suas raízes doutrinárias nos estudos empreendidos nos Estados Unidos da América. E foi justamente o governo deste país que, em 13 de novembro de 2001, apresentou ao mundo um pacote de medidas político-criminais que perfeitamente dão concreção ao, nominado por Jakobs, Direito Penal do inimigo. O Presidente George W. Bush concedeu permissão para que se julgassem os não-americanos acusados de ligação com o terrorismo em tribunais militares.

A diretriz autorizou o, então Secretário de Defesa Donald Rumsfeld a escolher os juízes e estabelecer regras processuais, incluindo o nível de prova necessário para a condenação e a proibição do duplo grau de jurisdição. Tais determinações aplicaram-se àqueles não-cidadãos americanos que se contrapusessem aos Estados Unidos da América, seus cidadãos, ou à economia e segurança nacional, aplicando-se indiscriminadamente também àqueles que conscientemente dessem guarida a tais pessoas. Estas são apenas algumas, de uma série de outras, violações às liberdades públicas, tais como: autorização para prisões por tempo indeterminado, independentemente de processo; proibição da escolha do advogado de confiança do cliente; ampliação desmensurada dos poderes para diligências, como busca e apreensão.²⁰⁹

²⁰⁷ Cf. Claus Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 73.

²⁰⁸ Para a especificação do caráter daninho dessas experiências, v. Miguel Reale Jr., *Teoria do Delito*, São Paulo, RT, 2000, p. 23-31.

²⁰⁹ Cf. dados oriundos do site <http://www.adc.org>, página oficial do *American Arab Anti Discrimination Committee*.

José Eduardo Faria, com precisão, observa que um indicativo importante de ameaça às práticas democráticas e às liberdades civis é a crescente utilização de medidas de emergência que variam desde o estado de sítio à lei marcial. Elas podem ter eficácia no curto prazo, mas o principal risco é a condução a governos autoritários, sob o pretexto de “recurso extremo” para a defesa das instituições ameaçadas.²¹⁰

Não é novidadeiro o fato de nos Estado Unidos da América haver flagrantes violações dos direitos humanos. É o que lembram Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Isto é particularmente nítido a partir de 1965, data em que o presidente Johnson proclamou perante o 89.º Congresso a necessidade de ‘travar e inverter a tendência para a ilegalidade. Em 1968 seria a vez de o *Omnibus Crime Control and Safe Street Act* ampliar a ‘guerra’, à custa da compressão das liberdades e garantias dos cidadãos.”²¹¹

Após, tal reflexão, seguimos para a verificação do ponto de vista abolicionista, que nos pode fornecer argumentos críticos para o fenômeno abuso de poder.

3 ABORDAGEM ABOLICIONISTA

Relevante debate é suscitado pelo Abolicionismo Penal. Os seguidores da doutrina largamente desenvolvida por Hulsman dividiram-se em duas vertentes. A radical investe contra a justiça penal como um todo, propondo a sua extinção, dado o seu caráter injusto e ilegítimo. Já os moderados veem a abolição academicamente, como uma forma de pensar e interpretar o crime e o criminoso, conduzindo-se a particular análise crítica dos mecanismos de funcionamento da justiça criminal.

²¹⁰ Cf. *Poder e legitimidade*, Coleção Debates, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 52. Ester Kosovsky desenvolveu também a ideia de legitimidade meramente formal, diante de práticas abusivas cometidas em nome da lei e da ordem, *Abuso de poder: novas medidas contra a prepotência, Ciência penal, coletânea de estudos, Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba, JM, 1999, p. 125.

²¹¹ *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 48.

Sob as lentes desta segunda concepção, evidenciando-se inclusive o diminuto papel reservado à vítima no processo penal,²¹² demonstra-se o modo esquizofrênico como atuam os órgãos de repressão penal: polícia, ministério público, tribunal e penitenciárias. Aplica-se o direito e exerce-se o poder, mesmo não crendo na sua utilidade e funcionalidade. Atua-se cega e irracionalmente, apenas dando sequência ao procedimento, num fantástico e surreal ambiente no qual os personagens do drama criminal são inseridos, retirando da vítima e do agente a possibilidade real de colaborarem com o desfecho processual.

São observações da fenomenologia do exercício do Direito Penal e do Direito Processual Penal que devem ser levadas em consideração ao se pensar em qualquer medida de alteração legislativa ou de atuação judicial ou administrativa no controle do abuso de poder.

É de difícil implantação qualquer medida de alteração que toque as instâncias formais de controle, pois envolvem instituições cujo funcionamento assemelha-se mais à liturgia de algumas religiões do que propriamente à atuação de órgãos de um grande ente teleologicamente orientado à promoção do bem comum. Longe disso. A falácia é evidenciada por Hulsman ao precisar que: “Uma das principais características da justiça criminal é que ela prega em seu discurso a ‘responsabilidade pessoal’ para ‘agressores’ e suprime a ‘responsabilidade pessoal’ daqueles que trabalham dentro de seu referencial”.²¹³

É precisamente este o ponto central sobre o qual se devem debruçar aqueles que estudam a realidade do abuso de poder com relevância criminal. O abolicionista citado lembra Foucault, para quem “o papel do acadêmico é

²¹² Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Na verdade, e ao contrário do que sucede com o processo penal, o processo civil não *rouba o conflito* às partes (Desenvolvidamente, *Rapport*, (n. 1), pag. 37 e segs.; L Hulsman, (n. 7), pág. 154 e segs. e (n. 13), pág. 13. Sobre o “roubo do conflito”, cfr. *supra* (n. 9) e ainda L. Hulsman, (n. 7), pág. 90 e Costa Andrade, (n. 24), pág. 53.). Delinquente e vítima surgem aqui armados de poderes de intervenção e transacção capazes de obviar ao desvio (e alienação) do processo segundo a racionalidade e os objectivos (e interesses) específicos da própria organização formal de controlo, v.g., a polícia, o ministério público, o tribunal, etc.” *Op. cit.*, p. 422.

²¹³ Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, *Conversações abolicionistas – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo, IBCCrim, 1997, p. 201

mostrar 1) como as instituições realmente funcionam e 2) quais são as conseqüências reais de seu funcionamento nos diferentes segmentos da sociedade. Além disso, ele tem de descobrir 3) os sistemas de pensamento que jazem sob estas instituições e suas práticas. Ele tem de mostrar o contexto histórico destes sistemas, as restrições que eles exercem sobre nós, e o fato de que eles tornaram-se tão familiares que são parte de nossas percepções, atitudes e comportamentos. Por último, 4) ele tem que trabalhar com os envolvidos e com praticantes para modificar as instituições e suas práticas e desenvolver outras formas de pensamento.”²¹⁴ É exatamente nesta perspectiva crítica que se deve voltar a atenção criminológica para a realidade do abuso de poder com *status* penal.

A concepção radical do Abolicionismo Penal também guarda íntima relação com a temática do abuso de poder. A atuação ilegítima, inútil e disfuncional das instâncias formais de controle, própria daqueles que praticam o abuso de poder, serviu de fundamento para que se propusesse a extinção da justiça criminal.

A nossa investigação não seria completa se deixasse de considerar o viés fornecido pela Criminologia Crítica, como veremos a seguir.

4 ABORDAGEM PELA CRIMINOLOGICA CRÍTICA

O enfoque da Criminologia Nova ou Criminologia Crítica é bastante interessante no concernente ao abuso de poder com relevância penal. Esse movimento de estudo multidisciplinar do fenômeno delitivo desloca o foco de pesquisa do criminoso e do crime para a sociedade e para seus órgãos de prevenção e repressão ao crime. Trata-se de apurar a participação das próprias instâncias formais de controle no fomento e no desencadeamento mesmo de um ambiente propício à prática delitiva.²¹⁵

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 193.

²¹⁵ São três as principais perspectivas da Nova Criminologia ou Criminologia Crítica: o *labelling approach* (ou perspectiva interacionista), a etnometodologia e a criminologia radical. Nos termos da lição de Figueiredo Dias e Costa Andrade “As questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao ‘delinquente’ ou mesmo ao ‘crime’, para se dirigirem, sobretudo, ao próprio *sistema de controle*, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de instâncias de reacção.” *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 42-43.

E, nesse prisma, diante da análise da prática do abuso de poder com *status* penal, em certo sentido, assistimos a um retorno à concepção da Escola Criminológica Positiva. Trata-se de uma decorrência lógica, pois o autor do abuso de poder é justamente um dos membros dos órgãos das instâncias formais de controle. Assim, de acordo com a Criminologia Crítica, para o estudo do abuso de poder, foca-se novamente no criminoso, desde que inserido em seu ambiente institucional profissional.

Quando este sujeito ingressa na carreira do respectivo órgão público, além de trazer sua mundivisão inserta na sociedade crimógena, agrega ainda à sua concepção de vida os valores da instituição. Cuida-se, neste particular, de uma abordagem axiológica complexa: somatório dos seus valores pessoais com aqueles da instituição da qual passa a fazer parte, sintetizando-se um sujeito com valores não raras vezes conflitantes entre si. O conflito decorreria de o recém ingresso, por um lado, trazer consigo o sentimento de medo e reserva face aos agentes públicos, pois frequentemente estão associados a práticas delitivas; e, por outro lado, receber os (contra)valores de seus novos colegas.

Outro traço da Nova Criminologia é o pluralismo axiológico ou de conflito, como decorrência de uma classe dominante. Figueiredo Dias e Costa Andrade explicam este ponto, nos seguintes termos: “o direito criminal passa agora a ser encarado como um instrumento nas mãos de *moral entrepreneurs* (BECKER) ao serviço dos interesses dos detentores do poder.”²¹⁶

Todo esse ambiente de desrespeito aos mandamentos legais e constitucionais, com as tintas da “política de tolerância zero” e do “movimento de lei e ordem”, leva setores da sociedade a perder a noção da cogência das disposições fundamentais.

Um exemplo pode ser colhido no tocante à imprensa. Esta instituição cumpre papel absolutamente relevante em países de bases democráticas sólidas. Contudo, e isso já foi objeto de duras e bem fundamentadas críticas

²¹⁶ *Op. cit.*, loc. cit.

vertidas por Miguel Reale Júnior,²¹⁷ indispensável é o respeito aos limites impostos ao exercício deste tremendo poder conferido aos meios de comunicação de massa. A imprensa, dada a sua importância, recebeu na Constituição garantias que instrumentalizam o cumprimento de sua missão. Todavia, como todos os direitos inscritos no Texto Maior, não têm tais garantias da imprensa o condão de conferir aos meios de comunicação de massa um *bill* de indenidade. Pelo contrário, a apresentação de informações é uma conduta que envolve risco, trata-se de enunciar fatos e juízos de valor, e neste mister, obviamente, há responsabilidade pelo conteúdo do que se publica. A imprensa possui, então, o seu exercício regulado de maneira coordenada com os demais setores de proteção fundamental.

Um dos grandes conflitos a que hoje se assiste é o referente à liberdade de imprensa *versus* o direito à privacidade e à intimidade. E é fundamental que se ponham freios às manifestações dos órgãos de comunicação de massa para não restar aniquilado o sigilo nas relações pessoais.

Entretanto, esse ambiente de desrespeito aos direitos e garantias criado e fomentado, em grande parte, pelas instâncias formais de controle contamina a sociedade e a imprensa que a retrata. É comum assistir-se à atuação de jornalistas que, recebendo fitas contendo conversas telefônicas objeto de grampo, dão-lhe publicidade, fazendo tábula rasa da intimidade e da privacidade. Escudam-se afirmando prestarem um serviço público, diante da relevância dos diálogos contidos em tais gravações. No entanto, o tido como jornalismo investigativo simplesmente destrói reputações, sem que os envolvidos tenham condições de exercerem o prévio direito de defesa.

Emblemática também foi a participação do Governo Federal do Brasil na contribuição, verdadeiro patrocínio, à violação dos bens jurídicos objeto de exame. Após uma torrente de denúncias, relatórios e investigações sobre

²¹⁷ Sobre uma das ruidosas manifestações de abuso de poder perpetrada pelas instâncias formais de controle, o Professor Titular da USP pontua: “É triste ver que o Estado de Direito tem fôlego curto no País em que o mote de telejornais, para a satisfação do público sequioso de sangue, é ‘doa a quem doer, tem que acabar na cadeia e não em pizza com sobremesa de marmelada’. A presunção de inocência, a inviolabilidade da casa e da intimidade, a honra das pessoas só prevalecerão quando forem reconhecidas como mais valiosas que a vaidade pessoal, conscientizando-se a imprensa de que crucificação antecipada, tão a gosto do público, não pode ser acirrada pelos meios de comunicação, que tudo fazem para contentar seu consumidor.” Sangue e Imprensa, *Jornal da Tarde*, 27 de abril de 1999.

violações aos direitos e garantias fundamentais no Estado do Espírito Santo, o Ministério da Justiça, por meio da Resolução MJ 11, de 11 de junho de 2002, designou os membros para integrar o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, a fim de elaborar um relatório final sobre a situação.

Constou de um dos dossiês elaborados pelo Governo Estadual do Espírito Santo a ação de uma entidade civil denominada ‘*Scuderie Detetive Le Cocq*’. Segundo o dossiê “esta entidade ‘sem fins lucrativos’, composta principalmente por policiais, e arregimentando políticos, empresários, comerciantes, autoridades, agentes públicos, advogados, membros do Judiciário e do Ministério Público – era apontada como mentora de atividades criminosas variadas, incluindo os assassinatos de ‘extermínio de marginais’ no estilo dos famigerados ‘esquadrões da morte’ (que pontificaram no país nos anos 60/70) e os homicídios de ‘pistolagem’ mediante encomenda ou mando, tendo como pano de fundo o narcotráfico, o contrabando, o tráfico ilegal de armas, o jogo clandestino (‘jogo do bicho’, cassinos, etc.), o lenocínio, a venda da proteção, a coação, o suborno, e a corrupção de autoridades e agentes públicos, a sonegação, as fraudes fiscais, e as negociatas para a dilapidação do patrimônio público (federal, estadual e municipal).²¹⁸

Tamanho foi a magnitude, extensa e profunda, da crise institucional enfrentada por tal Unidade da Federação que o Relatório da Comissão culminou na recomendação pela intervenção federal nos Poderes Executivo e Legislativo, nos termos do art. 34, III, e VII, *b*, da Constituição Federal.²¹⁹ Ao término dos trabalhos, a Comissão, presidida pelo então Ministro da Justiça, Miguel Reale Júnior, aprovou, à unanimidade, o Relatório.

²¹⁸ Cf. *Relatório Final da Comissão de Defesa de Direitos da Pessoa Humana*, nomeada pela Resolução MJ N. 11, de 18 de junho de 2002, concluído em 2 de julho de 2002, p. 9.

²¹⁹ Destacamos algumas das mais graves conclusões do Relatório:

“1) Encontra-se cabalmente caracterizado o grave comprometimento à ordem pública, por força de um conjunto de circunstâncias que singulariza a criminalidade violenta e organizada no Estado do Espírito Santo, em contraste com o que se passa em outras partes do país. Dentre elas é possível destacar: o fato de que se prolonga, por mais de uma década, sob o signo da impunidade; a generalizada percepção de que se encontra infiltrada em diferentes instituições; (...) 2) Encontra-se cabalmente caracterizado um padrão grave e sistemático de violação aos direitos da pessoa humana, em razão de:...c) impossibilidade, incapacidade ou omissão das autoridades do Estado do Espírito Santo no cumprimento de sua atribuição de fazer respeitar os direitos da pessoa humana.” (*Relatório cit.*, p. 61).

Todavia, os legitimados à propositura do pedido de intervenção federal quedaram inertes. Diante do contributo oficial para o incremento do ambiente criminógeno, o Ministro da Justiça pediu demissão. Sobre as relações internas dos órgãos do governo, com argúcia salientou George Burdeau: “se não existe nas relações de comando e obediência uma atmosfera de confiança, todo eclipse nas forças materiais dos governos ocasionará uma desagregação do organismo social”.²²⁰

Tal atuação das instâncias formais de controle conduz ao reconhecimento de um comportamento ilegítimo,²²¹ emoldurado pelo abuso de poder, em sua modalidade mais delicada e de difícil punição, o desvio de finalidade. Trata-se do abuso de poder ideológico, no qual se ilaqueia a realidade a fim de, externamente, afigurar-se o ato como legal. Todavia, as evidências eram tantas, e a juridicidade da medida orientada pelo Ministro da Justiça era tal que as justificativas apresentadas apenas se prestaram a cristalizar a crise jurídica. Crise, na lição de Miguel Reale, é entendida, nesse caso, como a perda de confiança nas soluções normativas, responsável pelo desajuste entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes.²²²

Pelo trabalho de campo realizado, notamos que as Corregedorias são órgãos, cujo acesso, em princípio, é estimulado. Contudo, com o aprofundamento da incursão neste universo, o que se colhe é um terreno pouco propício à fiscalização do trabalho de repressão e prevenção das práticas abusivas.

²²⁰ *Apud* José Eduardo Faria, *op. cit.*, p. 53.

²²¹ O órgão técnico-jurídico mais intimamente ligado à Presidência da República, o Ministério da Justiça, reconheceu tratar-se de hipótese fática que se subsumia à previsão constitucional da intervenção federal, a medida, reconhece-se, extrema, mas necessária, constituía-se em ato de ofício, de cujo cumprimento não se poderia furtar, pois qualquer escusa “política”, somente se prestaria a evidenciar ainda mais a elementar, sentimento pessoal. A “alternativa” escolhida pelo Governo Federal, de se formar um força tarefa para combater o crime organizado, não logrou êxito, basta conferir a exoneração do superintendente regional da Polícia Federal no Estado do Espírito Santo, Tito Caetano Corrêa, após o homicídio de uma testemunha-chave do caso, que se encontrava presa, cf. “Superintendente da PF é exonerado no Espírito Santo”, *O Estado de São Paulo*, Cidades, 26 de novembro de 2002.

²²² *O Direito como experiência*, p. 188. Como asseverado por José Eduardo Faria, conferir também sobre o tema: “George Ripert, *Evolución y Progreso de derecho*, e (...) Piero Calamandrei, *La crisis de la Justitia*, ambos incluídos em *La crisis del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961; e (...) Orlando Gomes, *A crise do direito*, Papelaria Vera Cruz, 1945.” *Op. cit.*, p. 43.

A autoexecutoriedade que marca a atuação pública confere aos seus agentes uma segurança que, às vezes, afigura-se como que uma intangibilidade. Tal condição se alicerça em daninha confiança de que a revisão do mérito das eventuais arbitrariedades, estatisticamente, é pífia.

Temos assistido, então, aos responsáveis pelas instâncias formais de controle reviverem os tempos em que a vinculação do poder à religião conferia ao chefe poderes divinos. Mas, por mais plenipotenciário que se ache o agente público, ao abusar, falta-lhe legitimidade, como ocorria mesmo com os deuses da Antiguidade. De acordo com a lição de Fustel de Coulanges se “acreditava na sua existência, mas, por vezes, preferiria que não existissem. Temia aos seus próprios deuses domésticos ou nacionais, receando ser traído por eles.”²²³

Passemos, então, a verificar como as instâncias formais de controle têm contribuído para o fomento crimínogeno.

4.1 AS INSTÂNCIAS FORMAIS DE CONTROLE

O controle da criminalidade pode se operar de modo concentrado por meio de organismos especializados, dentre eles a Polícia, o Ministério Público, os Tribunais e as Penitenciárias. Contudo, não se pode olvidar do controle difuso, exercido por instituições como a família, a escola, as associações de bairro, que são as instâncias informais de controle.

No âmbito deste trabalho, focalizamos nossa atenção na Polícia, no Ministério Público e no Poder Judiciário, na exata medida em que suas atuações podem, a despeito do alardeado mito da *tolerância zero*, ou do movimento de *lei e ordem*, contribuir para a criação ou incremento do ambiente crimínogeno, por meio da prática do abuso de poder, em suas duas vertentes, excesso de poder e desvio de finalidade.

Um fenômeno importante diz com o espírito que subjaz à atuação das instâncias formais de controle, tendo em consideração a tenra idade da

²²³ *Op. cit.*, p. 252.

democracia brasileira. As instituições que deveriam promover a fiscalização do exercício do poder público, no entanto, são ainda muito tímidas.

Apesar de positivadas as liberdades públicas, os integrantes do poder estatal ainda raciocinam, em grande parte, com a mentalidade de repressão do criminoso como um inimigo. Paulo Sérgio Pinheiro asseverou: “O problema é que instalar um governo civil eleito democraticamente não necessariamente significa que as instituições do Estado irão operar democraticamente. Guilherme O’Donnel refere-se a essa passagem como ‘primeira transição’ – sair de um regime autoritário para um governo eleito – e a ‘segunda transição’ como a institucionalização das práticas democráticas em todos os níveis do Estado. Em muitos países pós ditaduras que não têm uma longa tradição democrática, a ‘segunda transição’ ficou imobilizada por inúmeros legados do passado autoritário.”²²⁴

4.1.1 A POLÍCIA

Neste item, focamos nossas lentes principalmente sobre o comportamento dos policiais civis, pelo menos parcela deles, quando interagem com a comunidade para a qual prestam serviços.

Não é difícil identificar o grupo de policiais que assume o abuso como rotina, pelo modo como se comportam e se comunicam com a população. Todas as prerrogativas que os aparelham para enfrentar o crime acabam prestando-se, antes e indevidamente, a alimentar-lhes o sentimento de indenidade que culmina em abusos como: tumultuar o trânsito, abrindo caminho desnecessariamente com as sirenes, ou, parando em fila dupla, só porque estão nas viaturas. Ademais, simplesmente, anulam qualquer possibilidade de crítica ou fiscalização de desvios e excessos com ameaças de represálias, gerando na população a sensação de desamparo e impotência.

Algumas iniciativas administrativas têm sido tomadas, mas tão só no âmbito da Polícia Militar, a fim de integrar os policiais à comunidade, *v.g.*, a ronda escolar. Contudo, resta a polícia judiciária alheia a estas medidas.

²²⁴ “Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias”, *Tempo Social*, Rev.. Sociol. USP, São Paulo, 9(1):43-52, maio de 1997, p. 42.

Apresentamos alguns dados obtidos sobre as infrações praticadas por policiais. Estas informações foram alcançadas por meio da Ouvidoria da Polícia, órgão da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, estudo no qual consta a seguinte epígrafe: Perfil dos Policiais Civis e Militares Denunciados na Ouvidoria e Punições: Resumo 1998 a 2000.

Policiais Militares						
Patentes	Denunciados na Ouvidoria	Procedimentos Instaurados	Policiais Investigados	Punições (Indiciamento, Processo Crime, Punição Adm.)	Policiais Punidos	
Coronel	243	3	3	0	1	
Tenente Coronel	122	8	8	3	2	
Major	186	13	13	6	6	
Oficiais Superiores	551	24	24	9	9	
Capitão	550	65	66	22	20	
Tenente	622	167	189	105	91	
Aspirante	11	26	26	18	16	
Oficiais Intermediários	1183	258	281	145	127	
Sub Tenente	44	17	17	10	9	
Sargento	751	331	377	269	240	
Cabo	341	289	341	259	226	
Soldado	1090	1047	1879	1417	1215	
Praças	2226	1684	2614	1955	1690	
Totais	3960	1966	2919	2109	1826	
Relação com Total de Denunciados na Ouvidoria	100	49,65	73,71	53,26	46,11	

Policiais Civis				
Cargos	Denunciados na Ouvidoria	Procedimentos Instaurados	Policiais Investigados	Punições (Indiciamento, Proc. Crime, Punição Adm.)
Delegado	1938	116	168	67
Médico Legista	20	0	0	0
Investigador	1710	223	338	186
Carcereiro	260	87	150	67
Escrivão	312	33	33	14
Agente Policial	96	80	94	55
Agente de Telecomunicações	26	2	2	1
Chefe de Cartório	2	0	0	0
Dactilcopista	1	0	0	0
Fotógrafo Técnico	7	0	0	0
Policial Papiloscopista	4	3	3	2

Perito Criminal	33	8	9	2
Totais	4409	552	797	394
Relação com Total de 100		12,52	18,08	8,94
Denunciados na Ouvidoria				

Tabela de Resumo das Punições Anual 2000
% em relação ao Tipo de Punição

TIPO DE PUNIÇÃO	PM	%PM	PC	%PC	TOTAL
PENAL	688	80	172	20	860
TOTAL	918	82,41	196	17,59	1114

% em relação à cada Polícia

TIPO DE PUNIÇÃO	PM	%PM	PC	%PC	TOTAL
ADMINISTRATIVA	230	25,05	24	12,24	254
PENAL	688	74,95	172	87,76	860
TOTAL	918	100	196	100	1114

* Punições que chegaram ao conhecimento da Ouvidoria no ano de 2000

Acumulado 1996 – 2000
% em relação ao Tipo de Punição

TIPO DE PUNIÇÃO	PM	%PM	PC	%PC	TOTAL
ADMINISTRATIVA	876	81,72	196	18,28	1072
PENAL	2279	77,65	656	22,35	2935
TOTAL	3155	78,74	852	21,26	4007

% em relação a cada Polícia

TIPO DE PUNIÇÃO	PM	%PM	PC	%PC	TOTAL
ADMINISTRATIVA	876	27,77	196	23	1072
PENAL	2279	72,23	656	77	2935
TOTAL	3155	100	852	100	4007

Tabela de Resumo dos Policiais Punidos
Acumulado 1996 - 2000 **

PM	2911
PC	604
TOTAL	3515

** A diferença entre as Punições e Policiais Punidos se deve ao fato de que alguns policiais sofreram mais de uma punição. (Fonte: página oficial da Ouvidoria da Polícia, da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, <http://www.seguranca.sp.gov.br>)

Desses dados, mesmo levando em consideração as já apontadas deficiências das estatísticas oficiais, podemos aquilatar a gritante diferença com relação a procedimentos investigatórios instaurados e as consequentes punições, tendo em consideração a hierarquia dos postos ocupados. Os ocupantes de cargos subalternos são, comparativamente aos seus superiores, mais frequentemente punidos, o que torna mais evidente a conclusão, já adiantada, de que as formas mais sofisticadas de abuso, aquelas decorrentes do desvio de finalidade, são de punição mais rara.

Outro ponto interessante da estatística indica um quadro de esquizofrenia punitiva, vez que existe um número maior de condenações penais do que de punições administrativas. Isto revela, portanto, o quanto as Corregedorias têm sido brandas, ou, ao menos, lentas, quanto à apuração de práticas abusivas de seus membros.²²⁵

De acordo com os dados disponibilizados pela Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, os atos abusivos praticados por policiais contra o livre exercício profissional dos advogados condizem com a seguinte tabela:

	Delegado de Polícia	Policiais Militares
1992	33	7
1993	24	-
1994	24	-
1995	41	-
1996	13	1
1997	15	2
1998	22	2
1999	21	4
2000	27	3
2001	24	-
2002(até out)	31	-
TOTAL	275	19

Notamos, por tais dados, que as reclamações têm persistido ao longo dos anos, a indicar que uma renitência no comportamento de arbítrio.

Como lembram Figueiredo Dias e Costa Andrade, a Polícia, em suma, possui uma atuação que varia de acordo com a ótica do expectador: se investigado, vítima, ou testemunha; ou se tais pessoas pertencem a um outro grupo étnico, se ricos ou pobres. Todos, contudo, ora dela necessitam ora dela querem distância. As expectativas e os juízos cambiam, no entanto, no mais das vezes, colhe-se a decepção. Devemos ainda lembrar a lição de Vollmer: para atender a todas as expectativas, o policial precisaria ter: “a sabedoria de Salomão, a coragem de David, a paciência de Jó, a liderança de Moisés, a delicadeza do Bom Samaritano, a estratégia de Alexandre, a fé de Daniel, a

²²⁵ Pode-se cogitar de eventual suspensão dos procedimentos correccionais, enquanto perduram as ações penais. Contudo esta não tem sido a diretriz firmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que reiteradamente afasta a suspensão, baseando-se na independência das instâncias, cf. MS. 95.364.0/0, Rel. Gentil Leite, j. 16/10/02.

diplomacia de Lincoln, a tolerância do Carpinteiro de Nazaré e, por último um conhecimento aturado de todos os ramos das ciências naturais, biológicas e sociais”.²²⁶

A edição do “Manual Operacional do Policial Civil: doutrina, legislação e modelos”, uma obra da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, representou um avanço, sem dúvida. São apresentados os mecanismos e balizas a serem respeitadas pelos policiais nas investigações sobre vários crimes. Contudo, sintomaticamente, nada se falou sobre investigação acerca da criminalidade do abuso de poder.

4.1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instituição dotada de uma das mais caras missões no cenário democrático. Trata-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o art. 127 da Constituição Federal.

Dentre suas funções institucionais, encontra-se a de promover, privativamente, a ação penal de iniciativa pública e a de exercer o controle externo da atividade policial.

Com o advento da Carta Política de 1988, o Ministério Público, dadas as garantias e prerrogativas alcançadas, chegou mesmo a ser considerado como uma espécie de quarto poder.²²⁷ Contudo, dadas as íntimas relações com o Poder Executivo, cujo chefe continua a escolher o Procurador-Geral, a independência funcional do Ministério Público é questionada.²²⁸

²²⁶ *Apud* Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Op. cit.*, p. 463-464.

²²⁷ João Gaspar Rodrigues, O Ministério Público como Quarto Poder, *Revista Forense*, v. 346, p.70-90.

²²⁸ Não são raras as manifestações de inconformismo do Ministério Público quando o chefe do Executivo deixa de escolher o membro mais votado da lista tríplex para ocupar o cargo de Procurador Geral. Conferir: Tarso anuncia Eduardo de Lima Veiga como novo Procurador Geral de Justiça do RS: Candidato fez menos votos que a atual procuradora, mas foi o indicado pelo governador. *Jornal Zero Hora*, 25/03/2011, www.zerohora.clicrbs.com.br; Covas quebra tradição e nomeia Marrey, *Folha de São Paulo*, 12/02/1996, www1.folha.uol.com.br.

Bastante interessante para os fins deste trabalho, em termos de política criminal e mesmo sob um enfoque criminológico, são as reclamações de outras instâncias formais de controle diante de algumas ações do *Parquet*. Tem-se, então, a possibilidade de o agente público figurar como vítima, no exercício mesmo de suas funções, de abuso de poder por membros de outras instituições de prevenção e repressão ao crime.

No ano de 2001, houve um aceso conflito entre o Ministério Público e a cúpula da Polícia Civil de certa Unidade da Federação. Na ocasião, o Corregedor-Geral da Polícia Civil teria acusado o *Parquet* de traição. Sem ter sido comunicado previamente, veio ele a saber que Promotores de Justiça, acompanhados de emissora televisiva, teriam prendido investigadores de polícia.²²⁹ A posição da Autoridade Policial lastreou-se na ótica de que caberia ao *Parquet*, segundo o inciso VII, do art. 129 da Constituição Federal, exercer o controle externo da polícia judiciária, o que conduziria, no máximo, ao acompanhamento dos inquéritos policiais desenvolvidos pelo órgão legalmente criado e aparelhado para tanto, e não simplesmente substituí-lo.²³⁰

Sobre as relações entre as diversas instâncias de controle, escreveram Figueiredo Dias e Costa Andrade: “A polícia é particularmente sensível ao modo como representa e aprecia a actuação das restantes instâncias, designadamente o ministério público e o tribunal. Entre a polícia e os membros destas instâncias formais medeia uma evidente diferença de inserção económica, social, cultural e, por isso, de mundivisão”.²³¹

Contudo, mesmo levando em consideração todas as eventuais diferenças de inserção, o alijamento da Polícia em atuações como a retratada

²²⁹ Conferir: Corregedor acusa MPE de traição e se demite, *O Estado de São Paulo*, Suplemento Cidades, 18 de dezembro de 2001, p. C3. Note-se, contudo, que em situações-limite, como a retratada, em que órgãos da Polícia estariam sendo alvo de apuração, tem-se pontualmente admitido a investigação pelo Ministério Público: STJ: HC 157.904/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 24/09/2012; HC 57.118/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009.

²³⁰ A despeito da inexistência de pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal a propósito, há julgados de tal Corte entendendo pela possibilidade de investigação criminal direta pelo *Parquet*, sendo, aliás, tal compreensão pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No Pretório Excelso, a definição do tema encontra-se no aguardo do julgamento, definitivo, do Recurso Extraordinário 593.727/MG, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

²³¹ *Op. cit.*, p. 457.

poderia representar afronta ao disposto no item 20 dos “Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público”, objeto de Resolução das Nações Unidas, aprovada no Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em que se recomendou: “20. Para assegurar a justiça e a eficácia dos processos judiciais, os magistrados do Ministério Público devem *cooperar* com a polícia, os tribunais, os membros das profissões forenses, a defesa, assim como os outros organismos ou instituições públicas”.²³²

Apesar da nobreza da instituição, temos assistido, por vezes, a notícias de abusos. Tal é reconhecido, inclusive, pelos próprios membros do *Parquet*.²³³ Referimo-nos ao “abuso do poder de denunciar” no qual o Ministério Público, tendo algum lastro para processar criminalmente resolve oferecer a incoativa em face, por exemplo, de todos os membros da administração de uma empresa, pois, nominalmente encontram-se figurando nos respectivos documentos societários.²³⁴ Tal desvio, verdadeira tentativa de responsabilização penal objetiva, contagiou o legislador que, lamentavelmente, criou uma anômala modalidade de crime comissivo por omissão, no art. 2.º, da Lei n.º 9.605/98.²³⁵

²³² Consultar pela internet, <http://dhnet.org.br/direitos>, destaque nosso.

²³³ O Procurador da República no Rio de Janeiro Roberto dos Santos Ferreira afirma: “A denúncia, portanto, deve ser capaz de refletir a realidade provisória encerrada no inquérito policial ou nas peças de informação. Nunca a formulação de uma acusação, resultante de pura criação mental de seu autor. Em síntese, a denúncia deve vir acompanhada de um mínimo conjunto probatório que demonstre sua viabilidade, sua plausibilidade. O contrário representaria odiosa consagração do arbítrio e da prepotência do Estado em detrimento da liberdade dos cidadãos, constitucionalmente assegurada, caracterizando o denominado abuso do poder de denunciar, passível mesmo de ser corrigido através do remédio heróico do habeas corpus”. Da denúncia nos crimes societários, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC, n. 9, ago-dez, 1996, p. 115-126 e 123.

²³⁴ O Superior Tribunal de Justiça por mais de uma vez já reconheceu a prática abusiva do Ministério Público: HC 107.881/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 16/11/2010; HC 67.571/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2007, DJe 22/09/2008.

²³⁵ Consta do diploma referenciado que trata dos crimes contra o meio ambiente:

“Art. 2.º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.” Miguel Reale Júnior critica o dispositivo por representar uma manifestação de neoincriminação ditatorial. A lei dos crimes ambientais, *Separata Revista Forense*, São Paulo, vol. 345, 1999.

A preocupação com eventuais abusos na atuação ministerial conduziu a Organização das Nações Unidas a editar a, já referida, resolução acerca dos “Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público”. Consta do item 18 de tal resolução, a seguinte exortação, “Os Magistrados do Ministério Público não encetam nem continuam investigações criminais ou fazem o possível para as suspender se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada”.²³⁶

Segundo informações fornecidas pela Comissão de Prerrogativas da OAB/SP, as representações apresentadas por advogados diante de atos abusivos praticados por membros do Ministério Público tem variado conforme os dados abaixo.

	Ministério Público Estadual	Ministério Público Federal
1992	18	1
1993	14	-
1994	11	-
1995	9	5
1996	6	-
1997	5	2
1998	11	4
1999	17	2
2000	16	1
2001	-	-
2002(até out)	-	-
TOTAL	107	15

Mesmo levando em consideração que o número de membros do Ministério Público Estadual é bem maior do que o grupo de Procuradores da República, a desproporção é gritante. É possível vislumbrar uma justificativa para tal desproporção, pelo menos ao tempo em que as estatísticas foram colhidas, o ingresso na carreira federal dependia do preenchimento de mais requisitos, como tempo de experiência jurídica e de idade mínima.

4.1.3 O PODER JUDICIÁRIO

Dada a parcela gigantesca e relevante de poder atribuída às mãos dos magistrados, as respectivas ocorrências de abuso são, naturalmente, muito

²³⁶ Biblioteca Digital Direitos Humanos, <http://dhnet.org.br/direitos>.

daninhas. Tão nobre quanto árduo, o exercício da função requer toda a prudência.

O magistrado é um agente público que jamais pode tornar-se um mero burocrata, escravo de modelos pré-fabricados de sentenças ou de entendimentos jurisprudenciais eventualmente desconectados da evolução e dos reclamos sociais, muletas que escoram exercício funcional esquelético e insosso.

O juiz tem de se aprofundar no conflito e, não, meramente dele tomar conhecimento. É missão do Poder Judiciário a consagração da legalidade e de todos os fundamentos do Estado, prestigiando, assim, os ditames constitucionais.

Tão reprovável é o juiz que não se debruça efetivamente sobre o caso para julgar, quanto aquele que nele se aprofunda, mas, por razões políticas ou ideológicas, pende para algum dos lados. Ontologicamente, deixa de ser magistrado.

O envolvimento ideológico com o processo, ou a sua indiferença, são vícios que maculam fundamente a atuação judicial e que devem ser apontados pelo advogado ou pelo representante do Ministério Público.

Segundo a Comissão de Prerrogativas da OAB/SP, o número de representações arrimadas em atitudes arbitrárias, em tese, perpetradas por juízes tem oscilado conforme anuncia a tabela abaixo.

	JUÍZES
1992	99
1993	76
1994	76
1995	87
1996	72
1997	60
1998	91
1999	94
2000	101
2001	102
2002(até out)	73
TOTAL	931

Uma prática abusiva que marcava o cotidiano dos advogados envolvia o sistema de reperguntas das audiências para oitiva de testemunhas. Como determinava a anterior redação do art. 212 do Código de Processo Penal, as perguntas deviam ser requeridas ao juiz, o qual as formulava ao depoente.

Verificava-se que parcela dos juízes, não raras vezes, reformulava as perguntas ao seu talante, desfigurando o objetivo da colheita da prova. Alguns advogados, principalmente os menos experientes, temerosos²³⁷ por indigitada represália contra seu cliente, acediam às pseudo-justificativas de tais juízes. Era comum afirmarem que as perguntas devem ser formuladas de acordo com seu entendimento, pois as provas são a eles destinadas. Contudo, isto revela a mais aberta atecnia. As provas destinam-se ao processo, o que é bastante evidenciado diante do princípio do duplo grau de jurisdição, viabilizador de possível alteração das decisões de primeira instância.²³⁸

Aos advogados cumpre, atendendo ao disposto no art. 31, § 2.º, da Lei n.º 8.906/94 (Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão), zelar para que os juízes colham regularmente as provas, cujo destino, repisamos, é o processo e, não, unicamente o juiz de primeiro grau.

Com a reforma processual penal de 2008, fenômeno muito interessante veio a lume no Distrito Federal. Com a modificação do art. 212 do Código de Processo Penal, em sintonia com o modelo acusatório, cristalizou-se o sistema de inquirição direta das testemunhas pelas partes, devendo os magistrados perguntar após as partes. Todavia, os juízes de tal Unidade da Federação, seguindo diretriz do Tribunal respectivo, insistiam em inquirir em primeiro lugar. Não se conformando, de maneira absolutamente extraordinária, o Ministério

²³⁷ Para coibir a tibiez dos causídicos é que se estatuiu o disposto no art. 31, § 1.º da Lei n.º 8.906/94: “§1.º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

²³⁸ Nesse sentido: “A melhor doutrina lembra que o juízo de primeiro grau não é o único órgão julgador, visto que o processo poderá ser julgado em sede de apelação. Em razão disso, o juiz de primeiro grau deve evitar dois erros; indeferir provas pertinentes porque já se convenceu em sentido contrário ou ainda indeferir provas porque, em seu entender, a interpretação do direito não favorece o autor” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 401)

Público e a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, conjuntamente, impetraram ordem de *habeas corpus*, perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando a existência de constrangimento ilegal, decorrente de aberto desrespeito às novas disposições processuais penais.²³⁹

Por problemas formais, tal *writ* teve o seguimento negado – tendo em vista que se pretendeu conferir colorido coletivo ao *habeas corpus*. Reconheceu-se, todavia, o constrangimento ilegal naquele contexto, no seio da Quinta Turma daquela Corte: “A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos”.²⁴⁰

Causa mesmo espécie, nesta linha, quando a própria cúpula do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2011, chancela, por maioria, é certo, espécie de prisão para averiguações, servindo-se de inexistente poder geral de cautela no processo penal, cogitando-se de *poderes implícitos* do aparelho repressor:

A 1ª Turma denegou, por maioria, *habeas corpus* impetrado em favor de paciente que fora conduzido à presença de autoridade policial, para ser inquirido sobre fato criminoso, sem ordem judicial escrita ou situação de flagrância, e mantido custodiado em dependência policial até a decretação de sua prisão temporária por autoridade competente. (...) Verificou-se, da leitura dos autos, que esposa de vítima de latrocínio marcara encontro com o paciente, o qual estaria na posse de cheque que desaparecera do escritório da vítima no dia do crime. A viúva, então, solicitara a presença de policial para acompanhar a conversa e, dessa forma, eventualmente, chegar-se à autoria do crime investigado. Ante as divergências entre as versões apresentadas por aquela e pelo paciente, durante o diálogo, todos foram conduzidos à delegacia para prestar esclarecimentos. Neste momento, fora confessado o delito. Assentou-se que a própria Constituição asseguraria, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. O art. 6º, II a VI, do CPP, por sua vez, estabelecerá as providências a serem tomadas pelas autoridades referidas quando tivessem conhecimento da

²³⁹ STJ, HC 116.011/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/09/2008, DJe 16/09/2008.

²⁴⁰ HC 121.216/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009. Posteriormente, tal compreensão veio a ser flexibilizada, com o entendimento de que se trataria de nulidade relativa, a demandar a comprovação de prejuízo.

ocorrência de um delito. Assim, asseverou-se ser possível à polícia, autonomamente, buscar a elucidação de crime, sobretudo nas circunstâncias descritas. Enfatizou-se, ainda, que os agentes policiais, sob o comando de autoridade competente (CPP, art. 4º), possuiriam legitimidade para tomar todas as providências necessárias, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. Observou-se que seria desnecessária a invocação da teoria dos poderes implícitos. (...) O Min. Dias Toffoli acompanhou o relator, ante a peculiaridade da espécie. Acrescentou que a condução coercitiva do paciente visara a apuração de infração penal gravíssima, em vista de posse de objeto de subtração que estivera em poder da vítima antes de sua morte. Mencionou que se poderia aplicar, à situação dos autos, a teoria dos poderes implícitos. Apontou que alguns teóricos classificariam esse proceder, que não teria significado de prisão, como custódia ou retenção.²⁴¹

Crítica acerba, contra o efeito irradiador da jurisprudência criminal mais restritiva, é formulada por Sérgio Salomão Shecaira:

Por tudo isso, quando um ministro afirma que apesar de não existir provas para condenar, ele ainda assim condena porque a literatura o autoriza”(seja lá que diabos isso signifique), estamos diante de um magistrado draconiano que, basicamente, lembrando Maquiavel, assevera que os fins justificam os meios. Não importa a inexistência de provas, o que importa é o exemplo que se conseguirá com a decisão. *Às favas, pois, com todos os escrúpulos de consciência*, como diria Jarbas Passarinho, prócer da Ditadura ao assinar o AI-5, o que vale é a condenação e seu exemplo.

Pois bem, temos uma condenação ou, quiçá, várias. Todas exemplares. Esperamos que sirvam de efeito dissuasório para o cometimento de novos atos de corrupção, ainda que os cientistas do Direito não tenham empiricamente conseguido demonstrar tais efeitos preventivos. O que se teme, no entanto, já que se está a falar de exemplos, é o que um juiz iniciante pensará, no interior do Brasil, ao começar sua carreira de magistrado em uma pequena comarca, deparando-se com um crime que ele julgue grave. Aplicará uma teoria que restringe a punição, como a finalista, ou a adotará, em evidente contradição lógica, para fundamentar qualquer sentença condenatória? O Supremo Tribunal, que olha menos o fato e mais a defesa da Constituição, olhou para os crimes do mensalão como um juiz iniciante que se vê pressionado por um crime grave. Deu um exemplo a todos os magistrados do país: condenem, ainda que sem provas, pois o povo apoia e isso

²⁴¹ Informativo n. 639 do STF, 5 a 9 de setembro de 2011, HC 107644/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6.9.2011.

basta. Às favas com os procedimentos, pois o que vale é o resultado final, o que vale é darmos um exemplo.

O processo do mensalão foi usado para atemorizar os outros. Não me parece razoável usarmos seres humanos, corruptos ou não, detestáveis ou não, para dizer que a “partir de agora é pra valer. Exemplos podem ser usados com cobaias, não com pessoas. Parece-me que os fins justificaram os meios. E, agora, aquele juiz hipotético, da comarca hipotética, de um crime grave hipotético que aflige hipoteticamente a comunidade, poderá julgar com os fins, e não com os meios.”²⁴²

A atenção com o abuso de poder promovido por juízes chama a atenção da doutrina internacional. A crítica que se formula embasa-se na inconsistência dos mecanismos disciplinares e de controle, que frequentemente se prestam a patrocinar a impunidade.²⁴³

Não é possível, nesse panorama, deixar de trazer à colação o testemunho da Ministra Eliana Calmon, quando corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, com desassombro, em 2011, verberou:

(...) que há um "corporativismo ideológico perigosíssimo" nas corregedorias do Poder Judiciário que favorece a infiltração de "bandidos de toga". "O corporativismo é uma visão ideológica. Ideologicamente você parte para defender o Poder Judiciário, e você começa a não ver nada que está ao seu redor. Você não vê sequer a corrupção entrando nas portas da Justiça, porque você acha que, para defender o Judiciário, você tem que manter o magistrado imune às críticas da sociedade e da imprensa", afirmou a ministra, ao participar da 9ª Reunião Plenária Anual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), em Bento Gonçalves (RS). "À medida que nós continuamos com o corporativismo, nós estamos favorecendo que as pessoas venham se esconder nessa grande arrumação que fizemos: "Aqui é muito bom, eu posso fazer e estou fora do alcance da lei"".

Na avaliação da ministra, o Poder Judiciário padece de uma ideologia de dois séculos de falta de transparência no País, em referência os primeiros tribunais portugueses. "Nada se esconde mais, um dos braços e instrumentos da corrupção é exatamente esse fechamento. Você combate a corrupção com transparência", afirmou. "É uma cegueira causada pela ideologia. Não veem que isso está se alastrando. Por isso eu

242 Nihil humani a me alienum puto. Boletim do IBCCrim, n. 243, fev. de 2013, p. 2.

²⁴³ Nesse sentido Alberto Gargani, "L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara", *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, 1998, p. 1244.

falei dos bandidos de toga, porque é uma infiltração, uma cultura que tem sido deletéria no Poder Judiciário".

A ministra afirmou que essa é uma das razões pelas quais a atuação do CNJ vem sendo criticada por alguns magistrados e entidades de classe. "Num primeiro momento, houve uma grita em relação à atuação do CNJ. Essa onda passou, como se a intervenção estivesse sendo aceita, mas ela retorna em um momento em que nós começamos a fazer uma apuração disciplinar. Ondas que se repetem toda vez que o corporativismo, leia-se, ideologia, vem sendo atacado por algum órgão, mesmo que estatal", afirmou.²⁴⁴

Em síntese, é fundamental para o efetivo controle do abuso de poder, a transparência, que franqueia a fiscalização pelos demais órgãos e Poderes, bem como pela população.

CONCLUSÕES

Todas as pesquisas realizadas para a consecução deste trabalho, tanto as doutrinárias quanto as de campo, permitem formular as seguintes conclusões:

- 1) O abuso de poder com *status* penal encontra-se hoje disciplinado legalmente como entidade típica autônoma de forma dispersa em vários diplomas legais. Apesar da tópicos do Código Penal, que trata do tema dentre os crimes contra a Administração, os bens jurídicos, na verdade, referem-se aos direitos e garantias fundamentais.
- 2) A falta de caráter sistemático do tratamento desses bens jurídicos tem levado os tribunais a decidir de modo díspar e não raras vezes a lançar mão dos critérios de solução de concurso aparente de normas de modo equivocado;
- 3) De acordo com a pesquisa sobre legislação estrangeira, verificamos que algumas criaram, em seus Códigos Penais, um capítulo específico sobre os crimes contra os bens jurídicos referentes aos direitos e garantias

²⁴⁴ Eliana Calmon: corporativismo favorece bandidos de toga, www.estadao.com.br, 26/11/2011.

fundamentais, dentre os crimes praticados contra a pessoa. Verificamos, ainda, que o crime de tortura vem sendo tratado dessa mesma maneira;

- 4) Existe a preocupação, nos trabalhos de reforma legislativa, com a maior eficiência na repressão e prevenção a tais condutas violadoras dos direitos e garantias fundamentais; contudo, as propostas de reforma não precisaram o bem jurídico e, as ideias de mudança, apesar de bem intencionadas, pecaram por não se pautar pela sistemática;
- 5) Diante da confusão legislativa, que ofusca o intérprete e o aplicador das normas, sugerimos, *de lege ferenda*, que se trate a matéria no Título dos Crimes contra a Pessoa, em um Capítulo dos Crimes contra os Bens Jurídicos referentes aos Direitos e Garantias Fundamentais. Neste Capítulo, haverá as seguintes Seções:
 - a) Dos Crimes contra a Vida;
 - b) Dos Crimes contra a Incolumidade Física;
 - c) Dos Crimes contra a Liberdade de Locomoção;
 - d) Dos Crimes contra a Liberdade de Expressão;
 - e) Dos Crimes contra a Liberdade de Associação e Reunião;
 - f) Dos Crimes contra a Liberdade Sexual;
 - g) Dos Crimes contra a Liberdade do Exercício Profissional;
 - h) Dos Crimes contra a Liberdade de Consciência e Crença;
 - i) Dos Crimes contra o Direito de Voto;
 - j) Dos Crimes contra a Inviolabilidade do Domicílio;
 - k) Dos Crimes contra a Intimidade; e,
 - l) Dos Crimes contra a Honra;
- 6) Na Parte Geral do Código Penal devem ser enunciadas as hipóteses do abuso de poder, atribuindo-se-lhes o acréscimo punitivo por meio de causa de aumento de pena, a qual substituirá a agravante prevista na alínea *g*, inciso II, do art. 61, do Código Penal, por ser instituto mais adequado à tutela de bens jurídicos. A vulnerabilidade dos valores protegidos

potencializa-se diante do exercício das prerrogativas inerentes aos cargos públicos. A causa de aumento de pena será enunciada de maneira bifronte, pois a punição deve ser incrementada não apenas quando o agente público promove o abuso de poder no exercício da função, mas também quando fora dele, desde que em razão do prestígio que o cargo propicia. Sugerimos, ainda, para a redação da majorante que, nos moldes do disposto no Código Penal português, sejam explicitadas as duas modalidades de abuso de poder: excesso de poder e desvio de finalidade;

- 7) Mediante a análise da causa de exclusão de antijuridicidade estrito cumprimento do dever legal, limite último da atuação do poder estatal, ratificamos a ideia de que os bens jurídicos tutelados na atual incriminação do abuso de poder referem-se aos direitos e garantias fundamentais; os quais, *de lege ferenda*, serão melhor preservados por meio da reformulação descrita nas conclusões 5 e 6.
- 8) Depois da apreciação do tema sob o enfoque do Funcionalismo Penal, constatamos que esta corrente doutrinária deve ser tratada com reserva, pois em mais de um ponto se afasta de um Direito Penal garantista;
- 9) É paradoxal a repressão ao abuso de poder com a adoção dos fundamentos do Funcionalismo Penal. De acordo com esta corrente doutrinária, a política criminal ou a unidade e a confiança no sistema assumem a posição de transcendência, e os agentes das instâncias formais de controle responsáveis pela sua implementação, ao praticarem abuso de poder, estarão insurgindo-se contra as determinações do próprio Estado. Assim, o mais apropriado é assumirmos que a ciência conjunta do Direito Penal, não deve ter na política criminal o papel preponderante, mas, antes, configurar-se numa pirâmide, de base equilátera, em que os três lados, de igual extensão e importância, são a dogmática, a política criminal e a criminologia, jazendo, na cúspide, os direitos e garantias fundamentais;
- 10) Sob as lentes da Criminologia Crítica, ou Criminologia Nova, em certo sentido, ao focarmos o combate à criminalidade ligada ao abuso de poder, existe um retorno à concepção da Escola Criminológica Positiva. Para a Criminologia Crítica, a atenção é deslocada do fato delitivo e do criminoso

para a análise da sociedade e seus organismos de controle do crime, sendo estes os responsáveis pela gênese do crime. Na criminalidade ligada ao abuso de poder, confundem-se, em parte, as Escolas, pois o agente do delito é justamente aquele incumbido de coibir a prática criminosa. Assim, volta-se a estudar o delinquente, numa abordagem axiológica complexa, pois o agente do abuso de poder, ao ingressar na carreira pública, traz consigo os valores da sociedade que teme as instâncias formais de controle, agregando ainda à sua mundivisão os (contra)valores da instituição para a qual trabalhará.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo : Mestrre Jou, 1982.
- ABUSO DE PODER ou EXERCÍCIO ARBITRÁRIO. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 94-100, v. 2.
- ALENCASTRO AUTRAN, Manoel Godofredo de. *Código penal dos Estados Unidos do Brazil anotado*. Rio de Janeiro : Laemmert & C ., 1898.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Violência e estrito cumprimento do dever legal. *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*. São Paulo, 1975, v. 26.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.
- AZEVEDO, Noé. *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes*. São Paulo : RT, 1936.
- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires : Depalma, Ano 8, n.^{os} 29-32, p. 3-26, 1985.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva : 1988-1989.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchese di. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira, São Paulo: Atena, 1954.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo : RT, 1977.

- BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira et alii. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1986.
- BORGNE, Guy Le. Le contrôle des actes des agents de la police judiciaire. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris : Sirey, p. 407-410, janvier-mars, 1987.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1959, v. I.
- BUCKNER, T., CHRISTIE, N., FATTAH, E. Policia y cultura. *J. M. Rico (comp.)*, *Policia y sociedad democrática*. Madrid : Alianza Editorial, p. 166-185, 1983.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- *Motivo, vontade, intenção e dolo*. São Paulo : 1986.
- *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo : Cultural Paulista, 2001.
- Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal no estado democrático de direito. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo : Método, p. 73-80, 2001.
- CAMARGO, Hyppolito de. *Jurisprudencia referente ao Código Penal*, São Paulo : Andrade & Mello, s/d.
- CASTRO, Viveiros de. *Jurisprudencia criminal*. Rio de Janeiro : H. Garnier, s/d.
- CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *A criminalidade da polícia*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, ano 5, n.º 19, p. 243-252, jul-set/1997.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- As garantias do cidadão brasileiro no campo penal. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 109-121.
- COULANGES. Fustel de. *A cidade Antiga*. Lisboa : Livraria Clássica, 1950.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 2001.
- DELITALA, Giacomo. *Diritto penale*. Milão : Giuffrè, s.d.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio : Renovar, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.*, São Paulo : Atlas, 2001.

- DIAS NETO, Theodomiro. *Policciamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo : IBCCrim, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo : RT, 1980.
- *Manual de direito penal*, Rio : Forense, 2001.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro, Parte Especial*. Rio de Janeiro : Livraria Jacinto, 1943, vol. V.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo : Perspectiva, 1978.
- *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros, 2002.
- *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : RT, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo : RT, 2002.
- O direito como sistema de garantias. *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público de Portugal*. Lisboa, n.º 61, p. 29/49, 1.º trimestre, 1995.
- O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público de Portugal*. Lisboa, n.º 67, p. 39/56, 3.º trimestre, 1996.
- FERREIRA, Ivette Senise. A intimidade e o Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 2 , n. 5, p. 96-106, jan./mar., 1994.
- FERREIRA, Roberto dos Santos. Da denúncia nos crimes societários. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC, n. 9, ago-dez, 1996, p. 115-126.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal anotado*. Rio de Janeiro : Imprensa Industrial, 1886.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia : o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1973.

- FREITAS, Gilberto Passos, FREITAS Vladimir Passos. *Abuso de autoridade, notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4898 de 6.12.65*. São Paulo : RT, 1997.
- CASTRO, Fausto de Freitas e; MASCARENHAS, Domingos Santayana; ROSA, Ruben Machado de. *Código Penal brasileiro actualizado e anotado*. Livraria do Globo : Porto Alegre, 1931.
- GABALDÓN, Luis Gerardo. *Control social y criminología*. Caracas : Editorial Jurídica Venezolana, 1987.
- GARGANI, Alberto. L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão : Giuffrè, Nuova Serie, Anno XLI, 1998, p. 1224-1244.
- GARCIA-PABLOS, Antonio. *Estudios penales*. Madrid : Bosch, 1984.
- GARGANI, Alberto. L'abuso innominato di autorità nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Ano XLI, 1998, p. 1224-1244.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, ano 8, outubro-dezembro, 2000, p. 120-163.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1976.
- A polícia a luz do direito : um seminário na Faculdade de Direito da USP. São Paulo : RT, 1991.
- HAAS, Sérgio. *Os delegados de polícia e a Lei n.º 4.898/65*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : RT, n.º 499, maio, 1977, p. 433- 445.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo : IBCCrim, 1997, p. 189-213.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1958, v. 1, t. II, v. IX.
- JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, *Fundamentos de Derecho Penal*. Buenos Aires : Ad Hoc, 1996, p. 181-240.
- JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal : Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000*. Lima : Grijley, 2000.

- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 20. ed., 1997, v. I; 6. ed., 1995. v. IV.
- KOSOVSKI, Ester. Abuso de poder: novas medidas contra a prepotência. *Ciência Penal: Coletânea de estudos, Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba : JM, 1999, p. 119-132.
- KUPER, Adam, KUPER, Jessica. *The Social Science Encyclopedia*, London and New York, Routledge, 1989.
- LINS E SILVA, Técio. *A cidade está com medo*. Rio de Janeiro : Marco Zero, 1982.
- *Liberdade e abuso de poder na repressão à criminalidade*. Manaus : OAB, Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Tese n.º 8, 1980.
- LIPPMANN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988*. São Paulo : LTr, 1999.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona : Ed. Ariel, 1995.
- SOARES, Oscar de Macedo. *Código penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro : Livraria Garnier, 1933.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1985, v. I; 2001, v. IV.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Direito Penal Tributário, princípios constitucionais e direitos fundamentais: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores*. In: *Tributação e Direitos Fundamentais*. Coord. Paulo Gonet Branco, et al. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 318-340.
- O roubo e a lógica. *Carta forense*, jan/2012, p. A-10.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, ano 20, v. 98, set-out/2012.
- MALINVERNI, Alessandro. *Criminalité et abus de pouvoir: delits et delinquants au-dessus de la loi*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* Paris, Sirey, Trimestrielle nouvelle série, juillet-septembre, 1980, p. 793-819.
- MANES, Vittorio. *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, Nuova Serie, Ano XLI, p. 1202-1235, gennaio-marzo 1997.

- MARTINS, Eliezer Pereira. *O militar vítima do abuso de autoridade: apontamentos a lei 4898/65*. Leme : Led, 1996.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes públicos*. São Paulo : RT, 1975.
- *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2001.
- MIR PUIG, Santhiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona : PPU, 1995.
- *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio : Boffoni, 1947, v. IV.
- MOLINAS, Fernando Horacio. El dolo y el daño en el delito de abuso de autoridad. *Doctrina penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires, Depalma, p. 513-526, 1988.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan Mahmoud. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*. Edição especial sobre a reforma do Código de Processo Penal, p. 155-166, jul. de 2009.
- NASCIMENTO SILVA, Josino do. *Código Criminal do Imperio do Brasil augmentado*. Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert, 1862.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Polícia e cidadania. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n.º 693, p. 440-443, julho, 1993.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo : RT, 1999.
- PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Código Criminal do Imperio do Brazil commentado e anotado*. Rio de Janeiro : Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885.
- PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Livraria Garnier ,1882.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil : evolução histórica*. Bauru : Jalovi, 1980.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracia. *Tempo Social*. São Paulo : USP, p. 43-52, maio de 1997.

- PINTO, Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- PIRAGIBE, Vicente. *Jurisprudência penal do Brasil*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1968.
- PODVAL, Roberto. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Direitos fundamentais. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, n.º 118, Ano 10, p. 1-2, setembro, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2006, v.4
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal, introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RAMÍRES, Bustos. *Introducción al Derecho penal*. Bogotá, Temis, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- REALE JR. Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo : RT, 1998.
- A lei dos crimes ambientais. *Separata Revista Forense*. São Paulo : Forense, 1999, vol. 345.
- *Parte geral e tipicidade*. São Paulo: USP, 1986.
- Insegurança e tolerância zero. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, Edição comemorativa de 10 anos, p. 9-11, outubro, 2002.
- *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I.
- REX, John. *Problemas fundamentais de teoria sociológica : possibilidade de aplicação de uma metodologia científica*. Trad. Edmond Jorge. Rio de Janeiro : Zahar, 1973.
- RIBEIRO, Antonio Campos. A reparação do dano às vítimas de crime e abuso de poder. *Revista da Faculdade de Direito de Valença*. Valença, Ano I, n.º 1, p. 127-132, 1998.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1962.
- Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, ano 9, p. 13-27, julho-setembro de 2001.
- *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Cantizano. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1977, vol. IV.

- SÃO PAULO (Estado). Polícia Civil. *Manual operacional do policial civil : doutrina, legislação, modelos*. Coordenação Carlos Alberto Marchi de Queiroz. São Paulo : Delegacia Geral de Polícia, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Nihil humani a me alienum puto. *Boletim do IBCCrim*, n. 243, fev. de 2013, p. 2-3.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da pena, finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo : RT, 2002.
- SILVA, Aloísio Firmo Guimarães. Reflexos sobre a proposta de alteração do art. 4.º da Lei nº 4.898/65 (Projeto de Lei nº 2.961/97). *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, Ano 6, nº 72, p. 6-8, novembro, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo : Malheiros, 1998.
- SILVA FRANCO, Alberto, *et alii*, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1997.
- SILVA SANCHEZ, José Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona : Bosch, 1995.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Livraria Jacyntho, 1932.
- SZNICK, Valdir. *Tortura : histórico, evolução, crime*. São Paulo : Leud, 1998.
- TAVAREZ, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.
- *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.
- TAYLOR, I., WALTON, P., e YOUNG, J. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro : Graal, 1980.
- THEODORSON, George A., THEODORSON, Achilles. *A Modern Dictionary of Sociology*. New York : Crowell, 1969.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- TORON, Alberto Zacharias. Advogado criminal: um estorvo perigoso. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, Edição Comemorativa de 10 anos, p. 18-19, Outubro, 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- VIEIRA DE ARAÚJO, João. *O Código penal interpretado*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1901.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Teoría del delito*. Buenos Aires : Ediar, 1973.

— *Manual de derecho penal, Parte General*. Buenos Aires : Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo : RT, 1997.