

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 4.898/65) – UMA
ABRDAGEM FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA
PROTEÇÃO DEFICIENTE**

FRANCISCO SERGIO NUNES

**ORIENTADOR: PROF. DR. SEBASTIÃO SÉRGIO DA
SILVEIRA**

RIBEIRÃO PRETO

2013

FRANCISCO SERGIO NUNES

**CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 4.898/65) – UMA
ABRDAGEM FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA
PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Trabalho de Conclusão
de Curso apresentado
ao Departamento de Di-
reito Público da Facul-
dade de Direito de Ri-
beirão Preto da Univer-
sidade de São Paulo pa-
ra a obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebas-
tião Sérgio da Silveira

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Nunes, Francisco Sérgio.

Crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65) – uma abordagem frente ao princípio da proibição da proteção deficiente/ Francisco Sérgio Nunes. -- Ribeirão Preto, 2013.

78 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Sebastião Sérgio da Silveira.

Nome: NUNES, Francisco Sérgio.

Título: Crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65) – uma abordagem frente ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho a todos aqueles que sofreram ou sofrem abuso de poder por parte das autoridades públicas. Acreditem, chegar-se-á o dia em que estes abusos terão a resposta estatal proporcional ao mal infligido.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe Marilda , minha querida bulinhinha, que com seu espírito elevado me ensinou a ser quem eu sou .Mãe você é a luz que me guia .

Ao meu pai José , exemplo de um lutador .

A minha esposa Silmara, companheira de todas as horas , que ilumina a minha vida com sua luz .

Aos meus filhos Vitor, Leonardo e Lukas , razões da minha vida.

Ao amigo Jose Carlos , que sempre acreditou em mim,mesmo nas horas mais difíceis.Zé, obrigado por ser o amigo que você é .

Ao meus irmãos Beto,Luiz e Regina que sempre estão comigo onde quer que eu esteja .

Ao meu orientador, Sebastião Sergio da Silveira, pelos ensinamentos e principalmente pelas palavras de incentivo .

A Paulo Temporini que tão bem recebeu e acolheu minha família em Ribeirão Preto, amigo de todas as horas. Obrigado hoje e sempre por tudo.

Aos meus amigos Thiago, Jefferson, Danilo,Vitor, João, Otávio, Rodrigo, enfim a todos os alunos da turma II da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

E a todos aqueles que sempre acreditaram que seria possível , muito obrigado.

Ainda um agradecimento especial ao meu tio Antonio Carlos Gomes que não mais está entre nós, mas que nos ilumina com sua luz e que sempre me ensinou a trilhar o caminho dos justos .

RESUMO

O trabalho tratará dos direitos fundamentais, analisando seu tratamento ao longo das constituições brasileiras , até a chegada da constituição de 1988 e fará a partir dela uma análise da efetivação dos direitos humanos fundamentais. A análise contemporânea terá como objetivo a análise do tratamento dado aos direitos fundamentais e sua proteção frente ao abusos da administração pública (lei 4898/65) levando-se em conta a análise da lei 9.099/95 (lei dos juizados especiais cíveis e criminais) , sua alteração pela lei 10259/01 e o conflito criado por esta mudança na efetivação da proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Caberá ainda nesta análise a compreensão do princípio da proporcionalidade na sua vertente da proibição da proteção deficiente, buscando-se através desta análise a busca de um caminho para ajudar a resolver tão intrincado problema constitucional.

Palavras-chave: direitos fundamentais, administração pública , efetivação, lei 4.898/65, lei 10.259/01, proporcionalidade .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1.INFLUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NA HISTÓRIA DO BRASIL.....	3
2.CONSTITUIÇÃO – FATORES REAIS DE PODER E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	5
2.1. Império – Constituição de 1824.....	7
2.2. <i>República Velha – Constituição de 1891.....</i>	7
2.3. <i>Constituição de 1934 – Sopro Democrático.....</i>	9
2.4. <i>A Constituição de 1937 – Golpe de Estado 1.....</i>	11
2.5. <i>Constituição de 1946 – Restabelecimento da Democracia</i>	12
2.6. <i>Constituição de 1967- Golpe de Estado 2.....</i>	13
2.7. <i>Constituição de 1988 – Constituição Cidadã.....</i>	15
3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
3.1. <i>A Constituição de 1988 e os Tratados de Direitos Fundamentais – Efetividade aos Direitos Fundamentais.....</i>	18
3.2. <i>Princípio da Proporcionalidade</i>	20
3.3. <i>O Princípio da Proporcionalidade e a vertente da proibição de excesso.....</i>	22
3.4. <i>Princípio da Proporcionalidade e a vertente da proibição da proteção deficiente.23</i>	
3.4.1. <i>O artigo 61 da Lei 9.099/95 e a violação da proibição da proteção deficiente....</i>	26
4. ABUSO DE PODER	27
4.1. <i>Consequências do Abuso de Poder</i>	27
4.2. <i>Abuso de Autoridade</i>	28
5. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI Nº 4.898/65.....	31
6. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE	
INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ?.....	41

7. PROJETOS DE LEI SOBRE ABUSO DE AUTORIDADE.....	43
<i>7.1. Projeto de Lei nº, 2008 da Câmara dos Deputados.....</i>	<i>43</i>
<i>7.2. Projeto de Lei nº 1585/11 da Câmara dos Deputados.....</i>	<i>51</i>
<i>7.3. Projeto de Lei nº ,2011 da Câmara dos Deputados.....</i>	<i>54</i>
<i>7.4. Projeto de Lei do Senado Federal(PLS 236/12).....</i>	<i>56</i>
8. CONCLUSÃO: CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE NÃO É INFRAÇÃO	
DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.....	61
9.REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O tema tratado é um dos mais importantes na abordagem constitucional que se põe para a sociedade brasileira, considerando como valor maior de nossa sociedade a defesa dos direitos fundamentais, fazendo-se uma análise do delito de abuso de autoridade frente à Constituição Brasileira.

A Constituição de 1988 como efetivadora dos direitos e garantias fundamentais, realizada através do trabalho árduo do poder constituinte originário que visou evitar excessos ou mesmo omissões (totais/parciais) destes direitos por parte do Estado. A aplicação do princípio da proporcionalidade com enfoque no subprincípio da proibição da proteção deficiente e sua aplicação no campo do direito penal, verificando-se no caso concreto que os bens jurídicos tutelados pelo direito penal necessitam de uma proteção positiva por parte do estado, demonstrando-se que se as normas infraconstitucionais não buscarem sua validade e legitimidade na constituição, deverão obrigatoriamente serem consideradas incompatíveis com a Constituição da República, declarados desta forma inconstitucionais sob a análise do princípio da supremacia da constituição.

O estudo mostrará a necessidade de um olhar atento por parte de todos os formuladores e aplicadores do direito (executivo, legislativo e judiciário), tendo sempre como norte geográfico a aplicação do princípio da proporcionalidade na sua face positiva, aplicando-se o princípio da proibição da proteção deficiente, concretizando desta forma direitos e garantias fundamentais.

Entre os diversos exemplos existentes na legislação penal em que os direitos fundamentais não estão sendo devidamente protegidos pelo Estado trataremos especificamente do crime objeto deste estudo: o crime de abuso de autoridade (lei 4.898/65) que passou a ser tratado como infração de menor potencial ofensivo pela doutrina e jurisprudência com o advento da lei 10.259/01, que criou os juizados especiais civis e criminais no âmbito da justiça federal, alargando assim o conceito de infração de menor potencial ofensivo para alcançar os delitos com pena em abstrato de até 2 (dois) anos, porém diferentemente da lei 9.099/95, não suprimiu os chamados delitos de rito especial, com isso o crime de abuso de autoridade passou a ser tratado pela jurisprudência como sendo de

competência dos juizados especiais criminais (Jecrim),caracterizando-se desta forma grave violação dos direitos fundamentais.

Faremos num primeiro momento uma análise da história constitucional brasileira,analisando a efetividade da aplicação dos direitos fundamentais .

1. INFLUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NA HISTORIA DO BRASIL

O Brasil ao longo de seus quase 200 anos de história constitucional sofreu influência dos constitucionalismos francês e inglês (séc.XIX), norte-americano (séc.XX) e alemão (séc..XXI),sendo que estas influências se fizeram presentes através de cartas constitucionais que tinham caráter marcadamente mais liberal,tendo como plano de fundo direitos fundamentais que buscavam nas ações do Estado um não fazer (obrigações negativas),respeitando os direitos dos cidadãos (ex. liberdade).No avançar da história mundial e a concretização de direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações principalmente,insuficientes se as obrigações de não fazer por parte do Estado Democrático de Direito ,necessário se fazendo a efetivação de obrigações de fazer (obrigações positivas) por parte do Estado e neste contexto é que deve ser analisada e concretizada a lei que trata do crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65).

2. CONSTITUIÇÃO – FATORES REAIS DE PODER E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Pensando na pirâmide Kelseniana ¹ vemos que a Constituição é a lei em sentido amplo mais importante do ordenamento jurídico de um Estado, sendo que todas as outras normas devem buscar seu fundamento de validade na lei maior.

Importante destacarmos desde o início deste trabalho os maiores doutrinadores que expressaram seus pensamentos sobre os elementos formadores de uma constituição.

Começemos falando sobre Ferdinand Lassalle ² que diz que uma constituição para ser verdadeiramente efetiva deverá expressar os chamados fatores reais de poder .

A constituição segundo Lassalle é a lei fundamental e para que ela se diferencie das demais :

“ ... será necessário : 1º - Que a lei fundamental seja uma lei básica, mais do que as outras comuns, como indica seu próprio nome “fundamental”. 2º - Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis; isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental , para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar através das leis comuns do país ³.”...

Para Ferdinand Lassalle a Constituição somente seria efetiva se estivesse de acordo com as classes sociais detentoras dos fatores reais de poder.

“... Os fatores reais do que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade

¹ Hans Kelsen – Filósofo e jurista austríaco (1881-1973) – uma das suas principais concepções teóricas diz respeito ao ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata ,cuja norma mais importante é a chamada Norma Hipotética Fundamental (norma de direito internacional) ,das quais todas as outras normas,inclusive a constituição tiram sua validade .

² Ferdinand Lassalle (1825-1864)escritor da obra “ A essência da Constituição”,é considerado um dos precursores da social-democracia alemã .

³ LASSALLE,Ferdinand .Que é uma Constituição?.São Paulo:Edições e Publicações Brasil,1933.p.14

em apreço,determinando que não possam ser ,em substância ,a não ser tal como elas são...⁴”

Os fatores reais de poder são formados pela monarquia, aristocracia, burguesia, banqueiros, exército ou qualquer classe social que possua alguma relação com o poder, sendo que sem a expressão dos fatores reais de poder retratados na Constituição, ela não seria nada mais que apenas um papel escrito, sem nenhuma eficácia .

As Constituições brasileiras na sua quase totalidade retrataram os fatores reais de poder em seus textos, sendo que a mudança ocorrida interna ou externamente que contrariasse os fatores reais de poder exigia uma nova adaptação,no caso a elaboração de um novo texto constitucional,que retratasse o novo momento vivido pela sociedade brasileira.

Contrapondo-se ao pensamento Lassaliano,Konrad Hesse ⁵ , na sua obra “A força normativa da Constituição” discorre sobre as normas constitucionais informando que elas não são apenas os fatores reais de poder como pregava Ferdinand Lassalle mas que na verdade as normas constitucionais devem prescrever condutas,não apenas se dirigindo para o presente, mas também com normas programáticas que visam o futuro.Segundo este autor a Constituição cria o estado de direito,pois é nela que se encontram os princípios ,as colunas de uma sociedade,dando-lhe o norte geográfico a ser seguido pela sociedade, norteando o seu ordenamento jurídico,dispondo quais valores são pra ela Constituição os mais importantes,formando aquilo que podemos chamar de núcleo duro (art.60 §4º da Constituição Federal de 1988).

É função primordial da Constituição criar mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais ,tanto na esfera individual quanto coletivamente.

A verdadeira força normativa da constituição são os direitos fundamentais, que ao buscar atingir toda a sociedade tentam barrar que somente os fatores reais de poder prevaleçam com seus interesses dentro da constituição,convém verificar porém não tratar-se de tarefa das mais fáceis ,conforme veremos na análise das constituições brasileiras.

⁴ LASSALLE , Ferdinand. Que é uma Constituição?. Op.cit.,p.17

⁵ Konrad Hesse (1919-2005) – jurista alemão escritor da obra “A Força normativa da Constituição”.

2.1. Império – Constituição de 1824

A Constituição imperial (1824) representou toda a centralização política nas mãos do imperador D.Pedro I ,exercendo através de sua prerrogativa pessoal o comando do poder moderador ⁶,desvirtuando desta forma a teoria constitucional de Benjamin Constant .D.Pedro I não aceitou o anteprojeto apresentado pelo Partido Brasileiro que limitava seus poderes ,dissolvendo a Assembléia Nacional Constituinte e impondo seu projeto centralizador ,outorgando nossa primeira constituição.

A participação popular pode-se dizer foi nula,pois somente quem tinha direito de votar eram os ricos (voto censitário), porém ao analisar-se a constituição de 1824 ⁷verificar-se-á que ela tratou da garantia dos direitos individuais e políticos (art.179 e seus trinta e cinco incisos), mas que tinha em sua base uma sociedade escravocrata (Oligarquia Rural).

A Constituição escrita detinha os chamados fatores de poder na sua gênese , porém direitos fundamentais somente no papel.

2.2. República Velha – Constituição de 1891

Após um golpe de estado dado pelos militares que jogaram a última pá de cal na Monarquia , a Constituição de 1891 nasceu dentro de um quadro que vai se alterando em relação àquele do século anterior , com a abolição da escravatura,nascimento e ampliação das indústrias ,deslocamento das pessoas do meio rural para o meio urbano derivado da nascente industrialização do país,tudo isto trazendo fortes mudanças na sociedade brasileira.

⁶ O poder moderador é uma criação do filósofo francês Benjamin Constant (1767-1830) , escritor da obra “ Sobre a liberdade dos Antigos comparada com a dos modernos” , defensor da Monarquia Constitucional.Na teoria da monarquia constitucional de Benjamin Constant , o poder real deveria ser um poder neutro,balanceando e restringindo os outros poderes (executivo,legislativo e judiciário) .

⁷ Constituição Federal de 1824 –http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3.Consulta em 10/01/13

Adoção do modelo presidencialista norte-americano , tripartição dos poderes ⁸ inspirada na obra Espírito das Leis,se faz importante mencionar uma passagem de análise sociológica desta obra :

“As leis escritas ou não, que governam os povos, não são fruto do capricho ou do arbítrio de quem legisla. Ao contrário, decorrem da realidade social e da história concreta própria ao povo considerado. Não existem leis justas ou injustas. O que existe são leis mais ou menos adequadas a um determinado povo e a uma determinada circunstância de época ou lugar ”.

Deve-se buscar sempre uma interação entre as leis e a sociedade ou melhor ainda,ao espírito dessas.

Durante praticamente todo o ano de 1890 foram realizadas discussões entre os grupos de poder referente a nova constituição que foi promulgada em 24/02/1891,sendo que incorporou-se na nova carta constitucional a forma de governo:Presidencialismo,forma de Estado : Republica Federativa ,pôs-se fim ao voto censitário(renda),porém cabendo o direito de voto somente aos homens maiores de 21 anos .

A sociedade brasileira da época continuava muito dependente da economia cafeeira (Aristocracia rural) , porém já começava a aparecer uma classe operária que trabalhava nas indústrias formadas com o estoque de capital acumulado no setor cafeeiro.O Brasil começava a atrair um grande contingente de imigrantes para trabalharem na lavoura cafeeira tendo-se em vista o fim da escravidão (1888).

Nas relações de poder detinham-se a oligarquia rural (na figura do voto de cabresto – dominado pelos coronéis), os industriais, os militares e ainda praticamente inexistente,muito incipiente os representantes dos trabalhadores e por fim a grande massa de miseráveis no país (ex-escravos).

A Constituição de 1891⁹, em seu Título III – Seção II previa a Declaração de Direitos ,com destaque ao art. 72§.16 (abolição das penas de galés e do banimento

⁸ A tripartição dos poderes é inspirada na obra Espírito das Leis do filósofo francês Montesquieu (1689-1755) na qual os poderes que regem a nação seriam os poderes : executivo e legislativo ,este dividido em dois :câmara dos lordes indicados pelo rei e câmara dos comuns ,eleitos pelo povo.Montesquieu não conferia ao judiciário o terceiro poder.Informa Montesquieu : “ O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente ,mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo,num certo período do ano,de modo prescrito pela lei,para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.”

judicial,abolição da pena de morte,reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, trazendo em seu corpo o instituto do *habeas corpus* (ação constitucional concedida sempre que alguém estiver sofrendo ou ameaçado de sofrer violência ou coação em seu direito de locomoção – ir,vir,permanecer – por ilegalidade ou abuso de poder).

Mais uma vez os fatores de poder encontravam-se alinhados na gênese da carta constitucional de 1891 ,trocando-se o comando do país que passou das mãos da monarquia para as mãos dos militares,mas o grande massa social continuava alijada do poder .

Os direitos fundamentais dão um grande passo na busca da sua efetivação,através da criação de um poderoso aliado (*habeas corpus*),porém ainda de forma muito tímida,sendo que direitos fundamentais continuavam somente no papel .

2.3. Constituição de 1934 – Sopro Democrático

A Constituição brasileira de 1934¹⁰ sofreu forte influência das constituições alemãs de Weimar e da carta constitucional de Bonn, trazendo em seu texto diretrizes sociais .

A constituição de Weimar representa o auge da crise do Estado Liberal do séc.XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais de 2ª geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho,à educação ,à cultura , à previdência) e reorganizou o Estado brasileiro em função da sociedade e não mais do indivíduo.

⁹ Constituição Federal de 1891 –http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%.Consulta em 10/01/13

¹⁰ Constituição Federal de 1934 –http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%.Consulta em 10/01/13

A inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu formalmente, reforce-se, formalmente.

A Constituição de 1934 deu maiores poderes ao governo federal ,criação do voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos,sendo que pela primeira vez as mulheres passaram a ter direito de voto ,porém continuando a proibição de votos aos analfabetos (grande parte da população),criação da justiça do trabalho e da justiça eleitoral,criação de leis trabalhistas,instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias,repouso semanal e férias remuneradas.(dispostos no art.113 e seus trinta e oito incisos).

A classe operária no país cresceu continuamente ,desde o nascimento da industrialização brasileira,formada nos meados do final do século XIX,verificando-se neste momento que os anseios da classe trabalhadora começaram a ser atendidos pelo governo de Getúlio Vargas ,mesmo que num primeiro momento apenas formalmente,mas começa-se a partir daqui a verificar a maior importância dada à classe trabalhadora.

Graves abalos de ordem política,com interesses contraditórios e abalos ideológicos levaram a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na sua concretização,tendo seu texto constitucional tornado-se mais uma vez apenas formal para a grande parte da sociedade brasileira.

As facções políticas dominantes neste período são os militares,oligarquias rurais , burguesia industrial urbana nascente,uma classe média formada por funcionários públicos e trabalhadores da incipiente indústria paulista.

Na efetivação dos direitos fundamentais soma-se ao habeas corpus (1891) , a criação do *mandado de segurança* e da *ação popular* (1934),aumentando desta forma o núcleo efetivador de direitos fundamentais.

2.4. A Constituição de 1937 – Golpe de Estado 1

Em 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934 e impôs a Constituição de 1937¹¹, fruto da vontade de um pequeno grupo detentor do poder, essa constituição aumentou substancialmente os poderes do executivo .

Inicialmente a sua aprovação estava condicionada a um plebiscito que seria convocado para opinar sobre a nova constituição, num prazo máximo de seis anos, buscou-se com esta ação dar ares de legalidade e legitimidade ao novo texto constitucional, porém este plebiscito nunca aconteceu.

A nova carta constitucional conseguiu ao mesmo tempo ser ilegal (nunca houve a convocação da sociedade para o plebiscito) e também ilegítima (sem participação popular, não existindo poder constituinte originário eleito).

Os direitos fundamentais (art.122 e seus dezessete incisos) foram sufocados, incorporando-se algumas concessões sociais de caráter corporativo no campo trabalhista , visando atender aos interesses do grupo de poder formado pelos trabalhadores da indústria , sindicalistas , amealhando desta forma apoio social necessário ao seu projeto pessoal de poder.

Verifica-se nesta carta constitucional grande intervenção do estado na economia (hipertrofia do poder executivo) , perseguição aos opositores , sendo que os partidos políticos foram abolidos e cessada a liberdade de imprensa numa clara demonstração de regime ditatorial, num projeto pessoal de poder de Getúlio Vargas e de destruição dos direitos fundamentais, direitos tão caros a qualquer sociedade democrática.

¹¹ Constituição Federal de 1937 – [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%9A.html). Consulta em 10/01/13

2.5. Constituição de 1946¹² – Restabelecimento da Democracia

Com a derrocada do nazi-fascismo o governo de Getulio Vargas perde a razão de existir e com isso o Brasil assistiu ao seu primeiro processo de redemocratização ,fazendo-se necessária uma nova ordem constitucional (promulgada em 18/09/1946) que instaurou novamente no país o direito à liberdade , segurança individual, a proibição da pena de morte e a individualização da pena (Título IV,Capítulo II,art.141,caput,e seus trinta e oito parágrafos).

Ocorreu o retorno da independência dos poderes executivo, legislativo e judiciário, restabelecendo o equilíbrio entre eles .

Nesta Constituição notamos o direito à propriedade , agora condicionado ao bem estar social, possibilitando a desapropriação por interesse social.

Acentua-se o sentido social da ordem econômica dispondo que deveria “ser organizada conforme os princípios da justiça social ,conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

No âmbito social há poucos avanços, eles se baseiam principalmente na continuação da normalização das relações de trabalho, só que agora não pautados em políticas populistas de controle da classe operária , baseiam-se principalmente no mérito dos representantes eleitos pela classe trabalhadora, por partidos como o Comunista e o Socialista, que conseguiram expressivas votações , porém cabe destacar que vários direitos sociais como trabalho noturno superior ao do diurno,repouso remunerado nos feriados ,participação no lucro das empresas ,direito de greve necessitavam de leis específicas para sua regulamentação,não sendo autoaplicáveis,transformando na prática muito destes direitos em letra morta,pois com a proibição da existência do partido comunista ,que representava os interesses dos trabalhadores ,nada evoluiu,sendo que a elite conservadora nada fez pois não tinha interesse nesse debate.

O problema desta Constituição como também das constituições que a antecederam foi que a maior parte da população não fez parte dos direitos incorporados nela, permanecendo a distância entre o Brasil legal e o Brasil real (direitos só no papel).

¹² Constituição Federal de 1946 –http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%.Consulta em 10/01/13

2.6. Constituição de 1967¹³ – Golpe de Estado 2

Não bastasse a infeliz experiência ditatorial de 1937 , mais uma vez o Brasil se viu novamente vivendo sob os ares de um novo regime ditatorial.

Após um breve período de redemocratização (1946-1964), o Brasil retornou à fase do autoritarismo. O golpe ditatorial de 1964 ,sob pressão dos militares e apoio norte-americano ,implantou um novo ciclo de arbitrariedades no país.

Buscando-se legitimar o novo regime, uma nova carta constitucional foi idealizada,sendo que entre as suas principais características estavam as restrições de direitos fundamentais e liberdade total para o cometimento de torturas ,censura e repressão.

Neste contexto anti-democrático é que nasceu a lei objeto de análise deste trabalho científico (Lei 4.898/65), norma que trouxe em seu texto justamente o combate às arbitrariedades das autoridades públicas,que como se vê foi criada somente para dar ares de legalidade, informando que os abusos e excessos de poder seriam combatidos,o que na prática tornou-se letra morta,tendo-se em vista que ações constitucionais (*habeas corpus*) tiveram sua aplicação bloqueada pelo regime de exceção .

A base de apoio à nova constituição foram os chamados Atos Institucionais que culminaram com a suspensão dos direitos políticos,suspensão da garantia do habeas corpus e a exclusão de apreciação do poder judiciário das ações intentadas baseadas nestes atos,destruindo desta forma a oposição legal a qualquer arbitrariedade cometida pelos militares.

O Ato institucional nº 1 deixa claro o caráter ditatorial do novo regime:

“ É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica

¹³ Constituição Federal de 1967 –http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%.Consulta em 10/01/13

revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.

Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe¹⁴.

Verifica-se do texto acima que o grupo que se instituiu no poder buscou dar ares de legalidade aos seus atos ilegais, dispondo que manteria a carta constitucional de 1946, modificando-a com os atos institucionais na parte referente aos poderes do executivo (hipertrofiando-o, praticamente acabando com o estado federativo e transformando-o em estado ditatorial unitário) e ao controle dos poderes legislativo e judiciário.

Em sua obra Celso Bastos relata aquele momento histórico:

¹⁴ Texto extraído do site :www.acervoditadura.rs.gov.br/legislação_2.htm(extraído em 26/01/2013)

“... no fundo existia um só, que era o executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do poder legislativo quanto do judiciário..”¹⁵

A principal inovação técnica da constituição de 1967 foi o avanço que ela propunha na intervenção estatal na propriedade para fins de reforma agrária, tornando-se como já de costume no processo legislativo brasileiro, letra morta.

O principal objetivo dessa constituição não era a garantia de direitos fundamentais (suspensão de qualquer reunião de cunho político ,censura aos meios de comunicação ,suspensão do habeas corpus para os chamados crimes políticos ,decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição e autorização para intervenção em estados e municípios), mas a busca de institucionalizar o movimento de 1964.

Página triste da história brasileira que somente deve ser lembrada para que não se cometam os mesmos erros novamente (lembrando que já havíamos passado pelo mesmo erro com o regime ditatorial de Vargas em (1930-1945), demonstrando que não havíamos aprendido a lição.

2.7. Constituição de 1988¹⁶ – Constituição Cidadã

O desgaste do regime militar, principalmente devido ao endividamento externo ,a crise política , pressões sociais , a redemocratização do país tornou-se categórica, desestabilizando o grupo de poder dominante:os militares e as classes sociais conservadoras que davam apoio ao regime ditatorial .

O processo de redemocratização do Brasil caracterizou-se por um movimento de abertura lenta e gradual que passou pelos governos Ernesto Geisel (1974-1979) , Figueiredo (1979-1985) e o começo efetivo da redemocratização do país com as eleições

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 18ªed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 134

¹⁶ Constituição Federal de 1988 –[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%9A). Consulta em 10/01/13

indiretas para presidente (Tancredo Neves),que com sua morte assumiu o vice-presidente Jose Sarney (1985-1990).

A atual constituição brasileira foi fruto da determinação da emenda constitucional nº 26 , de 27/11/185 que estipulava a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, cujo objetivo era elaborar uma constituição que expressasse a atual realidade social (fim do regime ditatorial e início do processo de redemocratização).

Em 05/10/1988 foi promulgada a atual constituição da República Federativa do Brasil, que marcou a expansão dos direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações,baseados num Estado Democrático de Direito (sociedade fraterna,pluralista e sem preconceitos ,edificada na harmonia social e comprometida na solução pacífica dos conflitos) ,na dignidade da pessoa humana,nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político .

Consolidação dos princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos , sendo que buscando não repetir os erros do passado tornou o racismo e a tortura crimes inafiançáveis e imprescritíveis, numa clara resposta aos desmandos cometidos anteriormente .

Na busca pela efetivação de direitos fundamentais houve a criação do *mandado de injunção* (art.5º ,LXXI) , *mandado de segurança coletivo* (art.5º,LXXII), *habeas data* ,*restabelecimento do habeas corpus* , buscando-se com isso dar plena efetivação aos direitos fundamentais.

Ressalte-se a grande importância da criação do mandado de injunção no direito constitucional brasileiro, ação constitucional que visou dar maior efetividade aos direitos fundamentais, posto que visa coibir a letargia do poder legislativo e garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais da sociedade brasileira , para que seus direitos não se tornem letra morta , somente figurando no papel.Em comparação com as outras constituições , esta contém um rol maior de direitos individuais e coletivos e é mais abundante em relação aos direitos econômicos ,sociais e culturais .

3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao analisarmos as constituições brasileiras buscou-se demonstrar as contradições (princípios liberais e escravidão ou princípios liberais e proibição da liberdade de expressão) , de notar-se que as classes sociais dominantes (ex. oligarquias,militares) estiveram presentes no vértice de nossas constituições, confirmando a teoria de Ferdinand Lassalle .

Importante se fez a análise histórica deste trabalho para mostrar o desrespeito aos direitos fundamentais insculpidos na lei 4.898/65 , verificando-se o arbítrio do poder estatal ,sempre tão presente na história do Brasil .

Abordarei ainda como tratar da efetivação destes direitos fundamentais no atual plano constitucional .

Não mais se aceita apenas uma declaração formal de direitos e garantias, necessário se faz de uma vez por todas a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A análise das Constituições brasileiras demonstra que as Constituições não são vistas pelos detentores do poder como a lei maior que deve ser respeitada , aquela que serve de guia às ações dos governantes , na verdade ela é vista como um mero legitimador de suas ações,conferindo legalidade aos atos governamentais.

Dito isto e analisando a constituição de 1988 pode-se verificar que estamos diante da constituição que mais consagrou direitos e garantias aos seus nacionais (brasileiros natos e naturalizados) e aos estrangeiros ,cabendo a cada um de nós lutarmos pela efetivação dos direitos fundamentais ,pois eles são a maior herança que podemos deixar para as futuras gerações .

3.1. A Constituição de 1988 e os Tratados de Direitos Humanos – Efetividade aos Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 é um marco histórico jurídico nacional, fazendo uma verdadeira revolução, passando a ser o marco de abertura do ordenamento jurídico nacional à incorporação da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos.

Consta no art.5º, inciso II da Constituição :

“ 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”

Verifica-se desta forma a dupla abertura do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fonte normativa tanto os tratados internacionais de direitos humanos quanto a própria constituição no que concerne a direitos e garantias fundamentais.

Como parte deste processo temos a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos - 1969)¹⁷, levando-se em conta o objetivo deste trabalho destacamos o disposto no art.7º - Direito à liberdade pessoal :

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais, 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições

¹⁷ O preâmbulo do Pacto de San Jose da Costa Rica assim dispõe : “ Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos...”

previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas,³. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários,⁴. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela, ⁵. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo,⁶. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa,⁷. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

A Constituição de 1988 buscou trazer efetividade aos direitos fundamentais, incorporando tratados e convenções de direitos humanos, fortalecendo sobremaneira os estado democrático de direito.

Consignemos que não é tarefa fácil tirar um direito do plano formal (somente no papel) e transformá-lo num direito material efetivo com aplicação imediata¹⁸, cabendo aos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e de toda sociedade civil o desenvolvimento destes direitos.

Cabe ainda à sociedade brasileira a luta pela efetivação dos direitos fundamentais, realizando um trabalho junto aos representantes dos poderes executivo e legislativo e fiscalizando a aplicação dos direitos fundamentais pelo poder

¹⁸ O art.5º§1º determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata .Nas palavras de BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et all. Curso de Direito Constitucional, p.243. São Paulo: Saraiva, 2007 “Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art.5º§1º, da Constituição Federal uma norma princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador da aplicabilidade imediata na norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível”.

judiciário(juizes),quebrando de uma vez por todas com uma cultura judiciária autoritária (vide aplicação da Lei 12.403/11).

O caminho é árduo e tortuoso, mas o construir de um palácio começa através da colocação do primeiro tijolo e no final com a obra acabada , muitas vezes nem sequer lembramos que tudo começou com a colocação do primeiro tijolo,então mãos à obra ,pois o palácio é imenso.

A força normativa da Constituição (o dever ser) estipulando condutas que devem ser seguidas por todos os destinatários (Estado e particulares) é uma construção diária dos nossos legisladores,executivo e judiciário ,sendo que não devemos seguir aplicando apenas a letra fria da lei, mas como verdadeiros intérpretes, guardiães dos direitos fundamentais ,sempre tendo como norte a aplicação do que consagra o princípio da supremacia da constituição ,pois ela é a bússola que nos guiará para o fortalecimento deste Estado Democrático de Direito ,delimitando os poderes do estado e exigindo o cumprimento (dever positivo) dos direitos fundamentais.Caso isso não ocorra corre-se o sério risco , como veremos adiante , de estarmos diante de uma norma inconstitucional por violação direta dos princípios formadores do estado democrático de direito.

3.2. Princípio da Proporcionalidade

Depois de verificarmos juntos o desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo da história constitucional brasileira , falaremos sobre o princípio da proporcionalidade e sua efetividade no Estado Democrático de Direito.

O objeto de estudo deste trabalho (O crime de abuso de autoridade : Infração de menor potencial ofensivo ?) passa diretamente pela aplicação deste princípio , na sua vertente da proibição da proteção deficiente , norteado pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana , núcleo central da Constituição de 1988 .

O vocábulo “proporcional”deriva do latim proportio,que se refere principalmente à divisão em partes iguais ou correspondentes a uma dada razão.É ligado à idéia de quantidade ,de justa medida ,de equilíbrio.

O responsável pela utilização do princípio da proporcionalidade na Ciência Jurídica moderna foi o direito germânico ,notadamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht) ,que,na resolução de casos concretos,formulou teoria sobre o princípio.

Através deste princípio ,é possível análise da legitimidade das restrições a direitos fundamentais,para verificação da justa medida,da proporção entre causa e efeito e entre meio e fim .

O princípio da proporcionalidade encontra fundamento constitucional no devido processo legal, expresso no art.5º , inciso LIV¹⁹ da Constituição da República , sendo que da análise do aspecto material do devido processo legal,todo ato normativo deve se revestir de razoabilidade , na busca da proteção dos direitos fundamentais.

O legislador penal infraconstitucional não tem uma carta branca para agir da maneira como quiser, pelo contrário ,encontra seus limites nos princípios constitucionais.

As normas penais devem estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, buscando estar dentro dos parâmetros norteadores do princípio, quais sejam: a adequação , a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito,visando impedir excessos ou omissões totais ou parciais legislativas.

Ingo Sarlet ²⁰assim dispõe:

“ O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia ,tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos.Exageros para mais (excessos) ou para menos (deficiência),configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

¹⁹ MORAES,Alexandre de :Direito Constitucional.20ª Edição,São Paulo:Atlas,2006,p.94 “ O devido processo legal configura dupla proteção ao individuo ,atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade ,quanto no âmbito formal,ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica,à publicidade do processo,à citação,de produção ampla de provas ,de ser processado e julgado pelo juiz competente,aos recursos ,à decisão imutável,à revisão criminal).”

²⁰ SARLET,Ingo Wolfgang.Constituição e Proporcionalidade.Revista de Estudos Criminais,vol.3,n.12,p.111.Porto Alegre:2003.

3.3 O Princípio da Proporcionalidade e a vertente da proibição de excesso

O princípio da proporcionalidade e sua vertente da proibição do excesso (übermassverbot) tem sua relação ligada aos princípios liberais de freio do agir do Estado, que é visto como inimigo dos direitos fundamentais, restringindo, freando as condutas estatais que violem estes direitos.

O enfoque principal desta vertente do princípio da proporcionalidade é a limitação do direito penal e a amplitude da proteção das liberdades, buscando evitar a criminalização desproporcional.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes :

“ A limitação dos direitos fundamentais deve respeitar seu núcleo essencial ”. ²¹.

A legitimidade de uma medida restritiva é verificada levando-se em conta os subprincípios elencados acima: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Um meio é adequado quando mostra aptidão a alcançar o resultado visado.

A necessidade busca a menor gravidade quanto aos meios utilizados para alcançar determinado fim.

A proporcionalidade em sentido estrito faz uma análise do custo-benefício entre o meio utilizado e o fim alcançado, verificando a estimação da quantidade na utilização do meio e da mensuração do fim, servindo para análise se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente²².

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A norma penal deve apresentar proporcionalidade quando da sua intervenção nas liberdades individuais, cabendo ao controle de constitucionalidade retirá-la do ordenamento jurídico caso verifique-se afronta desmedida aos direitos fundamentais.

Quando analisamos o princípio da proporcionalidade ,pensamos somente na sua vertente da proibição de excesso e acabamos esquecendo da sua vertente da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*),objeto deste trabalho,que está diretamente relacionada ao garantismo positivo e que traz efetividade na ordem constitucional mundial,onde não serve mais apenas a vertente negativa , de abstenção da atividade estatal,aqui pelo contrário o que se busca é exatamente o contrário,ou seja,a intervenção estatal que busca a realização plena dos direitos fundamentais,bens jurídicos tão caros à sociedade brasileira.

3.4. Princípio da Proporcionalidade e a Vertente da Proibição da Proteção Deficiente

A proibição da proteção deficiente (subprincípio da proporcionalidade) é instrumento dos mais eficazes para se verificar se determinada lei e em especial por objetivo de nosso trabalho , a lei penal , ou mesmo a omissão legislativa (proposital ou por esquecimento) está implicando na violação do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais .

Nas palavras de Sarlet ²³ :

“ o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos de proteção.”

Quando da elaboração de um ato normativo (lei em sentido amplo) deve o legislador infraconstitucional basear-se obrigatoriamente dentro deste espaço delimitado entre a vertente negativa e positiva do princípio da proporcionalidade , sob pena de estarmos ferindo o estado democrático de direito .

²³ SARLET,Ingo Wolfgang .Direitos Fundamentais e Proporcionalidade : notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal.Revista da AJURIS,n.109,v.35,p.139 e segs,2008.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes ,a ADI nº 3.112,resumiu assim as vertentes do princípio da proporcionalidade:

“ Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção(Eingriffsverbote),expressando também um postulado de proteção(Schutzgebote).Utilizando-se da expressão de Canaris,pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso(Ubermassverbote),mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela(Untermassverbote).

(...)levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbote),cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos,a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricão legislativa,tendo em vista desenvolvimentos históricos,circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional.A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação,para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais.

(...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela(Canaris)imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada .O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima;não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental;e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”.

A constituição como dito várias vezes ao longo deste artigo deve ser o parâmetro de atuação do legislador,tendo em vista sua responsabilidade como representante do povo ou dos estados que compõe a Federação(Senado Federal),relacionando a criação de normas penais aos direitos fundamentais,buscando sua máxima efetividade.

Caberá ao poder judiciário o controle de constitucionalidade dos atos normativos caso o legislativo não tenha aplicado corretamente a discricionariedade que possui.

No Brasil coube ao ministro Gilmar Mendes a aplicação da vertente da proibição da proteção deficiente no voto proferido no RE 418.376 , no qual se discutia se o convívio da vítima de crime sexual com o seu agressor legitimaria a aplicação da causa de extinção de punibilidade prevista no art.107,VII,do Código Penal.

O Estado não pode se furtar à aplicação do direito penal para a proteção dos bens fundamentais.

O sub princípio da proibição da proteção deficiente não fica somente na omissão legislativa do Estado na sua tarefa de efetivação de direitos fundamentais,mas também quando o legislador descriminaliza/despenaliza determinada conduta antes tida como violadora dos direitos fundamentais.

Aproveito o momento para lembrar o art.XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26/08/1789) :

“ XVI – toda sociedade onde a garantia de direitos não esteja assegurada,e na qual a separação de poderes não esteja determinada ,não tem Constituição”

A vertente da proibição da proteção deficiente insere-se nas chamadas obrigações positivas do Estado, influenciando o legislativo a criar normas que desestimulem a violação dos direitos fundamentais, buscando-se uma atuação efetiva (positiva) na investigação dos fatos e em sendo o caso na imposição de sanção penal aos responsáveis pela violação de tais direitos.

As obrigações positivas influenciam e devem mesmo influenciar as ações dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

3.4.1. O artigo 61 da lei 9.099/95 e a violação da proibição da proteção deficiente

Dispõe a lei nº 9.099/95 em seu art. 60 (redação dada pela lei 11.303/06) que o Juizado Especial Cível e Criminal tem competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo ,respeitadas as regras de conexão e continência.

Observando-se o art. 61 da lei nº 9.099/95 (redação dada pela lei 11.303/06), consideram-se infrações de menor potencial ofensivo para os efeitos da lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos ,cumulada ou não com multa.

Conforme bem assevera Streck²⁴ , no Estado Democrático de Direito , o direito penal deve alcançar condutas que prejudiquem a realização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, condutas que violem os direitos fundamentais ,que ofendam a dignidade da pessoa humana.

Ao utilizar apenas o critério numérico – formal (2 anos) para estipular quais infrações em sentido amplo devem ser da competência dos Juizados Especiais Criminais ,sem conjugá-los com quaisquer outros critérios (objetivo ou subjetivo) violou o legislador infraconstitucional o princípio da proporcionalidade na sua vertente da proibição da proteção deficiente, na medida em que não protegeu suficientemente bens jurídicos relevantes como é o caso das condutas tratadas no crime de abuso de autoridade que agora passamos a abordar.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz .O dever de Proteção do Estado (schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “ qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?.Disponível em http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&itemid=40. Acesso em:29.Mar.2013

4. ABUSO DE PODER

O instituto do abuso de poder é abordado em vários ramos diferentes do direito brasileiro.

No direito administrativo são tratados os poderes administrativos (poder de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar), que são poderes concedidos à Administração Pública para que ela realize o atendimento do interesse público, levando-se em conta sempre o disposto nas normas.

Sendo o interesse público indisponível, constituem os mesmos para o administrador público, verdadeiros poderes-deveres.

Deve o uso do poder pela autoridade pública ser realizado atendendo a proporcionalidade, cabendo na sua utilização seguir os princípios da legalidade e legitimidade.

O abuso do poder é a conduta da autoridade pública manchada pela ilegalidade, não respeitando os princípios que norteiam a administração pública.

4.1. Consequências do Abuso de Poder

O abuso de poder pode gerar várias sanções administrativas, cíveis, criminais e políticas.

Vários diplomas normativos tratam da responsabilização da autoridade pública na esfera administrativa (Lei 8.666/93, Lei 8.112/90, Lei 4.898/65, Lei 8.429/92), na esfera cível (Lei 8.112/90, Lei 8.429/92, Constituição Federal de 1988 (art.37), Lei 4.898/65, Lei 8.429/92, Lei 9.504/97), na esfera penal (Lei 8.666/93, Decreto 3.365/41, Lei 4.898/65) e ainda na esfera política (Constituição Federal, Lei 8.429/92, Lei 9.504/97).

Neste trabalho trataremos apenas do abuso de poder na esfera penal, mas especificamente abordando a lei 4.898/65 que trata do crime de abuso de autoridade.

4.2. Abuso de Autoridade

Verificando o significado da palavra abuso²⁵ temos :

“ *sm (lat abusu)* 1 Uso errado, excessivo ou injusto. Prática contrária às leis e aos bons usos e costumes. 2 Descomedimento, excesso. 3 Abusão, credice. 4 Contravenção, irregularidade. 5 Defloramento, estupro. 6 Aborrecimento. 7 Canalhice. 8 Maçada. 9 Nojo. *A. de autoridade* ou *A. de poder*: não observância ou exagero de poderes, por parte dos funcionários a quem a lei os confiou. *A. de confiança*: ato de prevalecer-se alguém, para fins diversos ou ilícitos, da confiança que lhe é dispensada. *A. de religião*: ato de fazer mau uso das crenças; idolatria; politeísmo. *A. do direito, Dir*: exercício irregular de um direito objetivamente legal, para ocasionar dano contra a moral e contra a sociedade.”

Analisando a expressão abuso de autoridade observa-se que é a não observância ou exagero de poderes por parte dos funcionários a quem a lei os confiou , sendo desta forma contrária ao direito com a intenção de ocasionar dano .

Antonio Cezar Lima da Fonseca²⁶ informa que :

“ A administração pública esta para servir com eficiência e não com subserviência.Para isso,a ordem pública da legalidade coloca-lhes em mão o poder “especial”,a fim de fazer valer a sua eficiência ,o chamado poder de polícia”

A Administração Pública nas palavras de Dirlei da Cunha Junior²⁷ :

“ ...é sem dúvida a face do estado(o Estado-Administração) que atua no desenvolvimento das funções administrativas .Ela pode ser concebida em duplo sentido.a)sentido subjetivo,formal e orgânico , e b)Sentido objetivo,material ou funcional.No sentido subjetivo,formal ou orgânico , a administração pública corresponde a um conjunto de funções ou atividades Públicas,de caráter essencialmente administrativo ,consistente em realizar

²⁵ Dicionário eletrônico Michaelis,

http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/abuso%20_892065.html.Consulta em 24/08/2013.

²⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima. Abuso de Autoridade , Comentários e jurisprudência. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado. 1997, 1º Ed., p.23

²⁷ JUNIOR, Dirlei da Cunha. Curso de Direito Administrativo, Salvador. Ed. JusPODIVM, 4ªed., 2006, p.5

concreta,direta e imediatamente,os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.”

A Administração Pública não age em nome próprio, mas sim da coletividade .

A Constituição Federal, consagradora de direitos e garantias fundamentais deve ser obedecida por todos ,especialmente por aqueles que detêm o poder estatal,sendo que verificando-se o abuso de poder pelas autoridades públicas e visando a punibilidade das violações dos direitos constitucionais dos cidadãos foi que nasceu a Lei 4.898/65 (Projeto nº 952/56 - Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Aprovado pela Câmara do Deputados e remetido ao Senado Federal (Publicado no DCN de 17-1-56, p. 3, Suplemento ao DCN nº 12 PL 952/56).

Comentário de Bilac Pinto²⁸, autor do projeto de lei que veio a se converter na Lei n. 4.898/65:

" 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 numerosíssimos Municípios brasileiros”

O autor da lei que trata do crime de abuso de autoridade buscou através desta lei a plena efetivação dos direitos fundamentais, numa época onde tais direitos eram relegados a plano nenhum, sejam eles na esfera de proibição de excesso ou na vertente da proibição da proteção deficiente.

Diante desta perspectiva é que analisaremos a não efetividade da lei 4.898/65 nos dias atuais.

²⁸ Olavo Bilac Pinto(nasceu em 08/02/1908 em Santa Rita do Sapucaí e faleceu em 18/04/1985 no Rio de Janeiro).Autor da lei 4.898/65 que trata do crime de abuso de autoridade.

5. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI 4.898/65

O Brasil não concluiu a passagem de um Estado Liberal para um Estado de bem estar social , sendo que as políticas de bem estar social desenvolvidas nos últimos anos ,ainda não deixaram a herança de inclusão social ,como forma de se obter uma cidadania plena e autêntico cumprimento dos direitos fundamentais,daí a importância de se analisar uma lei que trata de um crime tão abusivo e lesivo dos direitos fundamentais,principalmente das classes menos favorecidas de nossa sociedade tão desigual.

O crime objeto deste estudo diz respeito aos atos ilícitos de abuso de poder praticados por agentes e autoridades públicas que não respeitam os direitos fundamentais .

Importante lembrar as palavras de Maia Neto²⁹ :

“ Os direitos humanos devem ser respeitados a toda hora,inexiste no Estado Democrático qualquer tipo de pretexto legal para sua violabilidade,desprezo ou inaplicabilidade prática.”

A objetividade jurídica da lei 4.898/65 é a proteção da incolumidade pública ,frente aos desmandos dos administrados ,consubstanciado no artigo 37 da Constituição Federal que dispõe que os cargos públicos devem ser prestados obedecendo aos princípios da legalidade,impessoalidade,moralidade,publicidade e eficiência.

A objetividade jurídica imediata é a proteção dos direitos e garantias fundamentais instituídos no artigo 5º da Constituição e também em vários outros diplomas normativos que consagrem direitos e garantias fundamentais.

A objetividade jurídica mediata é a proteção ao normal funcionamento da Administração Pública em sentido amplo , na conveniência da garantia do exercício da função pública sem abusos de autoridades.

Antonio Cezar Lima da Fonseca³⁰ informa que :

²⁹ MAIA Neto, Cândido Furtado,in “ Os novos conceitos do Novo Direito Internacional “ ed.América Jurídica ,RJ,2002,pg.33 e segs .

³⁰ FONSECA, Antonio Cezar Lima,Abuso de Autoridade.Comentários e jurisprudência,Porto Alegre,Ed.Livraria do Advogado,1997,1ªEd.p.24

“...Quando o abuso é praticado pela autoridade pública incumbe aos próprios agentes do poder estatal agirem, na seara de suas atribuições, a fim de fazerem não só cessar o comportamento indevido, como também evitar que os ditos atos se repitam na Administração Pública.”

O direito de representação (petição) no artigo 1º da Lei 4.898/65 consiste num direito fundamental, sendo que tal diploma legal foi recepcionado constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXIV, letra “a” da Constituição Federal.

Dispõe o art.1º e 2º da lei:

“ O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos serão regulados pela presente lei

(...)

Art.2º - O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) Dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada

§ Único- A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.”

Importante entender que o direito de representação que fala a lei tem o valor de uma delatio criminis e não uma condição de procedibilidade como nos casos de ação penal pública condicionada a representação.

A ação penal na lei 4.898/65 é pública incondicionada.

Na definição das condutas configuradoras da responsabilização penal, administrativa e civil, a lei 4.898/65 assim dispôs nos artigos 3º e 4º :

“ Art.3º .Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção
- b) à inviolabilidade de 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)
- k) ao direito de reunião

Art.4º Constitui também abuso de autoridade

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual ,sem as formalidades legais ou 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 a 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 despesaa,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.” (texto extraído em 30/07/2013 do site www.planalto.gov.br)

Considera-se autoridade para fins da lei nº 4.898/65, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração (art.5º) .

Cargo compreende aquele ocupado por servidor estatutário, com vencimentos pagos pela própria administração pública.

Emprego público é aquele ocupado por servidor contratado pela regência da Consolidação das Leis do Trabalho.

Função Pública corresponde a ato ou conjunto de atos inerentes ao exercício de atribuições da Administração Pública .

A lei 4.898/65 dispõe que caberá responsabilização civil, administrativa e penal, sendo que na esfera administrativa, observando-se no caso concreto a gravidade do abuso cometido, o infrator poderá sofrer a sanção de advertência, repreensão, suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens, destituição de função, demissão e demissão a bem do serviço público (art.6º).

A perda do cargo na lei 4.898/65 é pena principal, pois declarada especificamente na norma penal e como efeito da condenação e não como pena acessória, conforme disposto no art.92, inciso I do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, reformada a parte geral do código pela Lei 7.209/84)

Da mesma forma entendeu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 279.429/SP de 2003, 6ª turma, tendo como relator o eminente ministro Hamilton Carvalhido que entendeu que a pena de perda do cargo nos casos do crime de abuso de autoridade é de natureza principal, não se confundindo o que prescreve o artigo 92, inciso I do Código Penal (reforma feita pela lei 7.209/84).

O § 5º do art.6º da lei dispunha:

“ Quando o abuso for cometido por agente policial civil ou militar, poderá ser cominada pena acessória de proibição do exercício da função no local da culpa pelo prazo de 01 a 05 anos.”

Este parágrafo foi revogado pela reforma do Código Penal (Lei 7.209/84) nas quais foram extintas as chamadas penas acessórias ,ficando somente a partir daí as chamadas penas privativas de liberdade ,restritivas de direito e as pecuniárias.

Da maior importância no entanto a análise da responsabilização penal ,sendo que a lei 4.898/65 estipula em seu texto que no caso de condenação ,cabera uma pena entre **10 dias e 6 meses** , e é justamente aqui que nasce um grave problema de desrespeito aos direitos fundamentais conforme passaremos a abordá-lo.

Ao analisarmos o que dispunha o art.61 da lei 9099/95 ³¹ verificamos que o legislador tomou o cuidado de excluir do rol de competência dos juizados especiais civis e criminais os chamados delitos de competência especial, tratados por lei específica ,como o caso da lei 4.898/65 (lei que trata do crime de abuso de autoridade).

O gravíssimo problema que ora passamos a tratar é com a promulgação da lei 10.259/01 (12/07/01) que alterou dispositivos da lei 9.099/95,entre eles o art.61 da lei 9.099/95 ³² que na sua nova redação não dispôs mais como a lei anterior , que excluía do rol de competência dos juizados especiais os crimes tratados por procedimento especial,deixando a transparecer que a partir da nova redação ,as infrações tratadas por procedimento especial passaram a ser de competência dos juizados especiais criminais (infrações com pena máxima em abstrato não superior a 2(dois) anos) .

Dispõe o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal :

“ A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

A partir daqui nasce uma pergunta : Conseguirá a lei 9.099/95 punir com efetividade os atos (abuso de poder) descritos nos artigos 3º e 4º da lei 4898/65 ?.

³¹ Art.61 (original) – Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo ,para os efeitos desta lei,as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano,**excetuados os casos em que a lei preveja procedimentos especial** (negrito nosso).

³² Art.61(modificado pela lei 10.259/01) – Compete ao juizado especial federal criminal processar e julgar os feitos de competência da justiça federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo .Parágrafo Único .Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo ,para os efeitos desta lei,**os crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ,ou multa** .(negrito nosso).

A lei 4.898/65 é uma lei que foi criada num período de exceção (regime de ditadura militar (1964-1985)) e que dispôs sanção penal (detenção de 10 dias a 6 meses) que não protegeu suficientemente os bens jurídicos tutelados pela norma penal (direitos fundamentais e o bom funcionamento da administração pública).

A lei 4.898/65 disponibiliza tantos aspectos de lei penal quanto aspectos de uma lei processual penal , sendo na verdade um diploma normativo misto que tratou de forma completa o delito de abuso de autoridade.

Em verdade, somente faltou a esta lei dar uma resposta mais efetiva (proteção eficiente) a questão da responsabilidade penal da autoridade pública que infringe o disposto nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65.

Uma lei penal e processual penal protetora de direitos fundamentais em plena época ditatorial,por mais contraditório que possa parecer ,em forte contradição com os ideais do sistema ditatorial, sendo os dispositivos elencados nos arts 3º e 4º da lei são de cunho extremamente democrático , na busca maior de proteção e efetivação dos direitos fundamentais .

Parece irônico ,mas no Brasil acontecem coisas que naturalmente não se explicam,pois numa época de ditadura militar ,cria-se uma lei efetivadora de direitos fundamentais e numa época intensa de efetivação dos direitos fundamentais (Estado Democrático de Direito) criamos leis (10.259/01) que desprotegem, inefetivam direitos fundamentais,pois como veremos adiante, a lei 10.259/01 disciplinou apenas o critério objetivo de 2 (dois anos) para as infrações que a própria lei denominou de “ de menor potencial ofensivo” .

A Lei 9.099/95 antes da alteração sofrida pela Lei 10.259/01 não tinha competência para tratar dos chamados delitos disciplinados por leis especiais.

Os chamados delitos de bagatela, da chamada justiça consensual (lei 9.099/95),possuem na sua essência a descriminalização/despenalização de condutas ,pois segundo a lei não ofendem bens jurídicos de alto relevo,mas que tem como objetivo principal princípios de política criminal,que visa não aumentar ainda mais a massa carcerária de nosso país,um dos campeões mundiais de encarceramento.

Como pretensamente atribuído ao general Charles de Gaulle ³³ a famosa frase “ O Brasil não é um país sério “³⁴ retrata bem esta contraditoriedade histórico-jurídica .

O que não podemos deixar acontecer é deixar de proteger efetivamente os direitos fundamentais, transformando a Constituição de 1988 num corpo sem alma, que nas palavras de Ferdinand Lassalle transformar-se-á apenas num pedaço de papel .

Fábio Konder Comparato brilhantemente expõe a questão:

“ A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação – “ O Presidente da República ,ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal , resolve: a Constituição da Republica Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo”

³⁵

Dispõe o Preâmbulo da Constituição de 1988 :

“ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL...”

Mais um pouco de Constituição :

³³ Charles de Gaulle (1890- 1970) – General , Estadista e Político Francês que liderou as forças armadas francesas livres durante a Segunda Guerra Mundial .

³⁴ Na verdade a frase foi dita pelo embaixador do Brasil na França entre 1956 e 1964 , Carlos Alves de Souza Filho, genro do ex-presidente Artur Bernardes.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder – “ Uma morte espiritual “ – Folha de São Paulo, 14/05/1998).

“ 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:

(...)

§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Alexandre de Moraes³⁶, com base em definição proposta pela Unesco (Les dimensions internationales des droits de l’homme), conceituou os direitos humanos fundamentais como :

“ um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano ,que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade,por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana .”

³⁶ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. In MORAES, Alexandre de (Coord). Os 10 anos da Constituição Federal. Temas Diversos. São Paulo: Atlas, 1999, p.66.

Não poderá se transformar num pedaço de papel uma Constituição que tem na sua gênese de criação a força de movimentos sociais como o “ Diretas Já” e a confluência de pensamento de toda uma nação ávida de efetivar através de normas internas e externas (tratados ,convenções ,etc) os direitos humanos fundamentais .

6. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ?

Na doutrina, vários autores ,entre eles Fernando Capez ³⁷ passaram a defender ,que com a supressão do termo “ **excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial** (negrito e grifo nosso).” Que existia na redação original do art.61 da lei 9.099/95 e que foi suprimida pela redação da lei 10.259/01 ,restou consignado que a partir de então o crime de abuso de autoridade passou à categoria de infração de menor potencial ofensivo.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou entendimento que os crimes de abuso de autoridade são infrações de menor potencial ofensivo,conforme se depara do julgamento do HC 59.591/RN ,relator ministro Felix Fischer,Quinta Turma,Julgamento em 15/08/06,publicação DJ 04/09/06:

“ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ABUSO DE AUTORIDADE. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO. APLICAÇÃO DO RITO DA LEI Nº 9.099/95.

I - Em se tratando de crime de abuso de autoridade -Lei nº 4.898/65 - eventual falha na representação, ou mesmo sua falta, não obsta a instauração da ação penal. Isso nos exatos termos do art. 1º da Lei nº 5.249/67, que prevê, expressamente, não existir, quanto aos delitos de que trata, qualquer condição de procedibilidade (Precedentes do STF e do STJ).

II - O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, prima facie, mostra-se evidente a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, não sendo cabível quando há apuração plausível de conduta que, em tese, constitui prática de crime, como ocorreu na espécie (Precedentes).

III - Com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, "consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos

³⁷ CAPEZ,Fernando.Curso de Direito Penal:Legislação Penal Especial.São Paulo:Saraiva,2006,v.4,pp.39,40.

desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, independentemente de a infração possuir rito especial. Writ parcialmente concedido.”

A interpretação feita pela doutrina e pela jurisprudência não resiste ao escalonamento Kelseniano ,onde as normas infraconstitucionais buscam sua validade na Constituição ,não sendo compatível com as normas definidoras dos direitos fundamentais,muitos dos quais estão elencados nos arts 3º e 4º da Lei 4.898/65.

Ao pensarmos que aquele que pratica o crime de abuso de autoridade ,será agraciado com as medidas despenalizadoras da lei 9.099/95 (transação penal,suspensão condicional do processo) frente a crime tão grave e de grande lesividade aos direitos fundamentais ,não estará atendendo a Constituição Federal no tocante a busca da sua máxima efetividade,pelo contrário estará fomentando a prática da violência estatal,pois a justiça conciliadora dos juizados especiais não cumpre com a tarefa de prevenir e reprimir devidamente o abuso de poder das autoridades estatais.

7. PROJETOS DE LEI SOBRE ABUSO DE AUTORIDADE

Atualmente encontram-se em andamento no Congresso Nacional vários projetos de lei que visam aperfeiçoar a lei 4.898/65 .

Esta maior profusão legislativa referente ao assunto se deu principalmente no tocante às megaoperações da polícia federal (satiagraha , navalha, têmis, castelo de areia, entre tantas outras) que culminaram com o vazamento de gravações sigilosas, informações do inquérito policial, processo judicial realizados por autoridades públicas .

Passamos a elencar os projetos que tratam do assunto abuso de autoridade .

O primeiro projeto, de autoria do então deputado federal Raul Jungmann (PPS-PE) foi apresentado ao então Ministro da Justiça Tarso Genro, sendo que tal projeto foi fruto de uma reunião na qual envolveu o então Presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, o Ministro da Justiça Tarso Genro e o Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Nesta reunião Gilmar Mendes propôs mudanças na lei 4.898/65 para fazer frente ao que ele chamou de espetacularização de operações de busca e apreensão feitas pela polícia federal.

7.1. Projeto de Lei nº _____, 2008 da Câmara dos Deputados

Dispõe sobre a defesa dos direitos e garantias fundamentais nos casos de abuso de autoridade:

“ Art.1º O abuso de autoridade no exercício de função pública ,em razão dela ou a pretexto de exercê-la é punido na forma desta lei, quando praticado por agente público de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

DO ABUSO DE AUTORIDADE CONTRA DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Art.2º Praticar ,omitir ou retardar ato,no exercício de função pública,em razão dela ou a pretexto de exercê-la,com o intuito de impedir,embaraçar ou prejudicar o gozo de qualquer dos direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Constituição ,em especial aqueles perpetrados contra:

I – a igualdade entre homens e mulheres (art.5º ,inciso I,da Constituição);

II- a liberdade individual (art.5º,inciso II,da Constituição)

III- a integridade física e moral da pessoa(art.5º ,inciso III, da Constituição);

IV-a liberdade de pensamento,consciência ,crença,culto e expressão (art.5º,incisos IV a IX,da Constituição);

V- a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art.5º ,inciso X,da Constituição)

VI- a inviolabilidade da casa, da correspondência e das comunicações telegráficas,de dados e das comunicações telefônicas(art.5º,incisos XI e XII,da Constituição);

VII- a liberdade de trabalho, ofício ou profissão(art.5º,inciso XII,da Constituição);

VIII- o acesso de todos à informação, na forma da Constituição e da legislação(art.5º,incisos XIV e XXXIII,da Constituição);

IX- a liberdade de locomoção e de reunião (art.5º,incisos XV e XVI,da Constituição)

X- a liberdade de associação para fins lícitos (art.5º,inciso XVII a XXI,da Constituição);

XI – a propriedade e sua função social(art.5º,incisos XXII a XXXI,da Constituição)

XII- a promoção da defesa do consumidor, na forma da legislação pertinente(art.5º,inciso XXXII,da Constituição),inclusive do usuário de serviços públicos art.37§3º,da Constituição);

XIII- o direito de petição aos poderes públicos e a obtenção de certidões em repartições públicas (art.5º,inciso XXXIV,da Constituição);

XIV- o acesso ao poder judiciário e aos remédios constitucionais (art.5º, incisos XXXV e LXXIII a LXXVII, da Constituição);

XV- o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art.5º, inciso XXXXI, da Constituição);

XVI- o devido processo legal e seus consectários, inclusive a presunção de inocência (art.5º, incisos XXXVII a XLIV e LI a LXVII, da Constituição);

XVII- a dignidade do condenado (art.5º, incisos XLV a L, da Constituição);

XVIII- a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art.5º, inciso LXXVIII, da Constituição)

Pena – reclusão de **quatro a oito anos** e multa equivalente ao valor de dois a vinte e quatro meses de remuneração ou subsídio devido ao réu.

§1º Consideradas as circunstâncias a que se refere o art.59 do Código Penal, o juiz também poderá decretar:

I- a perda do cargo, emprego ou função; e

II- a inabilitação para o exercício de qualquer outro cargo, emprego ou função pelo prazo de até oito anos.

§2º As penas cominadas neste artigo serão aplicadas autônoma ou cumulativamente de acordo com as regras dos arts.59 a 76 do Código Penal.

§3º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada pena autônoma ou acessória de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de até doze anos.

§4º São também crimes de abuso de autoridade quaisquer atentados contra outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art.5º, §2º, da Constituição).

DO ABUSO DE AUTORIDADES EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

Art.3º Nas mesmas penas incorre quem:

I-ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual,sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

II-submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento

III-deixar de comunicar,imediatamente,ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

IV-deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

V-levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança permitida em lei;

VI-cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem,custas,emolumentos ou qualquer outra despesa sem previsão legal,quer quanto à espécie,quer quanto ao seu valor;

VII-recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem,custas,emolumentos ou de qualquer outra despesa;

VIII-lesar a honra ou patrimônio de pessoa natural ou jurídica,quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

IX- prolongar a execução de prisão cautelar qualquer,de pena ou de medida de segurança,deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;

X-empregar a força,salvo quando indispensável em razão de resistência ou tentativa de fuga do preso(Código de Processo Penal,art.284);

XI-atuar com inobservância da repartição de competências funcionais;

XII-fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade em ato praticado em investigação policial ou administrativa,inquérito civil,ação civil pública,ação

de improbidade administrativa ou ação penal pública, que esteja sob sua presidência ou de que participe;

XIII- deturpar o teor de dispositivo constitucional ou legal, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações (art. 34, incisos XIV, da lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994-Estatuto da Advocacia);

XIV- omitir-se na apuração dos abusos perpetrados por subordinados seus ou sujeitos ao seu poder correccional.

DO CONCEITO DE AUTORIDADE

Art. 4º Considera-se autoridade, para os efeitos desta Lei, o ocupante de cargo, função ou emprego público da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, o membro de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e o detentor de mandato eletivo.

DO PROCESSO

Art. 5º O direito de representação será exercido por meio de petição:

I- dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar implicada, a respectiva sanção;

II- dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

Art.6º É facultado ao ofendido ou seu representante legal intervir,como o assistente do Ministério Público,em todos os termos do inquérito policial e da ação penal(Código de Processo Penal,arts.268 a 274).

§1º Na hipótese de o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo de até sessenta dias da ocorrência do fato,o assistente poderá intentar ação penal privada(art.5º,inciso LIX,da Constituição).

§2º No caso do §1º,o Ministério Público atuará como custos legis.

§3º A assistência a que se refere o caput também pode ocorrer em processo administrativo disciplinar,salvo nos casos de sigilo.

Art.7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito,que poderá ser instruída com documentos e justificações,dentro do prazo de quinze dias(Lei dos atos de improbidade,art.17§7º).

§1º Recebida a manifestação ,o juiz,no prazo de trinta dias,em decisão fundamentada,rejeitará a ação,se convencido da inexistência do abuso de autoridade ,da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita(Lei dos atos de improbidade,art.17,§8º).

§2º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação(Lei dos atos de improbidade,art.17,§9º).

§3º Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo (Lei dos atos de improbidade,art.17,§10).

§4º Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação,o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito(Lei dos atos de improbidade,art.17,§11).

§5º Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta lei o disposto no art.221, caput e §1º,do Código de Processo Penal (Lei dos atos de improbidade,art.17,§12).

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E CÍVEIS

Art.8º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

I-advertência;

II-repreensão;

III-suspensão do cargo,função ou posto por prazo de cinco a trezentos sessenta dias,com perda de vencimentos e vantagens;

IV-destituição de cargo comissionado ou função gratificada;ou

V-demissão,a bem do serviço público.

Parágrafo único.O processo administrativo não poderá ser sobrestado para o fim de aguardar a decisão da ação penal ou civil.

Art.9º A sanção civil,caso não seja possível fixar o valor do dano,consistirá no pagamento de uma indenização de R\$1.000,00(mil reais) a R\$100.000,00(cent mil reais).

Parágrafo único.Proferida a sentença condenatória ,a União exercerá,no prazo de trinta dias,o seu direito de regresso contra o responsável(art.37,§6º,da Constituição)

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art.10.Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.11.**Fica revogada a Lei nº4.898,de 9 de dezembro de 1965.**

Sala das sessões,em de 2008.

Deputado RAUL JUNGSMANN

PPS/PE

JUSTIFICAÇÃO

A lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, relativa ao abuso de autoridade, está defasada. Precisa ser repensada, em especial para melhor proteger os direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição de 1988 (mais rica no particular do que a Constituição de 1946, vigente quando da promulgação da Lei nº 4.898, de 1965), bem assim para que se possam tornar efetivas as sanções destinadas a coibir e punir o abuso de autoridade.

Assim, o projeto de lei ora apresentado define como crimes de abuso de autoridade o praticar, o omitir e o retardar ato, no exercício de função pública, em razão dela ou a pretexto de exercê-la, com o intuito de impedir, embaraçar ou prejudicar o gozo de qualquer dos direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Constituição. Com isso, há evidente ganho de minúcia e rigor, o que vem a favor de uma tipificação mais exata de condutas, o que é essencial à boa técnica de elaboração de tipos penais (art. 2º).

O projeto também atualiza os crimes de abuso de autoridade em situações específicas, mormente para coibir e punir condutas que escapem ao Estado Democrático de Direito, ao pluralismo e à dignidade da pessoa humana (art. 3º).

Quanto aos aspectos processuais da matéria, o projeto permite que o ofendido ou seu representante legal acompanhem ou, até mesmo, assumam o pertinente processo administrativo ou judicial, se acaso as autoridades competentes para tanto não vierem a concorrer nos prazos próprios (art. 6º).

Vale destacar que o projeto também se preocupa em não deixar a autoridade pública sujeita a feitos temerários, motivados por rixas ou disputas político-partidárias. Para tanto, adota o bem sucedido mecanismo de defesa prévia havido nos processos de improbidade administrativa (art. 7º).

Enfim, as multas e outras penas cominadas são redimensionadas para que venham a se tornar efetivas, ou seja, para que verdadeiramente concorram para coibir o abuso de autoridade ou para punir melhor aqueles que venham a constringer, com abuso de autoridade, o seu semelhante.

É preciso acabar –de parte a parte- com a cultura do “você sabe com quem está falando?” Uma disciplina como a que consta do projeto não se assimila de uma hora para outra. Ao contrário. Veja-se:tão-só a sua premência já aponta para estágio ainda discreto de civilidade.É preciso mudar a cultura.Para tanto ,nos primeiros passos ,uma legislação de escopo pedagógico é imprescindível,ainda que –insista-se – a sua necessidade deponha menos a favor do grau de civilidade da sociedade do que se poderia desejar.

Em razão do exposto ,roga-se aos nobres pares apoio para o projeto de lei ora apresentado.”

7.2. Projeto de Lei nº 1585/11 da Câmara dos Deputados

O projeto de lei que dá nova redação as alíneas “b” e “i” do art.4º e os parágrafos 2º e 3º e alíneas do art.6º da Lei nº 4898,de 1965 ,que trata do abuso de autoridade e dá outras providências dispõe:

“ O Congresso Nacional decreta:

Art.1 – As alíneas “b” e “i” do art.4º e os parágrafos 2º e 3º e alíneas do art.6º da Lei 4.898/65,passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.4º - Constitui também abuso de autoridade :

a).....;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia ,sem justificativa razoável,a vexame,constrangimento ou a exposição desnecessária a mídia,salvo autorizado em lei;

c).....;

i) divulgar,sem autorização,dados ou informações sigilosas sobre inquéritos ou processos que tramitam em segredo de justiça.

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

§ 1º -

§ 2º - A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais ao ofendido)

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

- a) multa equivalente de 20 (vinte) cestas básicas a serem entregues a instituições de caridade indicada pela autoridade judiciária ;
- b) **reclusão por 2 (dois) até 4 (quatro) anos;**
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função por prazo até seis anos.”

O autor do projeto de lei ,Padre Ton (PT-RO), destaca como objetivo adequar o estatuto do abuso de autoridade à realidade sociopolítica do País e continua o nobre deputado, in verbis :

“ A lei 4.898/65 ,criada durante o regime militar ,foi urdida com o fito de criar ficção jurídica que não constrangessem em demasia as autoridades ,quando excediam em condutas,típicas para uma época em que as liberdades civis sofriam restrições .Não sem razão que as penas cominadas são extremamente brandas .

Coerente com o contexto político ideológico de então,não se elaboraria lei que pudesse ,com rigor,punir os que violassem ,pois era rotina no regime,a violência consentida .Por outro lado ,a Constituição Federal de 1988 ,alçou a honra e a imagem pessoal como bem a ser protegido ,devendo ser derogados os comandos infraconstitucionais incompatíveis com a lei maior.No atual contexto sociopolítico ,a brandura da lei 4.898,longe de coibir as condutas por ela reprovadas ,acabam estimulando procedimentos desnecessários ,dando ao agente político e administrativo ,campo de decisão discricionário incompatível com determinadas liberdades inerentes ao cidadão.

Considerando o avanço científico e tecnológico que se valem as autoridades policiais para as investigações e coletas de provas ,contar com a comoção social para promover a persecução penal ou alcançar outros fins colimados ,pode resultar,**como vem resultando ,a criação de “ tribunais virtuais de exceções”,onde a condenação ocorre sem que a culpa esteja delineada e a ampla defesa seja exercida.”**

Referente a este projeto a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado ,na pessoa do relator da comissão,deputado Stepan Nercessian ,apresentou modificações ao PL 1585/11 ,in verbis :

“ O Congresso Nacional decreta :

Art.1º Esta lei altera disposições civis e penais da lei que trata do abuso de autoridade .

Art.2º O art.6º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965,passa a vigorar com a seguinte redação :

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

.....

§ 2º A sanção civil consistirá no pagamento de indenização à vítima do abuso.

§ 3º A sanção penal consistirá em:

a)detenção , **de seis meses a dois anos**

b)perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até seis anos.

.....(NR).

Art.3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Em seu voto o relator vota pela mudança do PL 1585/11 e para análise transcrevo o seguinte trecho:

“ ... Finalmente,quanto às modificações pretendidas para o § 3º do mesmo art.6º ,tem-se que: a) a fixação da multa deve seguir os parâmetros do Código Penal; b) a pena de detenção deve ser majorada ,mas a sugerida pelo projeto ,de reclusão de **dois a quatro anos** ,se mostra exacerbada ,destoando do sistema ;c) a majoração do período de inabilitação para o exercício de função pública se mostra plausível.

Em face do exposto ,o voto é pela aprovação do PL nº 1585,de 2011,na forma do substitutivo oferecido em anexo.”

Na análise do projeto substitutivo ao PL 1585/11 percebe-se que ao ser aprovado desta forma , a pena de **detenção de 6 (seis) meses a 2(dois) anos** não cumprirá seu papel de efetividade dos direitos fundamentais,pois estará ao alcance da lei 9.099/95 ,que busca antes de mais nada a chamada justiça conciliadora e não há nada menos conciliador do que descumprimento de direitos fundamentais.

Desta forma entendo que se aprovado este projeto da forma substitutiva não estar-se-á efetivando direitos fundamentais ,mas sim descumprindo-os por violação do princípio da proibição da proteção deficiente.

7.3. Projeto de Lei nº ,2011

Projeto de lei apresentado pelo deputado federal Domingos Dutra acrescentado alínea ao art.4º da Lei nº 4.898,de 9 de Dezembro de 1965 ,in verbis:

“ O Congresso Nacional decreta :

Art.1º Esta lei acresce alínea ao art.4º da Lei nº 4898.de 9 de Dezembro de 1965 ,para tipificar como abuso de autoridade para os fins previstos na referida lei os atentados a quaisquer direitos ou garantias constitucionais e legais assegurados aos presos.

Art.2º O art.4º da lei nº 4898,de 9 de Dezembro de 1965 ,passa a vigorar acrescido da alínea “j”:

“Art.4º

.....

j) atentar contra outros direitos ou garantias constitucionais e legais assegurados aos presos .(NR)”

No pedido de justificação o autor assim dispõe:

“ As garantias asseguradas durante a execução da pena,assim como os direitos humanos dos presos ,encontram-se previstos em diversos estudos normativos.

No plano internacional ,há várias convenções tocantes a tal matéria a serem observadas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos ,a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 destina,em seu art.5º - que trata das garantias e direitos fundamentais assegurados a todos -,vários incisos para dispor sobre a proteção e garantia dos presos.Existe ainda a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210,de 11 de julho de 1984),que ostenta ,nos incisos I a XVI de seu art.41 e em vários outros dispositivos ,normas variadas que tratam de assegurar direitos infraconstitucionais ao sentenciado no decorrer na execução penal ,assim como ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança.

No campo legislativo , esse novo estatuto de execução penal é considerado um dos mais avançados existentes e tem por espírito a idéia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da dignidade humana ,sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária ,cruel ou degradante será considerada de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade .

No entanto , o que se verifica na prática em grande parte dos estabelecimentos penais de nosso País é a constante violação de direitos e inobservância das garantias constitucionais e legais pertinentes à execução das penas privativas de liberdade .A partir do momento em que o preso é posto sob a tutela do Estado,além de ver restringido o seu direito de liberdade ,também passa frequentemente a sofrer ataques a outros direitos que não foram atingidos pela prisão ou sentença ,recebendo tratamento quase sempre execrável e muitas vezes até os mais variados tipos de castigos

que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda da sua dignidade num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno de modo útil à sociedade .

O grave quadro atual relativo à execução penal no nosso País nos remete ,portanto,à urgência de adoção de medidas que possam verdadeiramente contribuir para a efetivação e aplicação das garantias legais e constitucionais na execução da pena ,assim como para o respeito aos direitos dos presos ,tudo em conformidade com o princípio da legalidade ,corolário do nosso Estado Democrático de Direito ,e com o objetivo maior o de se instrumentalizar a função ressocializadora da pena privativa de liberdade no intuito de reintegrar o recluso ao meio social ,visando assim a obtenção da pacificação social,premissa maior do nosso direito penal.

Seguindo nessa linha ,propomos nesta oportunidade o presente projeto de lei ,cujo teor abriga um dos caminhos para se punir os atentados a quaisquer direitos ou garantias constitucionais e legais assegurados aos presos .

Certo de que a importância deste projeto de lei e os benefícios que dele poderão advir serão percebidos pelos meus ilustres Pares, esperamos contar com o apoio necessário para a sua aprovação.

Sala das sessões, em de Dezembro de 2011.

“JUSTIÇA SE FAZ NA LUTA”

DOMINGOS DUTRA

Deputado Federal (PT/MA)”

7.4. Projeto de Lei do Senado Federal (PLS 236/12)

O projeto de lei que trata do novo Código Penal Brasileiro (PLS 236/12) dispõe em seu Capítulo X - CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CAPÍTULO I - Do Abuso de Autoridade ,in verbis:

“ Art.271.Constituem abuso de autoridade as seguintes condutas de servidor público ,se não forem elemento de crime mais grave:

I- ordenar ou executar prisão, fora das hipóteses legais;

II- constranger qualquer pessoa ,sob ameaça de prisão ou outro ato administrativo ou judicial, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe;

III- retardar ou deixar de praticar ato ,previsto em lei ou fixado em decisão judicial ,relacionado à prisão de qualquer pessoa;

IV- deixar injustificadamente de conceder ao preso qualquer direito se atendidas as condições legais para sua concessão;

V- submeter injustificadamente qualquer pessoa sob sua custódia ou não, durante diligência ou não ,a vexame ou constrangimento não autorizado em lei;

VI- submeter injustificadamente preso ou investigado ao uso de algemas quando ele não oferecer resistência à prisão e não expuser a perigo a integridade física de outrem;

VII- invadir, entrar ou permanecer em casa ou estabelecimento alheio, ou em suas dependências ,contra a vontade de quem de direito, sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais;

VIII- proceder à obtenção de provas ou fontes de provas destinadas a processo judicial ou administrativo por meios não autorizados em lei;

IX – expor injustificadamente a intimidade ou a vida privada de qualquer pessoa sem justa causa ou fora das hipóteses legais;

X- exceder-se sem justa causa no cumprimento de qualquer diligência ;ou

XI- coibir, dificultar ou impedir reunião, associação ou agrupamento pacífico de pessoas, injustificadamente, para fim não proibido por lei:

Pena- prisão, de dois a cinco anos

É efeito da condenação a perda do cargo, mandato ou função, quando declarada motivadamente na sentença ,independentemente da pena aplicada.”

O capítulo II que trata de outros crimes contra a administração pública elenca vários outros crimes contra a administração pública, somente para efeito de aplicação do princípio da proporcionalidade:

Art.272 Peculato

Pena – prisão, de **dois a oito anos**

Art.273 Inserção de dados falsos em sistemas de informações

Pena – prisão, de **dois a oito anos**

Art.276 Corrupção passiva

Pena – prisão, de **três a oito anos**.

Art.277 Enriquecimento ilícito

Pena – prisão, de **um a cinco anos**, além da perda de bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Art.281 Violação de sigilo funcional

Pena – prisão, de **seis meses a dois anos**, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – prisão, de **dois a seis anos**.

Diante disto fica a pergunta porque a pena para o crime de peculato, somente para citar, possui pena de **dois a oito anos** e o delito de abuso de autoridade possui pena de **dois a cinco anos** no novo Código Penal ?

O duplo bem jurídico tutelado pelo abuso de autoridade é menos importante do que o bem jurídico tutelado pelo peculato que possui pena de dois a oito anos.?

O critério de fixação de penas deve atender ao critério de proporcionalidade entre os delitos, senão teremos situações de total descompasso valorativo

dos bens jurídicos tutelados. Não estou a dizer que a pena para o crime de abuso de autoridade deva ter pena maior do que a estipulada pelo Código, de dois a cinco anos, pelo contrário entendo que a pena estipulada somada à perda do cargo e a impossibilidade de exercer qualquer outra função por um determinado prazo protegerá efetivamente os bens jurídicos tutelados pela norma.

O que não entendo é um delito de peculato ter valoração maior que o delito de abuso de autoridade.

Continuando a falar sobre o PLS 236/12 as disposições finais assim dispõe:

“ DISPOSIÇÕES FINAIS

Art.542. Este Código entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Art.543. **Ficam revogadas** as seguintes disposições legais: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;.... **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965....”**

Caso entre em vigor o novo Código Penal Brasileiro (PLS 236/12) estará automaticamente revogada³⁸³⁹ a Lei 4.898/65, o que significa dizer que o texto normativo de 1965 estará ab-rogado^{40 41} pelo novo Código Penal Brasileiro e ao meu ver esta não é a melhor solução, pois ao examinarmos as condutas tipificadas no novo diploma normativo verificamos que ficam de fora de proteção penal direitos e garantias fundamentais.

³⁸ SGARBI, Adrian. Revogação: uma abordagem pragmática in Direito, Estado e Sociedade – V.9, nº29. p14-27. jul-dez 2006. Assim dispõe Adrian Sgarbi ” ...O ato de revogar é tarefa tipicamente legislativa...”

³⁹ Assim dispõe a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.” Art.2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

⁴⁰ Trata-se de ab-rogação quando o legislador inativa a lei antiga por completo, todos os seus dispositivos não serão mais usados e nem válidos.

⁴¹ FERRAZ, Junior., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2002

Melhor teria andado se o Projeto de Lei 236/12 tivesse transposto para dentro do pretense código o texto normativo disposto no projeto de lei de autoria do ex-deputado federal Raul Jungmann ,texto este que tratou com muito mais profundidade o delito de abuso de autoridade,dispondo de forma completa a matéria.

8. CONCLUSÃO : CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE NÃO É INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Na falta de proteção estatal adequada na prevenção e repressão ao crime de abuso de autoridade, enquanto não editada nova lei penal mais eficaz na prevenção e repressão de crime tão grave à sociedade brasileira, caberá ao judiciário brasileiro a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, aplicando sim o princípio da supremacia conforme a Constituição, pois deste confronto entre a lei menor e a lei maior, não restará outra alternativa a não ser declarar a inconstitucionalidade do art. 61 da lei 9.099/95 (redação dada pela lei 10.259/01).

Não podemos considerar o abuso de autoridade como crime de menor potencial ofensivo quando sabemos que o excesso de poder fulmina de morte princípios como a Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Eficiência, Razoabilidade e Proporcionalidade, além de desproteger garantias individuais constitucionais.

A autoridade deve utilizar do chamado poder-dever da forma como foi descrita pelo legislador, não podendo exceder dolosamente, ferindo desta forma princípios tão basilares do interesse público.

Não deve encontrar amparo no Estado Democrático de Direito situação na qual torna infração de menor potencial ofensivo espécie que tutela bens jurídicos tão relevantes.

O legislador infraconstitucional objetivou com a lei 10.259/01⁴² acrescentar ao rol das infrações de competência da Justiça Penal Consensual, baseada na composição, entendimento, cujo objetivo maior é o afastamento das pessoas do contato desumanizador com o cárcere e aplicando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade e celeridade processual (art. 2º da Lei 9.099/95).

⁴² A lei 10.259/01 ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, estabelecendo como sendo da alçada dos Juizados Especiais Criminais todas as contravenções penais e os crimes punidos com sanção abstratamente cominada de até dois anos, independentemente do delito ter sua competência relativa à Justiça Comum Estadual ou Federal

Como considerar de menor potencial ofensivo a conduta de policial que prende outrem fora das situações legais, ou ainda, agride fisicamente um preso ou viola o domicílio alheio?

Como transacionar o cargo público (art.76,Lei 9.099/95)?

Não existe a menor possibilidade de se propor um acordo para um agente público que desrespeita os limites de sua função.

Temos que buscar sempre prevalecer em nosso ordenamento a supremacia constitucional e fazendo desaparecer diplomas normativos que violem direitos fundamentais.

Por uma questão de justiça devemos sempre ter como norte geográfico a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..

Mas, o que é justiça?

Milênios se passaram, sem que chegássemos a uma conclusão, e é isto que é maravilhoso, tendo-se em vista que não há um significado pronto, o que existe é um significado a ser preenchido em milênios que virão.

Para Aristóteles é a medida do equilíbrio, entendendo-a como igualdade/proporcionalidade.

Para Platão, a justiça é a virtude suprema.

Para Ulpiano, justiça é dar a cada um o que é seu, já para os juízes deva ser de descobrir o direito na realidade social de um povo, não somente nos textos frios da lei.

Pensamos que o ideal de justiça, perpassa um pouco no que disse cada um desses filósofos e juristas, mais gostamos mais ainda desta última passagem que cabe ao juiz, como interprete por excelência da lei, buscar a justiça no dia-a-dia através de um olhar apurado, verificando o clamor da sociedade, buscando interpretá-la em conjunto com as leis, prevalecendo ao final a decisão razoável/proporcional .

9. REFERÊNCIAS

ALEXY,Robert.Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático.Trad. de Luís Afonso Heck.Revista de Direito Administrativo,Rio de Janeiro,n.217,p.55-66,jul./set.

BOBBIO,Norberto .Teoria do Ordenamento Jurídico.Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.10 ed.Brasília:Editora Universidade de Brasília,1999.

BASTOS,Celso Ribeiro.Curso de Direito Constitucional.18ºed.São Paulo:Saraiva,1997.

BRANCO,Paulo Gustavo et all.Curso de Direito Constitucional.São Paulo:Saraiva,2007.

BARROSO,Luis Roberto.Interpretação e Aplicação da Constituição.6ª Ed.São Paulo:Saraiva,2004.

CAPEZ, Fernando.Curso de Direito Penal:Legislação Penal Especial.São Paulo:Saraiva,2006,v.4.

COMPARATO,Fabio Konder.”Uma morte espiritual”.Folha de São Paulo.14/05/98

FELDENS, Luciano.Direitos Fundamentais e Direito Penal:Garantismo, Deveres de Proteção,Princípio da Proporcionalidade,Jurisprudência Constitucional Penal,Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos.Porto Alegre:Livraria do advogado,2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio .Introdução ao Estudo do Direito.São Paulo:Atlas,2002.

FONSECA,Antonio Cezar Lima.Abuso de Autoridade,Comentários e Jurisprudência.1ªed.Porto Alegre:Livraria do Advogado,1997

JUNIOR,Dirlei da Cunha.Curso de Direito Administrativo.4ª Ed.Salvador:Jus PODIVM,2006

LASSALLE,Ferdinand.Que é uma Constituição?.São Paulo:Edições e Publicações do Brasil,1933.

MAIA NETO,Cândido Furtado,in “ Os novos conceitos do novo Direito Internacional”.Rio de Janeiro:América Jurídica,2002

MENDES,Gilmar Ferreira.Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.3ªed.São Paulo:Saraiva,2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional . Saraiva: São Paulo, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. In Moraes, Alexandre de (Coord.). Os 10 anos da Constituição Federal. Temas Diversos. São Paulo: Atlas, 1999

.....Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais . 4 ed., ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

.....Constituição e Proporcionalidade. Revista de Estudos Criminais. Vol. 3: Porto Alegre, 2003.

.....Direitos Fundamentais e Proporcionalidade : notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Revista da AJURIS, 2008.

SGARB, Adrian. Revogação: Uma abordagem pragmática in Direito, Estado e Sociedade. v. 9, nº 29, 2006

STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.