

PARADIGMAS PARA UMA CRÍTICA AO DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE

Gustavo de Souza Preussler

Autor da obra: "Aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no Injusto Negligente;
Doutrinador colaborador da Revista *Bonijuris*;
Advogado Criminalista, Professor de Instituições de Direito Público e Privado;
Pesquisador de Ciências Criminais, Política Criminal e Teoria Geral do Delito;
Pós-graduado em Docência no Ensino Superior pela
UNIPAN – União Pan-Americana de Ensino;
Mestrando em Filosofia Política.

Sumário: 1. Introdução; 2. Paradigmas para uma crítica ao Delito de Abuso de Autoridade; 2.1 O Poder; 2.2 As Autoridades; 2.3 Os Limites do Poder; 3 conclusões sobre a configuração do Abuso de Autoridade.

Resumo: O Direito de Petição, direito instrumentalizador e pressuposto caracterizador das condutas abusivas de autoridade, desde de tempos remotos, em especial na fase da ilustração, detinha elementos essenciais para coibir os abusos do Estado. Porém, na fase atual da sociedade, as Condutas Abusivas de Autoridade, tem sido tratadas como verdadeiros indiferentes penais frente aos relevantes bens jurídicos-penais, cuja dignidade, necessidade e utilidade é constitucionalmente relevante, porém não detendo perante a sistemática instrumentos de retenção dos coatores. Se o Direito Penal é a Barreira Intransponível da Política Criminal, podemos afirmar que a Barreira que coíbe as condutas abusivas de autoridades é claramente frágil. **Palavras-chave:** Abuso de Autoridade, Autoridades Públicas, Direito de Petição.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Natural disponibiliza que a lei natural, fonte máxima de justiça, se faz sempre por necessidade de um pacto previamente celebrado. Assim, também se faz necessária a existência da positivação de um Direito Fundamental, através da Carta Magna da República, para que o *justo* e *injusto* possa ser delineado perante o poder coercitivo Estatal. Este por sua vez, obrigando os destinatários destes bens fundamentais que antes constavam no Direito Natural e foram transportados ao Direito Positivo são dotados de coercitividade. Assim, estes bens reportam-se à capacidade Estatal de obrigar os indivíduos Isonomicamente. Porém esta coercitividade também resta delineada em forma de bens intransponíveis ao indivíduo, devendo assim, chegar ao patamar máximo da Justiça Natural, sem que se extrapole a forma inerte e intacta dos bens fundamentais ao homem¹.

¹ “Daquela lei natural em que somos obrigados a transferir aos outros aqueles direitos que, ao serem conservados, impedem a paz da humanidade, segue-se uma terceira: Os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem. Sem esta lei os pactos seriam vãos e não passariam de palavras vazias. Como o direito de todos os homens a todas as coisas continuaria em vigor, permaneceríamos na condição bélica. Nesta lei natural assenta-se a fonte e a origem da justiça. Sem um pacto anterior, pois, não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, seguindo daí que nenhuma ação pode ser injusta. Porém, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. A definição

Desta forma a celebrada obra de ARISTÓTELES concluindo o prisma significativo da monarquia, entendia em sua obra *Política* que governar e ser governado está no mesmo patamar de desigualdade, tendo em vista seu aspecto dialético da alternância do poder. O poder, assim, para o filósofo, trata-se em verdade de uma relação hierárquica de governo, ou seja, haverá uma relação *governante-governado*. Esta situação é amplamente aplicável como base epistemológica do discurso que reporta-se ao abuso de autoridade, já que o poder é um *meta-conceito* que o abarca. Logo, haverá no abuso de autoridade, uma relação de *governante-governado*, porém com suas limitações de poder extrapoladas².

Nada obstante, em um momento mais avançado da história da filosofia, THOMAS HOBBS assevera que a busca constante do indivíduo é a auto-preservação, e esta se dá através de alcance natural de honras, poder e autoridade. Nada obstante, a própria natureza acaba por disciplinar que o indivíduo é protegido pelo Estado quando em tempo de paz e o Estado é protegido pelo indivíduo na hipótese de guerra. Assim a busca incessante da integridade da autoridade, acaba por remontar uma dialética natural da estabilidade do estado de liberdade. Assim, somente será simétrica a conduta da autoridade para com os preceitos fundamentais de um Estado, se houver obediência *necessidade + proteção do homem natural/artificial que necessita*.

E ainda, inspirando a Revolução Francesa, bem como a Estrutura Estatal brasileira, MONTESQUIEU, citava em sua renomada obra *Espírito das Leis* que existe no Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependam do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependam do direito civil, sendo o primeiro o poder executivo do

de injustiça é o não cumprimento de um pacto. Tudo o que não é injusto é justo. Ora, como os pactos de confiança mútua são inválidos sempre que de qualquer dos lados existe receio de não cumprimento – conforme consta no capítulo anterior - , embora a origem da justiça seja a celebração dos pactos, não pode haver realmente injustiça antes de ser removida a causa desse medo. Essa remoção não pode ser feita enquanto os homens se encontram na condição natural de guerra. Daí, para que as palavras ‘justo’ e ‘injusto’ possam ter sentido, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. Não pode haver tal poder antes de erigir-se um Estado. Entende-se o mesmo da definição comum da justiça nas escolas, pois nelas se diz que a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu. Onde não há Estado, não há propriedade, já que todos os homens têm direito a todas as coisas. Onde não há Estado, entende-se nada pode ser injusto. A natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los, e é também só aí que começa a haver propriedade.” (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 111)

² “Agora, a primeira questão que se poderia colocar acerca dos escravos é se para além das virtudes instrumentais e servis, possuem outra virtude mais valiosa do que essas, como, por exemplo, a temperança, coragem, justiça, e outras disposições morais do gênero. Ou será que não tem nenhum outro mérito senão o que decorre dos seus préstimos corporais. Qualquer das alternativas representa uma dificuldade. É que se, por um lado, eles possuem uma certa virtude, em que seriam diferentes do homem livre? Mas se, por outro lado, não tiverem virtude, permanece um embaraço visto que são seres humanos e racionais. No que se refere a mulher e aos filhos, o problema é basicamente o mesmo. Terão também virtudes próprias? A mulher, deverá ou não ser corajosa, temperada e volúvel ao mesmo tempo, ou não? Importa em termos genéricos colocar a mesma questão no que se refere ao que, por natureza, obedece e ao que manda: possuem ambas virtudes que tornam os humanos excelentes (ou seja, a harmonia vital e a bondade moral), por que razão há de um deles sempre apto para mandar e o outro apto a obedecer? Ora, por um lado, tal diferença entre mandar e obedecer não é uma questão de mais ou de menos: sendo a diferença entre o mais e o menos não entra nessa escala. Mas exigir, por outro lado, virtude a um e não a outro, não deixa de ser surpreendente. Se o governante não for moderado e justo, como poderá, obedecer bem? Se for destemperado e corrupto, decerto nunca desempenhará nenhum de seus deveres. Ora é evidente que de certo modo ambos partilham necessariamente da virtude, contudo, existem diferenças, como as que ocorrem, entre os que obedecem por natureza”. (ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilíngüe. Lisboa: Veja, 1998, p. 93-95).

Estado e o segundo o poder judiciário propriamente dito³. Tal princípio delimitador do Poder Geral do Estado, restou corroborado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França e assim dispunha: “XVI - *Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*”. Cabe ressaltar que foi perante esta filosofia que se inspira o surgimento do Princípio da Legalidade, inerente à Separação dos Poderes⁴ e simétrica para com o modelo democrático, sendo instrumento de restrição de Abuso de Poder, ou também denominado como Poder arbitrário, também refletido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵.

Nada obstante à inspiração que o Estado Moderno levou através de conceitos *jusfilosóficos*, cabe ressaltar que a necessidade de Autoridade e a limitação da atividade desta, tornou-se evidente através de preceitos ou fontes positivas elencadas no Direito Romano, mais especificamente em suas fases evolutivas. *Período Real (vai das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.)* a Fonte de Direito delimitadora da atividade Estatal era evidentemente o costume, porém a aplicação deste preceito à delimitação da atividade jurisdicional do Estado restava muito prejudicada, pois o Rei era o magistrado único, vitalício e irresponsável, ou seja, não poderia à ele ser imputado ou delimitada sua atividade, a liberdade em seu sentido naturalístico era mais que evidente, sendo o abuso de autoridade neste período evolutivo da sociedade um prisma lacônico e sem nexos. *Período Republicano (de 510 a 21 a.C., quando o Senado investe Otaviano – o futuro Augusto – no poder supremo com a denominação de pinceps)* marcado pela existência da magistratura em sua fecunda forma, haviam nesse período a existência de dois representantes eleitos, sendo que em tempo de paz de denominavam *iudices (juizes)* e em tempo de guerra *praetores (os que vão à frente)*, após esta fórmula base da magistratura, ou seja, das autoridades, outras surgiram se desmembrando deste padrão básico, porém a autuação do poder judicante deu azo à manifestações dos plebeus que acabaram por reivindicar um posituação da norma que até então se encontrava em seu *modus operandi*

³ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 165-166.

⁴ “Muito embora a competência para criminalizar determinada conduta, ou deixar de fazê-lo, seja da esfera do poder legislativo, já se viu, ela não é absoluta. É possível limitar este poder de decidir – sem que isto implique ofensa ao princípio da separação dos poderes – do órgão judiciário às hipóteses de inequívoca e flagrante inconstitucionalidade. O problema que se avisa refere-se às situações em que subsista algum tipo de dúvida a respeito da necessidade da tutela penal. Qual a orientação a ser seguida nestes casos? Joaquim José Gomes Canotilho busca responder a esta questão, tratando de determinar a inconstitucionalidade da lei quando, por meio de outra, se pudesse restringir de forma menos excessiva e mais proporcional os direitos e garantias. No entanto, reconhece, o autor, que esta questão ‘coloca problemas graves em sede de controle concreto da constitucionalidade, se se interpretar a necessidade, a adequação e proporcionalidade da medida legal restritiva como uma questão de mérito político, situada no âmbito de liberdade de conformação do legislador’ (1992, p. 629). Canotilho sugere que se estabeleça um sistema gradativo para a atuação legislativa, de forma que ela seria mais alargada quando se tratasse de bens mais fundamentais, como a liberdade, cuja restrição é consequência principal da violação de condutas incriminadas penalmente”. (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.101).

⁵ “Se bem que não seja, como a igualdade, inerente ao espírito de qualquer democracia, o princípio de legalidade é inseparável da forma ocidental de democracia, construída sobre a ‘separação dos poderes’. Esse princípio – ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789. Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral, que a tudo e todos governa, na democracia. O princípio da legalidade onde só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, representante do povo, exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão-somente à vontade manifesta pelos órgãos de representação popular. Na Constituição vigente, porém, admitem-se ‘atos com força de lei’. Estes atos – as medidas provisórias e a lei delegada – podem criar, como criam, direitos e obrigações, ainda que provenham do poder executivo”. (FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 244)

natural, até mesmo para se coagir abusos daqueles que teriam o poder de dizer o Direito, o que consagrou a existência das Leis das XII Tábuas; *Período do Principado (de 267 a.C. a 285 d.C., com o início do dominato por Diocleciano)* com o declínio da república, esta restou substituída pelo principado, cuja representação era feita pelo príncipe, com auxílio de senadores. O absolutismo acaba ser a marca registrada do presente período, tendo em vista que as decisões dos magistrados poderiam ser submetidas ao crivo da apreciação discricionária infundada do Príncipe, que poderia vetar as emissões judicantes⁶. Tornando-se em evidente afronta à segurança jurídica das decisões jurisdicionais, integrando um abuso de autoridade consentido pela forma que encontrava-se estruturado o Estado; *Período do Dominato (de 285 a 565 d.C., data em que morre Justiniano)* trata-se na verdade da Monarquia Absoluta, sob outra nomenclatura, porém com traços evidentes da mesma, o abuso de poder aqui era exercido como forma de coação do abuso hermenêutico realizado pelos operadores do Direito que buscavam a indução falsa aos magistrados, desarticulando em razão do qual a verdadeira finalidade da norma que já encontrava-se neste momento histórico positivada na forma da *lex*, também denominada Constituição Imperial. Então a desobediência da autoridade da coisa julgada imbuída de erro, era em verdade um liame não abusivo de correção de interpretações normativas errôneas.

Após estes paradigmas históricos, há ainda inspiração no Direito Positivo Internacional, tal assertativa merece resguardo historicamente, pois encontrou na *Carta Magna Libertatum* os direitos inerente ao *Habeas Corpus* e o *writ* em caráter Constitucional em 1215. Nada obstante, influências históricas da Petição de Direitos de 1629, veio à influenciar ainda mais a intersecção do Direito de Petição/Reclamação perante o soberano, e assim o foi com o advento da Lei específica do *Habeas Corpus*, prevendo inclusive o restabelecimento do *status libertatis* do indivíduo. Nada obstante, em 1776, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia proveniente da revolução Norte-americana, veio a contribuir para o que seria hoje o Direito de Petição/Reclamação brasileira. Já em um período histórico mais avançado, surge perante a França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que inclusive é responsável por forte influência da atual Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

⁶ “1. *Consulado* – É, como salienta Emílio Costa, uma sombra vã do consulado republicano, pois, privado de qualquer poder da Itália, mesmo no território italiano não dispõe do comando militar, e seus poderes civis estão limitados pela *potestas tribunicia* do príncipe. De magistratura anual, passa, no início do principado, a semestral; depois, a quadrimestral, a trimestral, e, enfim, no tempo de Nero, a bimestral. Mas o consulado perdura durante todo o principado. 2. *Pretura* – Foi a magistratura que mais resistiu à absorção de poderes por partes do príncipe. Os pretores urbano persiste durante o principado; a peregrina desaparece no tempo do imperador Caracala. Surgem, nesse período, alguns pretores dotados de competência específica, assim, por exemplo, o *praetor tutelaris*, encarregado da nomeação dos tutores. 3. *Censura*: Reduzida, desde o início do principado, às funções de redação das listas dos cidadãos de Roma, e de coordenação dos recenseamentos realizados por magistrados municipais, a censura deixa de existir, como magistratura autônoma, no tempo do imperador Domiciano (81 a 96 d.C.), o qual a assumiu vitaliciamente. 4. *Questura* – Durante o principado, encontramos 20 questores com funções muito reduzidas. Dois deles serviam como secretários do príncipe (*quaestores principis*). Os questores estavam obrigados a prestações pecuniárias para, a princípio, o calçamento de ruas, e, depois, os jogos de gladiadores. 5. *Edilidade curul e da plebe* – A partir de César, os edis, em número de seis, se dividem, dois a dois, em três categorias: edis curulis, plebeus e *Ceriales* (estes, encarregados do aprovisionamento de Roma). A pouco a pouco, porém, suas funções são atribuídas a funcionários imperiais, até que deixa de existir a edilidade no século III d.C. (por volta do ano 240). 6. *Tribunato da plebe* – Não obstante tenha perdurado por todo o principado, suas funções, que vinham da república, se transferem para o imperador. Suas novas atribuições são de ordem administrativa, como, por exemplo, a vigilância das sepulturas”. (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 12.^a ed.. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1999, p. 31-32).

Como esboço Histórico já constante em nosso Direito Positivo, cabe ressaltar que na Constituição de 1824, contava o seguinte no que pertine ao Abuso de Autoridade: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte, (...)XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.; Na Constituição de 1891: Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à (...) § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados; Na Constituição de 1934: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 10. É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade); Na Constituição de 1946: Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.) asseguram a faculdade de representação contra abusos de autoridade. A Constituição de 1967, citava: Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é assegurado através no art. 5.º, direitos inerentes à proibição do abuso de autoridade Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”. Na Emenda Constitucional n.º 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, também houve por via oblíqua, previsão da existência de restrições à Abusos das Autoridades Pretorianas e Ministeriais. Cita a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP: “*Art. 19. Ao Plenário do Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, cabendo-lhe, além das atribuições fixadas no artigo 130-A, § 2.º, da Constituição, e das que lhe forem conferidas pela*

Lei, o seguinte:(...)II – oferecer notícia-crime ao órgão competente do Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública, de improbidade administrativa ou de abuso de autoridade”; No mesmo sentido o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça:“Art. 19. Ao Plenário do Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o seguinte: (...) VII - representar ao Ministério Público no caso de crime contra a administração pública, de improbidade administrativa ou de abuso de autoridade”.

A Lei n.º 4.898 de 9 de dezembro de 1965, não é anacrônica, pois está em perfeita simetria para com os preceitos protetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, *verbi gratia*, Art. 3.º da Lei de Abuso de Autoridade, prevê que constitui Abuso de Autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção. Tal Bem Jurídico, também consta na Constituição Federal, mais especificadamente no art. 5.º, *caput* e inciso XV da Carta Magna: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

2. PARADIGMAS PARA UMA CRÍTICA AO DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE

2.1 O PODER

A significação do *Poder* propriamente dito é proveniente da língua latina, derivado do verbo latino *posse* (poder, ter poder, ser capaz), é a expressão usada na terminologia jurídica nas mesmas condições em que se usa na linguagem corrente: isto é, como verbo e como substantivo. *Poder*. Como verbo, é tomado no sentido de *ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade*. Deste modo, toda vez que o verbo vem reger qualquer frase, mostra, em relação ao que rege *autorização*, uma *permissão* ou uma *faculdade*, em virtude do que se adquire a *faculdade de fazer* ou *de se seguir* o que ali contém. Assim, na *conjugação positiva*, poder traz sentido bem diverso de *dever*. Enquanto poder revela uma *permissão* ou estabelecimento de uma *faculdade*, o dever impõe uma obrigação, sendo portanto, imperativo o que se contém na frase por ele regida. O *dever* é para ser feito, não há alternativa. O *poder* constitui faculdade e será ou não cumprido aquilo que por ele se estabelece, conforme a vontade da pessoa. Na forma negativa, no entanto, possuem sentidos equivalentes, pois que não poder ou não dever resulta em *proibir* ou *vedar*, em qualquer circunstância em que se manifestem os dois verbos.⁷ Para CESARE BECCARIA:

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: SLAIBI, Nagib Filho; ALVES, Geraldo Magela. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 613.

“as vantagens da sociedade devem ser distribuídas eqüitativamente entre todos os seus membros. Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade. Apenas com boas leis se podem impedir esses abusos. Mas, freqüentemente os homens deixam a leis provisórias e à prudência ocasional o cuidado de regular os negócios mais importantes, quando não os confiam à vontade daqueles que têm interesse em se opor a melhores instituições e às leis sábias. Além disso, apenas depois de terem pervagado por muito tempo em meio aos erros mais prejudiciais, depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência é que, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremos, os homens se determinam a remediar os males que os atormentam”⁸.

Sob este enfoque do iluminista, cabe à lei a restrição das formas abusivas de atuação. É de espólio da história as manchas de sangue que foram deixadas, pelas comissões de tortura, que evidentemente eram formas extrapoladas de utilização das atribuições naturais do ser humano, na atualidade, formas lesivas aos bens jurídicos penalmente tutelados, acarretando verdadeiro sistema de ofensividade dos paradigmas humanitários que informam a lei penal. Surge assim, dispositivos legais para restringir o atuar das autoridades, para que o exercício desta capacidade, o *Poder*, não seja abusivo. Neste sentido cita a doutrina de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

“§73 Para além do CP, um instrumento decisivo de promoção de uma nova política criminal é constituído pela lei constitucional: sem conter declarações directas sobre tal matéria, a CRP incorpora praticamente a totalidade dos princípios directores político-criminais atrás assinalados. Assim, por um lado, os arts. 29.º e 30.º da CRP dão completa expressão ao princípio da legalidade: e, na verdade, na sua mais ampla acepção, naquela que ultrapassa o seu conteúdo tradicional, nomeadamente enquanto abrange as próprias medidas de segurança. O art. 18º-2 da CRP, por seu lado, deve porventura reputar-se o preceito político-criminalmente mais relevante de todo o texto constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais, e subordinando toda a intervenção penal a um estrito princípio da necessidade, ele obriga, por um lado, a toda a criminalização possível; proíbe, por outro lado, qualquer criminalização dispensável, o que vale por dizer que não impõe, em via de princípio, qualquer criminalização em função exclusiva de um certo bem jurídico; e sugere, ainda por outro lado, que só razões de prevenção, nomeadamente de prevenção geral de integração, podem justificar a aplicação de reacções criminais. Este pensamento básico sobre a essência, o fundamento e o sentido de tais reacções é, porém, completado em outras duas vertentes: na necessária intervenção do princípio da culpa, como consequência da exigência incondicional de defesa da dignidade da pessoa humana que ressalta dos arts. 1.º, 13.º-1 e 25.º-1 da CRP; e no reconhecimento do princípio da socialidade que resulta, com suficiente clareza, do modelo do Estado de Direito social sem o qual a CRP não pode ser compreendida”.⁹

MICHEL FOUCAULT, remonta a história da violência demonstrando a atividade do poder das autoridades da forma mais ignóbil em que já se viu. Os suplícios do corpo, eram a forma instrutória mais eficaz da época, acarretando evidente forma abusiva de utilização de poder. Cita o autor um exemplo real do que acontecia naquela época de trevas pré-iluminista:

⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 15.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II: Consequências Jurídicas do Crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 84.

“[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita força carroça, na praça de Grève, e sobretudo um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento”.¹⁰

A autoridade que valer-se-á de abuso será integrada à determinado ente Estatal. Logo o poder que esta autoridade exerce será objeto inerente ao estudo do Direito Administrativo e Constitucional, bem como da Teoria Geral do Estado para análise de seus Poderes.

São Poderes inerentes à Administração do Estado, o *poder vinculado*, o *poder discricionário*, o *poder hierárquico* e o *poder regulamentar / normativo*.

O primeiro destes, ou seja, o *poder vinculado*, trata-se também da competência vinculada da Administração Pública, cuja autoridade será obrigada a agir em conformidade à determinada lei, pois é orientado este Poder ao Princípio da Legalidade. Conforme MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “o chamado ‘poder vinculado’, na realidade, não encerra prerrogativa do Poder Público, mas ao contrário, dá idéia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos”.¹¹

Em contraposição ao Poder Vinculado, há o *Poder Discricionário*. Cabe aqui indagar: Qual dos dois tipos de poderes (discricionário e vinculado) será mais facial a averiguação de forma arbitrária de exercício? É de se entender, que o *Poder Abusivo Vinculado* está mais delimitado, assim por via silogística de dogmática que acaba a incidir pela caracterização do poder em sua fecunda forma abusiva, enquanto que o poder vinculado por ser informado pela conveniência e oportunidade encerra em averiguar os verdadeiros paradigmas da lei moral, com o intuito de restar sistematicamente evitada de vícios abusivos.

Outrora, cita o magistério de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR que “o poder discricionário da Administração Pública é uma ‘facultas’ ou ‘potestas’. É uma possibilidade. É aquilo que Aristóteles denomina ‘em potência’. É uma potencialidade. O ato discricionário é a cristalização num caso concreto da possibilidade ou faculdade fornecida pela discricionariedade ou poder discricionário da Administração Pública”.¹²

Já o *Poder Hierárquico*, é aquele existente em categorias funcionais diversas de servidores. É um instrumento de coordenação dos órgãos administrativos que possuem o primado de se alcançar a maior eficiência¹³. Distribui assim o presente Poder emanado do Estado, em

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 31.^a ed. trad. Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 9.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17.^a ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 86.

¹² CRETILLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 150.

¹³ “O poder hierárquico configura assim, instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 127).

evidente distribuição de competências. De que forma poderá a autoridade superior tornar-se arbitrária (abusiva)? Um exemplo que vem à tona é o exercício de coordenação de atribuições exclusivas do Poder Executivo, sendo executada por outro Poder, ou de hierarquia inferior¹⁴.

No mesmo sentido do exposto, HELY LOPES MEIRELLES, cita que: "Hierarquia é a relação de subordinação existente entre vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação de autoridade de cada um. Dessa conceituação resulta que não há hierarquia no Judiciário e no Legislativo, nas suas funções próprias, pois ela é privativa da função executiva, como elemento típico da organização e ordenação dos serviços administrativos"¹⁵.

O *Poder Disciplinar*, assim como o poder hierárquico, poderá lesar ou causar perigo de lesão ao exercício profissional, analisando a norma penal em seu caráter teleológico-funcional. Isto se dá, pois, no poder hierárquico, possuirá a Administração Pública a faculdade de punir os seus servidores segundo a norma *interna corporis*.

O *Poder Regulamentar*, é a atividade que poderá acarretar a abusividade de forma difusa de quaisquer bens jurídicos protegidos pelos fins da norma constante na Lei de Abuso de Autoridade. É de se verificar que, consiste assim, o poder regulamentar, o direito potestativo dos Chefes do Poder Executivo, tanto na esfera federal, como na estadual e municipal, de expedir decretos cuja a matéria de sua competência legiferante ainda não havia sido versada em lei. Porém estes decretos podem, mesmo sem o intuito direto de afetar garantias fundamentais protegidas pelo Estado Social e Democrático de Direito, afetando bens jurídicos penalmente tutelados pela lei de abuso de autoridade.

Já o "Poder de Polícia, é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado"¹⁶.

Nota-se que o instrumento protetivo Estatal dos Direitos Individuais, poderá ser um meio de frenagem dos Direitos e Garantias Fundamentais, superafetando o Estado Social e

¹⁴ DISTRITO FEDERAL – LIMITES TERRITORIAIS – ALTERAÇÃO – REGIÕES ADMINISTRATIVAS – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEI Nº 899, DE 08.08.1995 – ARTIGOS 18, §§ 3º E 4º, 61, § 1º, 32, § 1º, 25, 71, § 1º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1. A Lei nº 899, de 08.08.1995, do Distrito Federal, transferiu de uma Região Administrativa (Ceilândia), para outra (Brazlândia), parte de certa área territorial, onde situado o Núcleo denominado INCRA 09 do Projeto Integrado de Colonização Alexandre de Gusmão. 2. O Governador do Distrito Federal, alegando que a Lei alterou os limites do território do Distrito Federal, incorporando-o, em parte, ao Estado de Goiás, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, alegando violação dos §§ 3º e 4º do art. 18 da Constituição Federal. 3. Relevância dos fundamentos jurídicos da Ação, que mais se reforça ante o silêncio da Câmara Legislativa do DF, que deixou de prestar as informações requisitadas, como que admitindo a procedência do alegado na inicial. 4. Ainda que assim não fosse, é de se considerar que a Constituição Federal, no art. 61, § 1º, inc. II, "b", estabelece competir privativamente ao Presidente da República a iniciativa de lei que disponha sobre a organização administrativa federal, prerrogativa que cabe ao Governador do Distrito Federal, quando se trate dessa unidade da Federação (artigos 32, § 1º, 25 da CF). 5. O Distrito Federal rege-se por sua Lei Orgânica, como determina o art. 32 da CF. E essa Lei, no art. 71, § 1º, inc. IV, estabelece competência privativa do Governador, para as Leis que disponham sobre "criação, estruturação, reestruturação, desmembramento, extinção, incorporação, fusão e atribuições das Secretarias de Governo, órgãos e entidades da administração pública, sendo as Administrações Regionais, correspondentes às Regiões Administrativas, órgãos da administração. 6. No caso, a iniciativa da Lei não foi do Governador, mas de parlamentar, o que também põe em dúvida sua validade sob o aspecto formal. 7. Quanto ao "periculum in mora" é manifesto, pois, durante a tramitação do processo, haverá o risco de alteração indevida dos limites territoriais do Distrito Federal e, até, segundo se alega, do Estado de Goiás, com as complicações disso decorrentes, ficando, assim, igualmente evidenciada, a alta conveniência da Administração na suspensão da eficácia da Lei. 8. Medida cautelar deferida, para suspensão, "ex nunc", da eficácia da Lei nº 899/95 do DF, até o julgamento final da ação. 9. Plenário. Decisão unânime. (STF – ADIn 1.509-5 – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 11.04.1997) (Ementas no mesmo sentido)

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 112.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 122.

Democrático de Direito. Não que se defenda um Estado Liberal de Direito, sem respeito a qualquer limitação, mas sim um Estado Social de Direito, com todos os seus Direitos Fundamentais resguardados.

Exclusivamente este poder, possui atributos especiais: A uma, *discricionariedade*, ou seja, é a *facultas* ou *potestas agendi* da Administração Pública, evidenciando em real direito subjetivo atrelado ao Estado Social e Democrático de Direito; A duas, *auto-executoriedade*, executa-se a faculdade de agir, quando se opta por agir pela sua própria longa *manus*, não havendo terceiro interveniente; A três, a *coercibilidade*, é um conseqüente lógico, se a administração tem a *facultas agendi*, opta por agir e tem poder para agir em nome próprio sem terceiros intervenientes, é conteúdo do seu contingente a aptidão de impor coativamente o ato inerente ao Poder de Polícia.

HELY LOPES MEIRELLES, assevera de modo sábio a possibilidade de ensejar o atributo da coercibilidade em evidente abuso de autoridade, ou em outras palavras: “O atributo da coercibilidade do ato polícia justifica o emprego da força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados”¹⁷.

2.2 As AUTORIDADES

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA autoridade, trata-se de “um termo derivado do latim *auctoritas* (poder, comando, direito, jurisdição), é largamente aplicado na terminologia jurídica, como o poder de comando de uma pessoa, o poder de jurisdição ou o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos. Desse modo, por vezes, a palavra designa a própria pessoa que tem em suas mãos a soma desses poderes ou exerce uma função pública, enquanto, noutros casos, assinala o poder que é conferido a uma pessoa para que possa praticar certos atos, sejam de ordem pública, sejam de ordem privada. Em sentido geral, assim, *autoridade* indica sempre a *concessão legítima* outorgada à pessoa, em virtude de lei ou de convenção, para que pratique atos que devam ser obedecidos ou acatados, porque eles têm o apoio do próprio direito, seja público ou privado. Assinala a competência funcional ou o poder de jurisdição. *Autoridade*. Por vezes, sem fugir ao rigor de seu sentido etiológico, significa a força obrigatória de um ato emanado da autoridade, E assim se diz a autoridade da lei ou autoridade de um mandado judicial”¹⁸.

Para o Direito Penal, tal conceituação se difere através da norma penal não-incriminadora de caráter explicativa, constante no Código Penal Brasileiro, citando que: “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

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 129.

¹⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: SLAIBI, Nagib Filho; ALVES, Geraldo Magela. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103.

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. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000, DOU 17.07.2000). § 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 23.06.1980)”.

A conceituação de autoridade perante o Código Penal Brasileiro é mais ampla do que a constante no Direito Administrativo, pois naquele é considerado qualquer pessoa que esteja exercendo a função pública, mesmo que não aufera pecúnia através de vencimentos, subsídios ou qualquer espécie remuneratória elencada pelo Direito Administrativo¹⁹. Assevera PAULO JOSÉ DA COSTA JR., que a definição legal de funcionário público é válida e contida nas *delictae in officio* tanto para o Código Penal Brasileiro, como para as legislações extravagantes²⁰.

Problematizando a respectiva conceituação do *jus positum* cabe ressaltar que a Lei de Abuso de Autoridade também busca a conceituação legal da figura *autoridade*. Cita assim a LAA, no seu 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 ou sem remuneração”. Pergunta-se: Qual o dispositivo aplicável à espécie, o constante na norma penal não-incriminadora explicativa do Código Penal Brasileiro (art. 327) ou a constante na Lei de Abuso de Autoridade (LAA) (art. 5.º)? A respectiva dúvida é de alta relevância, deve-se assim analisar sob o enfoque dos conflitos de leis no tempo. 1.º) *Crítério da Lex Specialis Derogat Legi Generali (A Lei Especial Derroga a Lei Geral)* consiste no critério de verificação de aplicabilidade da norma no tempo em que a Lei Especial, derroga, tira de circulação ou do mundo jurídico ou apenas parte da norma com que a mesma conflita, prevalecendo sobre os preceitos gerais na norma, por se tratar de norma especial ao assunto que abarca. Neste enfoque a Lei de Abuso de Autoridade prevaleceria sobre a norma geral, ou seja, o dispositivo conceitual da figura *Autoridade* é da Lei de Abuso de Autoridade e não do Código Penal Brasileiro. 2.º) *Crítério da Novatio Legis (Lei Mais Nova)*, consistindo assim, no critério conflitivo temporal da norma em que se resolve pela norma mais nova, neste caso, o Código Penal Brasileiro é de 1940 e a Lei de Abuso de Autoridade é de 1965, porém cabe ressaltar que, em tese, poderia considerar que o disposto no art. 327 do Código Penal Brasileiro é mais novo, pois restou reformado em 17 de julho de 2000, publicada a lei n.º 9.983 em 14 de julho de 2000, que alterou o texto da norma penal não-incriminadora explicativa constante no art. 327 do Código Penal Brasileiro. Assim, poderia em tese se dizer que o dispositivo aplicável é o Código Penal Brasileiro, porém tal assertiva é tão somente uma tese, sabe-se que não importa o texto reformado, mas sim o contexto em geral, ou seja, o critério

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 883.

²⁰ COSTA, Paulo José Jr. *Comentários ao Código Penal*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 979.

hermenêutico de verificação de validade material da norma leva em consideração a Lei em sua análise Geral, no caso do Código Penal é de 1940, sendo a Lei de Abuso de Autoridade de 1965.

Em síntese, conclui-se que a norma penal não-incriminadora conceitual aplicável à espécie é a da Lei de Abuso de Autoridade, fulcrada no artigo 5.º da respectiva lei. Considerando autoridade para fins desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, mesmo que de forma transitória e sem remuneração. Nota-se que o dispositivo não abarcou autoridades por equiparação, ou seja, aqueles exercentes de cargo, emprego ou função pública em entidade paraestatal, também denominadas de terceiro setor. Tais como o SESC, o SENAI e o SESI, caindo em uma lacuna normativa, que não há como aplicar interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que estes subterfúgios hermenêuticos são de extrema inaplicabilidade em um Estado Social e Democrático de Direito, que acarretará inclusive, punibilidade exacerbada àqueles que não são destinatários da norma penal, tendo em vista que o dispositivo na espécie não reproduziu o mesmo rol de equiparação constante no artigo 327, §1.º do Código Penal Brasileiro.

Verificou-se que os Delitos Constantes na Lei de Abuso de Autoridade são *Crimes Funcionais Próprios*, ou seja, “a função pública é elemento essencial do crime. A ausência da qualidade de funcionário público torna o fato atípico (atipicidade absoluta), por exemplo, crime de prevaricação (CP, art. 319), condescendência criminosa (CP, art. 320), abandono de função (CP, art. 323), isto é, todos os delitos que integram o Capítulo I do Título XI”.²¹

As autoridades públicas, vão adquirir este *status* através do provimento ou também denominada pelo Direito Administrativo de Investidura, sendo proveniente de concurso público, conforme dita o art. 37, inciso II da CRFB, ou ainda de ordem Política, quando a designação ao cargo é mediante o substrato do Sufrágio, sendo eleito o agente político para o exercício de determinado mandato. Cabe assim, elencar o que os doutrinadores pátrios consideram *Cargo, Emprego e Função Pública*: 1.º) Cargo: “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por Resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”²². Em sentido não diverso, a Lei que disciplina o Regime dos Servidores Público Federais (Lei n.º 8.112/90) elenca no “Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”. 2.º) Emprego Público: “Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições,

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 378.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 126 e 127.

distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei n.º 8.112/90)²³. 3.º) Função Pública: é a atividade concernente ao exercício do cargo ou emprego público, porém, poderá quando em caráter eventual, se dar sem um ou outro, é o caso por exemplo dos jurados selecionados para compor o conselho de sentença em sessão plenário do Tribunal do Júri. “Que se deve entender por serviço público, considerando como coisa diversa da função pública? A ciência do direito administrativo deu-nos uma noção consistente e exata? Parte autorizada da doutrina administrativa o nega. Procura-se ainda estabelecer, na doutrina italiana, a noção de funcionário público, com base em dois critérios opostos: um subjetivo, outro objetivo. A concepção subjetiva deita raízes no art. 357 do Código italiano, que extrai a qualidade de funcionário público da publicidade do ente e da natureza da função genérica confiada ao sujeito em razão do emprego. A concepção objetiva se contenta com um único requisito: para que alguém seja considerado funcionário público, basta que exercite uma função pública. E função pública não quer dizer outra coisa senão função de interesse público, que pode ser considerada sob dois aspectos: um formal, outro substancial. De um ângulo formal, constitui atividade de interesse público a que o Estado considera relevante para seu ordenamento jurídico²⁴. Sob um aspecto substancial, atividade de interesse público é a que visa a satisfação de necessidades coletivas²⁵”.

Nada obstante a esta separação conceitual, também é de se recordar que estas três hipóteses englobarão o conceito da norma penal não-incriminadora explicativa, tanto no caso do servidor público ser civil ou militar. A atribuição subjetiva ativa do fato delitivo será abordado em tópico próprio.

2.3 Os LIMITES DO PODER

Restou analisado em sede de conceituação *Dos Poderes*, que estes se subdividem em *Poder Hierárquico*, *Poder Disciplinar* e *Poder Regulamentar*, sendo que estas divisões poderão ser vinculadas ou discricionárias, residindo a diferenciação tão somente no que condiz aos preceitos obrigatórios estatais, ou seja, depende a vinculação da norma jurídica ou da abertura que esta dá à autoridade para exercer o poder de determinada forma. Trata-se de problematização de Taxatividade ou de Legalidade, remontando assim a necessidade de se indagar a conceituação e os aspectos materiais dos princípios da Administração Pública, pois a norma além de ser obedecida sob o prisma da Legalidade deve estar simétrica para com axiomas

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17.ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 438.

²⁴ “Criminalizar ou não determinada conduta da questão a ser resolvida a partir da análise de considerações que versem sobre a situação paradoxal de que, para proteger bens e direitos individuais e coletivos há que se sacrificar bens e direitos individuais. É neste contexto que se intensifica a busca por formas alternativas ao direito penal. Uma investigação acurada da realidade, na qual são verificados os efeitos da intervenção penal na sociedade, bem como é realizada a averiguação da relação custo/benefício que tal intervenção provoca, há que servir de guia para se chegar à conclusão que pareça a mais indicada”. (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20).

²⁵ COSTA, Paulo José Jr.. *Comentários ao Código Penal*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.979 e 980.

éticos dispostos ou não no sistema jurídico pátrio. Em palavras mais simples, além de ser obedecido o disposto no artigo 5.º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, deve ser obedecido o constante no artigo 37 da Carta Magna da República que cita: “Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)”, bem como o artigo 2.º da lei 9.784/1999, ou seja, devem ser obedecidos os seguintes princípios: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Estes paradigmas, tem como função primordial a evidente demonstração de que para um ato legalmente emanado do poder das autoridades públicas, possa ser considerado legítimo e simétrico para com a equidade, deve obedecer os pressupostos máximos referentes à Administração Pública, podendo inclusive ser considerado como um elemento indiciador e até mesmo caracterizador da ilegalidade do ato da autoridade pública, configurando *Uso Abusivo do Poder da Autoridade Pública*, ou simplesmente *Abuso de Autoridade*.

Sob esta diapasão, foi dito que o ato emanado pela autoridade pública deverá ser previsto pela norma jurídica, restando um evidente panorama de análise de legalidade. Ou seja, sendo proveniente da Constituição da República Federativa do Brasil todos os bens protegidos pela Lei de Abuso de Autoridade, cabe assim verificar a legalidade intrínseca do Ato da Autoridade, para a análise de lesão aos bens jurídicos-penais constantes na Carta Magna. Cabe assim, analisar a substância Constitucional do Princípio da Legalidade.²⁶

Lei, propriamente dita, são verdadeiras relações entre as coisas, tanto no âmbito natural, como no âmbito material, segundo a concepção de MONTESQUIEU. Mas são as leis da natureza, a *prima ratio* da legalidade²⁷, pois elas são inerentes ao ser, ou seja, ao homem mais

²⁶ “A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. A segunda consequência é a de que o soberano, representado a própria sociedade, apenas pode fazer leis gerais, às quais todos devem obediência; não é de sua competência, contudo, julgar se alguém violou tais leis. Efetivamente, em caso de delito, existem duas partes: o soberano que diz ter sido violado o contrato social; e o acusado, que nega essa violação. É necessário, portanto, que exista entre ambos um terceiro que venha a decidir a contestação. Essa terceira pessoa é o magistrado, cujas decisões são sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há delito ou não. Em terceiro lugar, ainda que a atrocidade das penas não fosse reprovada pela filosofia, que é a mãe de todas as virtudes benéficas e, por esse motivo, esclarecida, que prefere governar homens felizes e livres a dominar covardemente um rebanho de tímidos escravos; ainda que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e com a natureza mesma do contrato social”.(BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 20-21)

²⁷ “O legislador, por mais que o deseje, não consegue regular todos os casos possíveis, que a prática após dia apresenta aos olhos do intérprete. Assim, por mais que a Constituição contenha uma série de princípios básicos, em normas e regras um tanto claras, sempre restam zonas de indeterminação, em que mais de uma opinião aparece como defensável. É nestas zonas de indeterminação que a política criminal pode atuar: ela atua, definindo qual das opiniões meramente defensáveis deve ser tida como a opinião correta. A política criminal que o intérprete deve realizar atua, portanto, nos espaços abertos pela Constituição e pelo legislador. Ao intérprete é defeso ultrapassar estes limites, sob pena de erigir-se em legislador, o que terá consequências para o princípio da legalidade e para o Estado de Direito”.

especificamente, paradigma exordial e essencial à existência da sociedade. Dado o fato de que o Homem não pode viver sem sociedade e não poderá haver sociedade sem o ser humano. Porém para reger a sociedade propriamente dita deverá haver a lei positiva, constante em um estatuto escrito em consonância para com o princípio do contrato social. Nada obstante à análise do Espírito das Leis, CESARE BECCARIA, vinha dizer que o interprete tinha a difícil tarefa de analisar o conteúdo de determinado ato que incidiu na norma jurídica, tendo em vista os interesses ali contidos, assim, “o juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro”.²⁸

Cabe ressaltar que no que se reporta ao princípio da legalidade, há em sua aplicação sistêmica a necessidade de se verificação do princípio da igualdade, pois este e aquele são inseparáveis, motivo pelo qual as leis devem ter destinação isonômica. Assim, ao instituir a Lei de Abuso de Autoridade, o legislador através do princípio da igualdade institui que todos em situação X poderão ser sujeitos à lei de abuso de autoridade, desde que se enquadrem na situação jurídica disposta no art. 5.º deste estatuto normativo²⁹. Bem como, sendo a lei fonte produtora de condutas incriminadas, somente é dado à ela e aos destinatários técnicos, a interpretação livre pelo qual restringirá também o poder de punir do Estado. Em outras palavras, se a lei é fonte legítima de controle social do Estado Social e Democrático de Direito³⁰, será ela também apta a restringir este poder de controle da sociedade, quando houver exagero ou conflito para com bens jurídicos-penalmente tutelados que ali conflite para com esta. Neste sentido, cita o magistério de SHEILA BIARRENBACH:

“O Princípio da Legalidade impõe que as normas que descrevem condutas delituosas, sancionando-as, constituam matéria reservada. Só a lei, em sentido formal, é fonte de Direito Penal. Na feliz lição de Hungria, ‘não há direito penal vagando fora da lei escrita’. Para atingir sua função de garantia da liberdade individual com a conseqüente limitação do poder do Estado, o Princípio vale-se de mecanismos que se fazem imprescindíveis: exclusão do direito consuetudinário, proibição de analogia, imposição de irretroatividade da lei penal e determinação da lei. Os dois primeiros, dirigidos ao juiz; os demais, tendo por destinatário o legislador”.³¹

(ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro e São Paulo: 2002, p. 65).

²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 22.

²⁹ “Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado. (Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 – Pacto de São José da Costa Rica)”.

³⁰ “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”. (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 121-122)

³¹ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 20.

Tem origem o princípio da legalidade perante a Carta Magna do rei inglês John Noland, inaugurando neste momento o princípio da estrita legalidade ou também denominado de reserva legal, que trata-se em verdade de se somente é dado alguém abster-se a fazer algo (impedindo a omissão) ou a não fazer algo (impedindo a ação) delitivo que conste em prévia lei, que ao tempo da conduta delitiva ali constasse já positivado. Refletiu-se na filosofia de JOHN LOCKE, MONTESQUIEU e CESARE BECCARIA e se reflete nos sistemas jurídicos na continuidade da história mundial.³²

O postulado da Legalidade se fraciona em Reserva Legal, Determinação Taxativa e Irretroatividade da Lei Penal, acabando por ser pedras fundamentais de um sistema de restrição da utilização do Poder de Punir, podendo inclusive ser a zona fronteira do Injusto Penal Punível de Abuso de Autoridade, em face da constrição da liberdade, por exemplo, no caso de não relaxamento de prisão em flagrante pelo magistrado nas hipóteses da conduta ser atípica, ou se não for um tipo fechado ou com postulados da norma penal em branco que o adimplem ou ainda de conduta que ao tempo de sua realização não era constante na norma e posteriormente foi inserida na ordenamento pátrio.

Princípio da Reserva Legal, assim constante no art. 5.º, XXXIX da CRFB: “*Não há crime sem lei anterior que o defina e não há lei sem a devida cominação legal*”. Tratando-se na espécie de forma de restrição do poder de punir, já que não é dado ao poder público através das Autoridades punir alguém por conduta não prevista como tipo penal incriminador.

“Pregando esta teoria a construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado. Garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitua delito, e a pena a ele aplicável”.³³

³² “Ingressa nos *Bill of Rights* e Constituição das Colônias inglesas da América do Norte, merecendo *do Bill* de Virgínia o primeiro reconhecimento legislativo. O Congresso de Filadélfia de 1774 inclui o princípio legalista entre os direitos fundamentais do homem. Na Europa, a primeira formulação nítida do Princípio da Legalidade encontra-se na Ordenança Penal Austríaca de José II, a Josefina, de 13 de janeiro de 1787. Em 17 de setembro de 1787, a Constituição Federal americana estatui expressamente o Princípio. De volta à Europa, assume caráter eminentemente político, sendo consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Nascido dos ideais revolucionários franceses, espalha-se por toda a Europa. O Direito Penal liberal sofreu algumas investidas dos regimes totalitários. Os Códigos Penais russos de 1922 e 1926 admitiam, expressamente, a aplicação da lei penal por analogia. Na Alemanha nacional-socialista, Lei de 28 de junho de 1935 modificou a redação do § 2.º do Código Penal, determinando que as condutas seriam punidas ‘de acordo com a idéia fundamental de uma lei penal e o são sentimento popular’. A Itália de Mussolini não registrou oposição ao Princípio. Em nossos dias, o princípio legalista, cuja formulação latina *nullum crimen nulla poena sine lege* deve-se a *Feuerbach*, constitui ‘patrimônio científico comum entre os penalistas, tendo sido acolhido, sucessivamente, pelos Códigos Penais. No Brasil, a máxima da liberdade de ação dentro dos limites da lei fez-se presente em todas as nossas Constituições, à exceção da de 10 de novembro de 1937; de 25 de março de 1824 – art. 179, §1.º; de 24 de fevereiro de 1891 – art. 72, §1.º; de 16 de julho de 1934 – art. 113, § 2.º; de 18 de setembro de 1946 – art. 141, §2.º; de 24 de janeiro de 1967 – art. 150; além da atual, em seu art. 5.º, II. O Princípio da Legalidade, por seu turno, também integrou todos os Códigos Penais brasileiros, a saber: Código Criminal do Império do Brasil de 1830, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, Consolidação das Leis Penais de 14 de dezembro de 1932, além do que se encontra em vigor (Código de 7 de dezembro de 1940, com a redação determinada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984). Por sua importância, a regra em análise vem imposta em todos os estatutos citados, em seus artigos iniciais”. (BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18-19)

³³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ª ed. Revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*safE*), 2003, p. 19.

Outro sub-princípio do Princípio da Legalidade é o Princípio da Determinação Taxativa, ou seja, as leis penais, em especial as incriminadoras, deverão ser claras, certas e precisas, sob pena de incidir o procarbo latino *nullum crimen poena sine lege certa*. Já o sub-princípio da Irretroatividade da lei penal, consta expressamente previsto na Constituição de República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu artigo 5.º, inciso XL: “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também é forma de se coibir a forma abusiva de autoridade quando emanada principalmente por autoridades policiais, representantes do Ministérios Públicos e da Magistratura em sua atuação judicante. Sobre a substância do Presente princípio ainda assevera o magistério de LUIZ LUISI:

“A irretroatividade da lei penal é, sem dúvidas, um postulado decorrente da legalidade dos delitos e das penas, constituindo um complemento lógico da Reserva Legal. Expressa ela a exigência da atualidade da lei. Impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores. Como ensina F. Mantovani, a irretroatividade da lei penal, além de assegurar exigências racionais de certeza do direito ‘dá ao cidadão a segurança, ante as mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda’.”³⁴

Logo a Lei Penal, sob inspiração de que ninguém é obrigado a fazer o que a lei não proíba, havendo a possibilidade agir de tal forma que sua conduta não ensejará em uma ação delitiva, muito menos deixar de fazer algo, não ensejando em delitos omissivos próprios ou impróprios, tratando-se igualmente os destinatários da norma no mesmo patamar de suas igualdades e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, tratando-se de conduta eqüitativa do poder público, exigindo-se para tais condutas o pressuposto da Legalidade Penal ou Estrita Legalidade, também enquadrável em um conceito de *Taxatividade Determinante Irretroativa*, sob pena de se valer de pressupostos garantistas para enquadramento e restrição do poder para saber: *Nullum Crimen Sine Lege Praevia*³⁵, *Nullum Crimen Sine Lege Certa*³⁶, *Nullum*

³⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ª ed. Revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (safE), 2003, p. 26.

³⁵ “A Lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais.”(TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ª ed. 11.ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p.23)

³⁶ “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ª ed. 11.ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29)

*Crimen Sine Lege Scriptae*³⁷ e *Nullum Crimen Sine Lege Stricta*³⁸. Ou seja, *Não há crime sem lei prévia (atualidade da lei)*, *Não há crime sem lei certa (tipos certos)*, *Não há crime sem lei escrita (proibição de tipificação através de costume)* e *Não há crime sem Lei Estrita (tipos fechados)*. Sendo estes axiomas formas de limitação do exercício do poder.

3 CONCLUSÕES SOBRE A CONFIGURAÇÃO

DO ABUSO DE AUTORIDADE

Assim, pode-se asseverar que a utilização do poder é prerrogativa da autoridade. Porém, este poder está delimitado, cuja zona fronteira é sua utilização normal, sendo a extrapolação desta a concretização do *uso abusivo do poder da autoridade*, ou seja, *Abuso de Autoridade*. A normalidade pode ser configurada através da adequação das normas legais, bem como das normas morais (naturais) da instituição (autoridade), sendo sempre esta adequação voltada à concretização da finalidade pública. Caso haja desvio de finalidade, estará concretizada por via lógica a forma de *agir abusiva de autoridade*.

A forma pela qual se atinge a integridade de bens jurídicos tutelados é livre, sendo assim, apenas no plano da abstração, verificáveis as potenciais formas imateriais de concretização da *Conduta Abusiva de Autoridade*, podendo esta se revestir na forma comissiva ou omissiva própria ou imprópria (*rectius*: comissiva por omissão), porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado. São as formas abstratas de *Abuso de Poder* que enseja a *Conduta Abusiva de Poder (Autoridade)*: *Excesso de Poder* e *Desvio de Poder*. Antes de mais nada, cabe mais uma vez conceituar a fórmula, *de lege lata*, da conduta *Abusiva de Poder*, sendo assim esta a conduta que ocorre quando a autoridade, embora possua competência para exercer determinado ato, ultrapassa a limitação das atribuições que legalmente lhe foram conferidas ou simplesmente pretende ou atinge finalidade administrativa diversa da efetivamente buscada, sem pretensão de obediência da causalidade pública (alcance do interesse público). São suas subdivisões: *Excesso de Poder* e *Desvio de Finalidade*. A primeira, ou seja, *Excesso de Poder*, é o ato emanado de autoridade competente que exorbita em suas atribuições legais, ainda que conferida à esta o exercício das mesmas, mas sob o enfoque de uma extrapolação injustificável, ferindo bens jurídicos, ferindo frontalmente o princípio da legalidade. Já o *Desvio de Finalidade* reporta-se quando a conduta mesmo exercida através dos limites da competência, enseja resultados diversos aos do *Interesse Público*.

³⁷ “Da afirmação de que soa a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa suprallegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.^a ed. 11.^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p.25)

³⁸ “Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (*analogia in malam partem*). A analogia, por ser uma forma de suprir-se as lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica. Baseia-se na semelhança”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.^a ed. 11.^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p.26)

Sob esta diapasão, resta evidente a finalidade da Lei de Abuso de Autoridade, consistindo em forma de punição criminal dos autores de excessos de poder ou desvio de finalidade.

Segundo a Lei de Abuso de Autoridade, constitui Conduta Delitativa Abusiva dos Poderes Atribuídos à Autoridade: “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 ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*”.

Nota-se que tratam-se de bens essenciais ao Estado Democrático de Direito englobando a pedra angular inafastável da dignidade da pessoa humana. Porém, apesar deste Constitucionalismo verifica-se que a punibilidade nestas espécies delitivas é mitigada, acarretando evidente e errôneo processo de discriminalização, tendo em vista a relevância dos Bens Jurídicos-penais que se Tutela³⁹.

³⁹ “Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal”. (GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista de Ciências Criminas n.º 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.100).

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilingüe. Lisboa: Veja, 1998.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- COSTA, Paulo José Jr.. *Comentários ao Código Penal*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: SLAIBI, Nagib Filho; ALVES, Geraldo Magela. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II: Conseqüências Jurídicas do Crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17.^a ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 31.^a ed. trad. Raquel Ramalhte. Petrópolis: Vozes, 2006.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista de Ciências Criminais n.º 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Tomo I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LIZST, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Campinas: Editora Russel, 2003.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.^a ed. Revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (safE), 2003.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritti Penale Italiano*. vol. 5. Torino: Inione Tipografico-Editrice Torinese, 950.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 12.^a ed.. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro e São Paulo: 2002.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. t. V. Buenos Aires: Tipografia Ed. Argentina, 1951.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.^a ed. 11.^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969*. 2.^a ed.. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.